



# Università degli Studi di Ferrara

DOTTORATO DI RICERCA IN  
"COMPARAZIONE GIURIDICA E STORICO-GIURIDICA"

CICLO XXII°

COORDINATORE Prof. Arrigo Manfredini

## L'OGGETTO DEL PROCESSO AMMINISTRATIVO DI LEGITTIMITA'

Settore Scientifico Disciplinare IUS/10

**Dottorando**

Dott. Marta Mattiuzzi

**Tutore**

Prof. Marco Magli

Anni 2007/2009

## CAPITOLO I

### Specialità e ruolo del giudice amministrativo

1. Premessa introduttiva
2. Il difficile rapporto tra diritto sostanziale e processo
3. La formazione della materia del giudizio tra procedimento e processo
4. Il principio del contraddittorio
5. Ruolo del giudice amministrativo e specialità della giurisdizione amministrativa
6. L'effettività e celerità del processo amministrativo
7. La rilevanza dell'interesse sostanziale oggetto di lesione
8. La specialità della giustizia amministrativa nel diritto amministrativo comparato
9. La crisi del modello impugnatorio e proposte ricostruttive
10. Funzione del processo amministrativo e agguicazione del bene della vita
11. L'identificazione della pretesa dedotta in giudizio
12. La nuova concezione soggettivistica della giustizia amministrativa e la revisione della figura dell'interesse legittimo
13. Verso il superamento della giurisdizione amministrativa e l'unità della giurisdizione?

## CAPITOLO II

### La res in iudicium deducta

1. Il rapporto tra sostanza e processo nell'identificazione della res in iudicium deducta
2. Il ruolo dell'azione nei processi di modificazione giuridica.
3. La teoria del duplice oggetto, di rito e di merito, del processo

## CAPITOLO III

### Il giudizio amministrativo di legittimità e le teorie sull'oggetto del giudizio

1. La teoria dell'interesse legittimo come oggetto del giudizio amministrativo
2. La teoria dell'oggetto del giudizio come affermazione dell'illegittimità dell'atto amministrativo impugnato
3. La teoria del giudizio sul rapporto
  - 3.1. Analisi della relazione tra amministrazione e cittadino alla luce dei canoni della teoria generale
  - 3.2. Le criticità della tesi del giudizio sul rapporto
  - 3.3. Dalla legittimità dell'atto alla logica della spettanza
4. Verso il superamento della dicotomia tra giudizio sull'atto e giudizio sul rapporto
  - 4.1. La tesi della duplicità dell'oggetto del giudizio amministrativo
  - 4.2. La connessione e la nozione di provvedimento sostanziale
  - 4.3. Connessione, principio dell'economia processuale e rapporto tra potere del parte e dovere decisorio del giudice
5. Le questioni pregiudiziali e la cognizione del giudice amministrativo
6. La pregiudizialità amministrativa e giudizio sul rapporto, dall'illegittimità del provvedimento

amministrativo all'illiceità della condotta della p.a.: esame dell'ammissibilità dell'azione autonoma di risarcimento dei danni da provvedimento illegittimo

6.1. Il principio della pregiudiziale nell'esperienza dell'ordinamento interno italiano

6.2. L'azione autonoma di risarcimento e il nuovo modello del giudizio sulla responsabilità dell'Amministrazione

6.3. L'oggetto del giudizio risarcitorio e nuova ipotesi di giurisdizione esclusiva

6.4. I rischi connessi all'ammissibilità dell'azione risarcitoria autonoma

6.5. La pregiudizialità e la salvaguardia della specialità del giudice amministrativo

6.6. Dalla logica della spettanza alla logica dell'inadempimento: il diritto comunitario spezza il modello del processo sull'atto e lo dissolve nel modello del giudizio sull'inadempimento comunitario

## CAPITOLO IV

### L'accertamento giudiziale e i motivi del ricorso

1. L'accertamento e l'efficacia della sentenza amministrativa

2. I motivi e funzione identificativa dell'oggetto del giudizio

3. Il giudizio sul silenzio-rifiuto: l'accertamento del rapporto nel giudizio sul silenzio -rifiuto; 3.2. Il risarcimento del danno da ritardo ex art. 2 bis legge n. 241/90

4. L'azione di accertamento autonomo del rapporto

5. la rilevanza dei motivi di ricorso e la tutela dell'interesse sostanziale del ricorrente

6. L'effettività e celerità del processo amministrativa

7. L'integrazione della motivazione nel corso del giudizio

8. l'ordine di esame dei motivi e la prassi giudiziale dell'assorbimento dei motivi

9. La modificazione dell'oggetto del giudizio amministrativo

9.1. I motivi di ricorso e la modificazione dell'oggetto del giudizio nel corso del processo

9.2. I motivi aggiunti e la teoria dell'unicità dell'azione

9.3. La cessazione della materia del contendere e la dichiarazione di improcedibilità del ricorso

9.4. Il ricorso incidentale e l'ammissibilità della domanda riconvenzionale nel processo amministrativo

## CAPITOLO V

### Il giudicato e i suoi limiti oggettivi

1. I motivi del ricorso e i limiti oggettivi del giudicato

2. La teoria delle preclusioni procedurali e processuali

3. Il giudizio di ottemperanza come strumento per l'effettività della giustizia amministrativa

3.1. La situazione giuridica soggettiva delle parti a fronte del giudicato amministrativo

3.2. La configurazione di un obbligo dell'amministrazione all'esecuzione della sentenza e la natura esecutiva del giudizio di ottemperanza

## CAPITOLO VI

### Conclusioni

## CAPITOLO I

### Specialità e ruolo del giudice amministrativo

SOMMARIO: 1. Premessa introduttiva; 2. Il difficile rapporto tra diritto sostanziale e processo; 3. La formazione della materia del giudizio tra procedimento e processo; 4. Il principio del contraddittorio; 5. Ruolo del giudice amministrativo e specialità della giurisdizione amministrativa; 6. L'effettività e celerità del processo amministrativo; 7. La rilevanza dell'interesse sostanziale oggetto di lesione; 8. La specialità della giustizia amministrativa nel diritto amministrativo comparato; 9. La crisi del modello impugnatorio e proposte ricostruttive; 10. Funzione del processo amministrativo e aggiudicazione del bene della vita; 11. L'identificazione della pretesa dedotta in giudizio; 12. La nuova concezione soggettivistica della giustizia amministrativa e la revisione della figura dell'interesse legittimo; 13. Verso il superamento della giurisdizione amministrativa e l'unità della giurisdizione?

#### *1. Premessa introduttiva*

L'attuale sistema italiano di giustizia amministrativa risente dei recenti e profondi cambiamenti che hanno interessato diritto amministrativo sostanziale.

L'organizzazione amministrativa e la rete delle relazioni tra i diversi centri del potere pubblico, sia interni che esterni all'ordinamento statale sono diventate sempre più complesse<sup>1</sup>; sono emersi nuovi interessi pubblici assurti, anche grazie all'opera della Corte Costituzionale, al valore di principi dell'ordinamento<sup>2</sup>.

Pure l'azione amministrativa si sta evolvendo verso una concezione più sostanzialistica che si connota per il fine perseguito (l'efficienza ed economicità dell'azione stessa) e per la preferenza verso l'utilizzo degli strumenti privatistici, ad esempio sul terreno delle procedure di gara, che mirano a ricondurre le relazioni tra Amministrazione e privati ad un concetto di rapporto giuridico che implica a sua volta un confronto tendenzialmente paritario tra due soggetti.

Analogamente, la tendenza generale dell'ordinamento nazionale è contrassegnata dal crescente uso di strumenti privatistici (cfr. art. 1, co. 1, bis, della legge n. 241 del 1990), e dalle nuove norme in tema di azione amministrativa che attribuiscono al giudice il compito di accertare la fondatezza della pretesa sostanziale fatta valere in giudizio secondo la logica propria del "giudizio di spettanza" e in conformità dell'esigenza di garantire attuazione al

---

<sup>1</sup> La Riforma del titolo V della Costituzione ha potenziato notevolmente il ruolo delle regioni e degli enti locali, ma ha lasciato sopravvivere l'incidenza delle funzioni statali nelle materie trasversali; l'Unione europea ha dato luogo ad una vivificante osmosi con l'interiorizzazione nel nostro ordinamento di principi non scritti dell'ordinamento comunitario, come quello della non discriminazione, del legittimo affidamento, della proporzionalità, trasparenza e risarcibilità degli interessi legittimi.

<sup>2</sup> Si pensi ad interessi come l'ambiente e il paesaggio.

principio di derivazione comunitaria dell'effettività della tutela giurisdizionale (cfr. artt. 2, co. 5, e 21 octies, co. 2, legge n. 241 del 1990).

Analoghe tendenze sostanzialistiche si rinvencono sul piano processuale, dove all'insoddisfazione verso il tradizionale modello impugnatorio del processo amministrativo idoneo alla tutela dei soli interessi oppositivi<sup>3</sup> si accompagna l'idea che l'atto amministrativo non rappresenti più l'oggetto del processo, ma solo “un'occasione” che consente il sindacato del giudice sull'attività amministrativa complessivamente intesa, sia essa provvedimento o di altro tipo (organizzativa o di indirizzo, sia incidente su interessi diffusi), sia essa relativa a fenomeni di connessione tra atti amministrativi, endoprocedimentale e non<sup>4</sup>.

Come l'azione amministrativa si svolge entro la logica del risultato, analoghe tendenze si rinvencono nell'ambito processualistico ove la giurisdizione pare voler assumere le sembianze di una “giurisdizione di risultato”, sia nel senso chiovendiano di giurisdizione in grado di assicurare alla parte che ha ragione tutto ciò che gli spetta sulla base del diritto sostanziale - secondo l'idea che il processo è la migliore sede per la ricerca della verità -, sia nel senso più attinente all'oggetto della cognizione che viene individuato non in quel “frammento” di azione amministrativa rappresentato dall'atto impugnato, ma nella pretesa sostanziale fatta valere in giudizio, ossia nella spettanza o non spettanza di un certo bene della vita che il ricorrente mira a conseguire o a conservare<sup>5</sup>.

L'idea di un conflitto sostanziale di interessi rappresenta una chiave di lettura di indubbia utilità che consente di affrontare in maniera innovativa problematiche tradizionali del giudizio amministrativo: dall'instaurazione del contraddittorio alla determinazione del suo oggetto, dalla rilevanza dei motivi del ricorso all'individuazione dei limiti oggettivi del giudicato amministrativo<sup>6</sup>.

Si rigenera così l'esigenza, già all'origine del giudice amministrativo e del suo riconoscimento costituzionale, di un *vero giudice super partes* ma *nell'amministrazione*,

---

3 Cfr. G. Greco, “L'accertamento autonomo del rapporto”, 68; P. Stella Richter, *L'aspettativa di provvedimento*, Riv. trim. dir. pubbl. 1981, 23 e ss.

4 Cfr. M. Nigro, “Giustizia amministrativa”, Bologna 2002.

Si pensi al sindacato sull'inadempimento all'obbligo di emanazione di un atto amministrativo ed a quello sull'eccesso di potere che si spinge per cogliere la realtà normativa e fattuale che sta dietro l'atto e pone sotto controllo l'intero processo di trasformazione del potere.

5 L'espressione di giurisdizione di risultato è di Sorrentino, *Vizio di incompetenza e processo amministrativo di risultato*, in Dir. proc. amm. 2000, 62. In senso conforme, Iannotta, *La considerazione del risultato nel processo amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto*, in Dir. proc. Amm. 1998, 327 e ss.

Per un approfondimento sui profondi cambiamenti del rapporto tra privato e pa. e su come ciò abbia inciso sul sistema di giustizia amministrativa, cfr. G. Berti, *Le trasformazioni della giustizia amministrativa*, in *La giustizia amministrativa in trasformazione*, Padova 2006, 37 e ss..

6 Altri profili problematici riguardano l'identificazione del controinteressato, l'acquiescenza, la cessazione della materia del contendere a seguito dell'annullamento in autotutela intervenuto in corso di giudizio, il potenziamento dei poteri istruttori del giudice amministrativo.

chiamato a dettare la regola del caso concreto e quindi a svolgere una funzione non semplicemente nomofilattica di tutela dell'unità dell'ordinamento giuridico, ma anche nomopoietica di creazione del diritto vivente, assumendo un ruolo simile a quello del giudice negli ordinamenti di Common law o, se si preferisce, a quello del praetor romano<sup>7</sup>.

Non vi è dubbio che il processo amministrativo stia vivendo un momento di grande tensione tra l'esigenza di attenersi alla struttura del tipo di processo impugnatorio e la spinta verso un altro tipo di processo in grado al tempo stesso di garantire il sindacato sull'intero arco di esercizio del potere amministrativo e di vincolare il futuro comportamento della p.a.<sup>8</sup>.

Questo fermento di proposte ricostruttive dimostra come la discussione sull'oggetto del giudizio amministrativo sia di una complessità tale da rappresentare “*un quid insolubile*”<sup>9</sup> o, forse, inesistente<sup>10</sup>.

Il presente studio si propone di approfondire lo studio dell'attuale funzione del giudizio amministrativo e l'analisi della problematica relativa all'individuazione dell'ambito di incidenza del sindacato del giudice amministrativo sulla successiva azione amministrativa, con particolare riguardo all'ammissibilità della tesi del giudizio sulla spettanza.

## 2. *Il difficile rapporto tra diritto sostanziale e processo*

Il processo amministrativo realizza quella che Nigro definisce come “*congiunzione dinamica*” tra interesse sostanziale e atto (e potere amministrativo).

“Il processo amministrativo, afferma l'autore, si fa non tanto – come accade per il

---

7 Cfr. M.E. Schinaia, *Il controllo del giudice amministrativo sull'esercizio della discrezionalità della pubblica amministrazione*, in Dir. proc. Amm. 1999, 1101; C. Calabrò, voce *Giudicato*, Enc. dir., XV, Roma, 1989, 8.

8 La letteratura in senso ampliativo dell'accertamento cognitivo del giudice amministrativo è diffusa (tra gli altri, si possono menzionare autori come G. Greco, B. Sassani, P. Stella Richter, Corso), anche se perplessità sono state espresse laddove la discrezionalità sia molto ampia e siano necessari accertamenti complessi non suscettibili di essere coperti con l'autorità del giudicato (G. Vacirca).

Secondo M. Nigro (cfr. *Giustizia amministrativa cit.*, 254 e 316 e ss.) dietro il contenuto ordinatorio della sentenza vi sarebbe un amplissimo contenuto di accertamento, vero centro vitale della pronuncia stessa, atteso che è l'attività di accertamento che fornisce il contenuto dell'obbligo di conformazione dettando la regola del caso concreto: “*Solo la valorizzazione dell'attività di accertamento consente di secondare le recenti tendenze del processo amministrativo ad ampliare la possibilità di tutela del privato, cogliendo manifestazioni dell'attività amministrativa ben diversa dall'atto amministrativo*”.

9 L'oggetto non è più l'atto, ma certo non è nemmeno il rapporto civilisticamente inteso” (così M. Nigro, in “*Atti del Convegno svoltosi a Firenze nel marzo 1985 in diritto amministrativo e processo amministrativo nel bilancio di dieci anni di giurisprudenza*”, Rimini 1987, 976.

10 “Non essendosi stabilito se il processo amministrativo verte sulla legittimità dell'atto oppure sulla lesione di un interesse”: cfr. A. Romano, “*In tema di intervento nel processo amministrativo*”, in Foro amm. 1961, 1, 1249.

processo civile – per verificare una realtà sostanziale esterna e definita (il diritto soggettivo), quanto per concorrere a creare l'oggetto stesso della verifica ..., fissando la regola del concreto operare dell'amministrazione in relazione all'interesse sostanziale dell'amministrato e stabilendo il giusto rapporto tra interesse sostanziale e potere. L'oggetto del processo finisce per confondersi con lo stesso farsi del processo ed il processo si rivela anche sotto questo aspetto “momento di cooperazione all'esercizio del potere: “*juger l'administration c'est administrer*”<sup>11</sup>.

Come bene evidenziava Benvenuti nel suo studio sul giudicato, quello amministrativo è un giudizio che non consente la separazione netta tra tutela sostanziale e tutela processuale che sta alla base delle impostazioni della dottrina processualcivilista; un giudizio dove le cose appaiono in un certo senso in uno “*stadio ancora di fusione, o in stato confuso*”, onde la sentenza amministrativa si pone necessariamente quale definizione della realtà sostanziale.

Da qui si trae la conferma della partenza storica della giurisdizione amministrativa come prosecuzione e completamento, anche sostanziale, dell'amministrazione<sup>12</sup>.

Nel nostro ordinamento, si giunge al giudizio amministrativo perchè l'obiettivo della giustizia non riesce ad realizzarsi già all'interno del procedimento amministrativo, nonostante il riconoscimento costituzionale del principio dell'imparzialità della pubblica amministrazione e delle garanzie di partecipazione procedimentale introdotte con la legge sul procedimento amministrativo.

Ciò dipende dalla funzionalizzazione del potere amministrativo al perseguimento del fine pubblico e dalla conseguente esclusione del privato nella gestione del potere stesso, il

---

<sup>11</sup> Cfr. M. Nigro, *ult. op. cit.*, 254.

<sup>12</sup> Cfr. F. Benvenuti, voce “*Giudicato (dir. amm.)*”, Enc. giur. 1068, 897, nota 14.

In diritto amministrativo i rapporti tra diritto sostanziale e diritto processuale assumono inevitabilmente una connotazione diversa rispetto a quanto avviene nel diritto civile ove i suoi caratteri distintivi sono l'autonomia e la strumentalità. Sul problema e per le nozioni di autonomia ed astrattezza del processo, si veda A. Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1994, 4; G. Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli 1933, 42; A. Attardi, *Diritto processuale civile* Padova 1997, 49.

Nel nostro ordinamento non è riuscita ad affermarsi l'idea dell’“*Amministrazione giudiziale*”, di un'amministrazione cioè che opera attraverso procedimenti ed apparati atti ad offrire al cittadino strumenti di tutela effettiva e che si ponga in posizione di terzietà anche di fronte a sé stessa. Ciò sarebbe causa di uno sbilanciamento complessivo del sistema della giustizia amministrativa a favore dei rimedi propriamente giurisdizionali, con il conseguente sovraccarico di contenzioso: cfr. S. Cassese, in “*Trattato di diritto amministrativo*”, II Tomo, 2112).

In tema di valorizzazione dei rimedi non giurisdizionali si richiama il grande sviluppo che ha avuto nel Regno Unito l'istituzione in numerosi settori di regolazione amministrativa dei c.d. Tribunals, nonché l'ordinamento austriaco che ha limitato il sistema di giustizia amministrativa ad un solo grado di giudizio innanzi al Verwaltungsgerichtshof. Vi sono poi altri ordinamenti, come gli Stati Uniti, dove il procedimento amministrativo prevede non solo garanzie di un contraddittorio pieno ma anche una separazione tra funzionario istruttore e organo decidente (administrative law judge) terzo rispetto a tutte le parti compresa l'amministrazione.

cui esercizio spetta in via esclusiva alla pubblica amministrazione<sup>13</sup>.

A differenza dell'ambito privatistico, ove le parti agiscono su un piano di effettiva parità e sono libere di perseguire i fini che esse ritengono più utile perseguire e secondo le modalità da esse prescelte, o dove non vi è la necessità di una procedimentalizzazione dell'attività, nell'esplicazione del potere amministrativo il procedimento svolge l'essenziale compito di rendere possibile la partecipazione del privato in vista del più appropriato perseguimento del fine pubblico e del migliore contemperamento dell'interesse pubblico con quello privato.

In particolare, con riguardo agli interventi invasivi *sine titulo* nella proprietà privata e ancora prima della pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 4 del 30 agosto 2005, già la dottrina sottolineava come la discussione sul comportamento non può essere isolata dall'attività di amministrazione, perchè *“il giudice amministrativo conosce da sempre i comportamenti dell'Amministrazione (...) i comportamenti continueranno ad essere conosciuti dal giudice amministrativo quando si collegano ad un procedimento amministrativo perchè lo aggravano, lo ritardano, lo evitano, lo aggirano, ect., quando cioè si inseriscono – ancorchè patologicamente - in un procedimento che dà forma al potere, ma che oggi può esprimere anche la volontà non autoritativa dell'amministrazione”*<sup>14</sup>.

Peraltro, se si considera che l'Amministrazione non svolge una funzione di regolazione neutrale al pari di un vero e proprio organo giudiziario, ma è preposta alla cura dell'interesse generale, è facile comprendere come la partecipazione procedimentale non sia sufficiente da sola a garantire la risoluzione già nella fase amministrativa dei contrapposti interessi coinvolti e con essa la riduzione del contenzioso giudiziale.

La fase giurisdizionale finisce così per divenire una sorta di *naturale* anziché patologico *prolungamento di quella amministrativa*, con il rischio che il risultato finale non sia la disincentivazione del contenzioso al suo sorgere, ma il rifluire del processo nel procedimento<sup>15</sup>.

Con l'instaurarsi del giudizio si invertono le posizioni sostanziali delle due contrapposti protagonisti del procedimento amministrativo: da parte attiva del rapporto giuridico

---

13 Il privato, pur essendone titolare, non gestisce direttamente il suo interesse legittimo che per essere soddisfatto ha bisogno di essere mediato dall'azione amministrativa. Il mancato coinvolgimento del privato nell'esercizio del potere amministrativo viene bilanciato con adeguate garanzie e criteri di regolare svolgimento dell'azione amministrativa, in una parola con quella forma della funzione amministrativa che comunemente chiamiamo procedimento: cfr. F. Benvenuti, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in Riv. trim. dir. pubbl. 1952, 12 ss..

14 Così, prima della pronuncia dell'Adunanza Plenaria, 30 agosto 2005 n. 4, V. Domenichelli, *Occupazione espropriativa, comportamenti e giudice amministrativo (una storia italiana)*, in Dir. proc. amm. 2005, 849 e ss.; S. Cassese, *La giustizia amministrativa in Italia*, in Corr. giur. 1994, 769 e ss..

15 Cfr. C. Calabrò, voce (*Processo amministrativo*), Enc. giur. trecc. 2002.

instauratosi con il privato la p.a. viene a porsi in una posizione di soggezione nel momento stesso in cui il privato ricorrente esercita il potere di un'azione giudiziale<sup>16</sup>, la cui natura costitutiva (sub specie, annullamento) va a riequilibrare (cioè a elidere) la natura costitutiva (imperativa) del provvedimento impugnato<sup>17</sup>.

La rilevata sfasatura tra piano sostanziale e piano processuale e l'inversione operata con il processo condizionano la struttura e la dinamica del processo<sup>18</sup>, anche sul piano del riparto degli oneri probatori<sup>19</sup>.

In giudizio la P.a. è in una posizione passiva e di mera difesa dell'assetto di interessi ritenuto legittimo e congruo in relazione alla fattispecie concreta: le è preclusa tanto la possibilità di integrare la motivazione del provvedimento impugnato, quanto quella di ampliare l'oggetto del giudizio mediante eccezioni di merito in senso proprio o l'esercizio di un'azione riconvenzionale come invece è riconosciuto al convenuto in un giudizio civile<sup>20</sup>.

Trattasi però di preclusioni che cozzano contro il principio in virtù del quale, come al ricorrente spetta massima libertà nella determinazione dell'oggetto del giudizio, così massima libertà dovrebbe spettare alla parte resistente nell'organizzazione della sua difesa<sup>21</sup>.

### *3. La formazione della materia del giudizio tra procedimento e processo*

La riflessione sui rapporti tra procedimento e processo ci induce a ritenere che l'apporto conoscitivo del privato leso vada confinato alla sola fase del giudizio

---

16 Cfr. S. Cassese, *op. cit.*, 2115.

17 Sulla funzione compensativa della pregressa posizione di disparità sostanziale patita nella fase procedimentale, cfr. A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, 165; E. Cannada Bartoli, *Processo amministrativo (considerazioni introduttive)* in Noviss. Dig. It. III, Torino Utet 1966, 1079.

Secondo quest'ultimo autore, la posizione di ricorrente ossia di attore sarebbe il risultato di una posizione di disparità sostanziale dipendente dall'attribuzione alla pubblica autorità della potestà di determinare unilateralmente le situazioni giuridiche altrui, disparità che verrebbe compensata mediante il processo.

18 Si pensi alla forma del ricorso come *vocatio iudicis*, cioè come reazione (più che azione) di un soggetto nei confronti di un atto di esercizio del potere, alla fissazione di un termine perentorio per l'introduzione del giudizio (art. 21 co. 1, legge tar), all'assenza di limiti temporali per la costituzione in giudizio della p.a. (art. 23, co. 4 legge tar), alla non automatica sospensione dell'efficacia del provvedimento impugnato salva apposita istanza cautelare e l'esecutorietà dello stesso.

19 Su questo piano, il disequilibrio tra le parti è dato dal fatto che la p.a. non ha alcun onere di provare l'esistenza di fatti costitutivi del potere esercitato, diversamente da quanto avviene per i c.d. diritti potestativi a necessario esercizio giudiziale, né tale situazione è compensata dall'onere della P.a. di produrre in giudizio il provvedimento impugnato insieme agli altri atti del procedimento (art. 21, co. 4) o dal riconoscimento al giudice amministrativo del potere di disporre d'ufficio dei mezzi istruttori.

20 Cfr. A.M. Sandulli, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato ed ai giudici subordinati*, Napoli 1963, 359; M. Nigro *l'appello cit.*, 373 ss., M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, 231; E. Cannada Bartoli, *Processo amministrativo (considerazioni introduttive)* in Noviss. D.I. III, Torino Utet, 1966, 1079.

21 Cfr. M. Nigro, *L'appello cit.*, 372.

Atteso il potere del giudice di indagare d'ufficio sulla fondatezza della domanda, ossia sull'esistenza dei vizi affermati dal ricorrente, l'azione del resistente volta a negare il fondamento della domanda del ricorrente non dà luogo ad eccezioni in senso proprio.

amministrativo e che la p.a. venga relegata ad un ruolo passivo di mera resistenza di fronte all'impugnazione di un proprio provvedimento perchè in tal maniera sarebbe aggravato anzichè attenuato lo squilibrio tra le parti venutosi a creare nello svolgimento del rapporto procedimentale.

Se l'obiettivo che si vuole perseguire è la sostanziale parità tra le parti del giudizio così come proclamato dall'art. 111 cost. non si può fare a meno di valorizzare il contraddittorio ex ante, vale a dire fin dall'inizio del procedimento amministrativo, in ossequio del principio costituzionale di imparzialità affermato dall'art. 97 cost..

Al riguardo un attento indirizzo dottrinale ha sottolineato come il procedimento e processo, pur diversi per legittimazione e natura del soggetto preposto, sono profondamente correlati in forza della comune funzione di attuazione storica del principio di legalità<sup>22</sup> e del comune ruolo del principio del contraddittorio<sup>23</sup>.

Il contraddittorio, malgrado si manifesti soprattutto nel processo, è parametro e misura della legalità, è un principio ontologico che giustifica tutti gli istituti del diritto amministrativo: si pensi all'esigenza di garantire il contraddittorio durante al procedimento avanti le Autorità indipendenti, i cui atti sono oggetto di un sindacato di secondo grado, sotto il profilo della ragionevolezza della determinazione assunta.

I principi creati dalla giurisprudenza hanno riempito di contenuto sostanziale la legalità, accentuando l'importanza del principio del contraddittorio che diventa il correttivo alla crisi stessa della legalità.

Il parametro della legalità si collega al principio della natura delle cose che hanno un proprio ordine e dalle quali si ricava la misura del diritto; lo stesso diritto comunitario, con i

---

22 Cfr. G. Sala, *Procedimento e processo nella nuova legge n. 241*, in *La giustizia amministrativa in trasformazione cit.*, 87; e dello stesso autore, *Parti ed interessi tra procedimento e processo: la formazione della materia del giudizio*, in *Dir. amm.* 1008, 529: “la disciplina della funzione e delle modalità di esercizio del potere non è neutra rispetto alla possibilità di incidenza del sindacato e all'estensione della tutela. Essa, infatti, indicando gli interessi rilevanti e i soggetti legittimati a pretenderne tutela insieme definisce le condizioni della legalità del potere e la misura della legittima incidenza di esso sulle situazioni giuridiche soggettive”.

23 Cfr. M. Nigro, *Giustizia amministrativa cit.*, 92 e *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la Pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Riv. dir. proc.* 1980, 254 e ss.; l'autore individua tre modelli di ricostruzione del rapporto tra procedimento e processo: quello della separazione, quello dell'alternatività e quello della complementarietà/integrazione, mettendo in evidenza come tra le direttrici della legge di riforma del 2000 vi è anche la ricerca costante di nessi di integrazione tra processo e procedimento.

Al problema si veda anche S. Cassese, *Le basi del diritto amministrativo*, Torino 1991, 239; F. Ledda, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, *Dir. amm.* 1993, 32 ss.; C.E. Gallo, voce *Processo amministrativo*, *Enc. dir.*, 620; V. Caianiello, *Rapporti tra procedimento amministrativo e processo*, 241; E. Fazzalari, *La dottrina processualistica italiana: dall'azione al processo*, in *Dir. proc. amm.* 1994, 911; *contra*, F. Benvenuti, voce *Processo amministrativo*, *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987, il quale sottolinea che i due processi sono preordinati all'esercizio di funzioni diverse e alla produzione di effetti diversi che, in caso di esercizio di funzione giurisdizionale, riguardano esclusivamente le parti e non il giudice.

suoi parametri sostanzialistici, incide sul principio di legalità, privandolo della sua veste formale.

Il contraddittorio è pure espressione del principio generale della imparzialità, visto nel lato negativo come disinteresse di chi esercita la funzione e dal lato positivo come uguale interesse di chi è chiamato ad essere destinatario del suo esercizio<sup>24</sup>.

Si può ben sostenere che la parità delle parti nel processo dipende dalla posizione delle parti fuori dal processo e dunque “dalla funzione del processo rispetto ad una realtà dei rapporti giuridici sostanziali” che si connota per la posizione privilegiata dell'amministrazione che i poteri del giudice non riescono a controbilanciare, quando la p.a. viene chiamata in giudizio<sup>25</sup>, ma che meriterebbe di essere valorizzata per la particolare considerazione spettante agli interessi superindividuali di cui la p.a. è portatrice<sup>26</sup>.

La stessa posizione di supremazia dell'amministrazione attiva merita dunque di essere rivisitata alla luce dei nuovi principi del giusto processo, non potendo essa avere riflessi sulla tecnica e sulle regole processuali<sup>27</sup>.

Il giudice amministrativo può ritenersi in grado di garantire imparzialità di giudizio e di tutela della legalità amministrativa nella misura in cui si orienti ad acquisire ogni elemento utile per la piena cognizione dell'interesse pubblico ed offra la massima possibilità di contraddittorio alla stessa p.a. resistente ed ai controinteressati.

Valorizzare la stretta relazione tra procedimento e processo significa dunque riconoscere i reciproci condizionamenti tra procedimento e processo, atteso che gli interessi emersi in sede di procedimento sono rilevanti anche per il giudizio nella stessa misura in cui lo è il procedimento, mentre il giudizio sulla legittimità dell'atto è volto a verificare proprio se la partecipazione al procedimento è stata conforme alla previsione legislativa<sup>28</sup>.

Se dunque il procedimento offre al processo il materiale del giudizio come strumento di garanzia della legalità del potere, ci si chiede come questo materiale trovi accesso nel giudizio amministrativo e quale sia ruolo delle parti e del giudice.

---

24 Cfr. F. Benvenuti, voce *Contraddittorio (dir. amm.)*, *Enc. dir.* 1961, 962 e ss., il quale definisce il contraddittorio come *una condizione extraprocessuale del processo*.

25 Cfr. V. Domenichelli, *La parità delle parti nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.* 2001, 860.

26 Cfr. A.M. Sandulli, *op. cit.*, 18.

27 Sulle difficoltà legate al tema dell'istruzione probatoria e delle difficoltà di attuazione del principio della parità delle armi, cfr. F. Merusi, *Il contraddittorio nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. Amm.* 1985, 18; F. Benvenuti, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Milano 1952; R. Villata, *Considerazioni in tema di istruttoria, processo e procedimento*, in *Dir. proc. amm.* 1995, 204 e ss.; A. Travi, *Rileggendo Orsi Battaglini, alla ricerca dello stato di diritto per una giustizia non amministrativa (Sonntagsgedanken)*, in *Dir. pubbl.* 2006, 91 e ss..

28 Cfr. G. Sala, *op. cit.*, 55 e ss..

#### 4. Il principio del contraddittorio

Va premesso che il processo amministrativo è *un processo di parti* ed è costruito sul presupposto che le parti abbiano la piena disponibilità extraprocessuale delle loro pretese e delle relative prove<sup>29</sup>.

Contraddittorio processuale significa anche e soprattutto rispetto del principio di uguaglianza e dunque esigenza che le parti processuali si trovino su un piano di parità; dunque, un processo fondato sul principio della domanda nel quale al ricorrente sia demandato l'impulso processuale e la delimitazione dell'oggetto del giudizio, e all'amministrazione la difesa del proprio operato ed al giudice la definizione del giudizio entro i limiti della domanda dedotta dal ricorrente.

Siffatta impostazione ha stentato ad emergere in passato, perchè si dubitava sulla natura sostanziale dell'interesse fatto valere in giudizio e sulla stessa esistenza di una pluralità delle parti, sia dal lato della P.a. per la quale diventare parte del processo significava perdere in sovranità<sup>30</sup>, sia dal lato del ricorrente per il quale la qualifica di parte assumeva un significato meramente formale, attesa la finalizzazione del giudizio amministrativo alla tutela dell'interesse pubblico alla legalità dell'azione amministrativa.

Il sistema di tutela giurisdizionale, per molto tempo esclusivamente impugnatorio, è stato costruito come un processo da ricorso, nel quale l'atto introduttivo del processo non è una *vocatio in ius* (citazione) come nel processo civile di cognizione, ma una *vocatio iudicis* (ricorso), un atto cioè mediante il quale si chiama il giudice a provvedere sull'oggetto della domanda<sup>31</sup>.

Ciò comporta che il contraddittorio nel processo amministrativo sia soltanto un fatto

---

29 Cfr. F. Benvenuti, *Istruzione cit.*.

30 L'Amministrazione presente in giudizio è un'amministrazione che assomma in sé una duplice ruolo, di parte e di soggetto esterno al processo, titolare di specifiche competenze esercitabili esclusivamente per il raggiungimento del pubblico interesse. Come parte del giudizio la p.a. deve rispettare le regole per la costituzione in causa come tutte le altre parti ma essa è titolare anche di doveri di collaborare con il giudice che mal si conciliano con la sua qualità di parte (si pensi all'obbligo di produzione in giudizio del provvedimento impugnato e gli atti del procedimento e al fatto che essa sia destinataria dell'attività istruttoria del giudice (cfr. V. Caianiello, *Lineamenti del processo amministrativo*, Torino 1976, 323).

Essendo istituzionalmente chiamata a svolgere il compito di contemperare i vari interessi pubblici e privati in gioco, nel perseguimento del superiore interesse pubblico (in ciò sta l'essenza della discrezionalità amministrativa), la p.a. riveste nel processo il ruolo di "parte per così dire imparziale".

Del resto, la soluzione del problema dell'individuazione delle parti del giudizio amministrativo è condizionata dall'opinione cui si aderisce sul tema dell'oggetto del giudizio amministrativo, identificato come il sindacato sulla validità di un atto in senso contrario (cfr. F. Benvenuti, *Parti cit.*, 962 e ss. e *Contraddittorio cit.*, 741: "Parti del processo non sono necessariamente i soggetti interessati al rapporto sottostante del quale si attua la tutela indiretta ma soltanto tutti coloro che sono interessati dall'atto impugnato in quanto è l'atto che determina i soggetti del giudizio stesso"), o come disciplina del rapporto (cfr. A. Piras, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano 1960 e A. Albini, *Il processo amministrativo con pluralità di parti*, Milano 1953).

31 Cfr. M. Nigro, *Giustizia amministrativa cit.*, 246.

eventuale e che al giudice sia consentito decidere anche senza la costituzione in giudizio di una delle parti interessate dal provvedimento impugnato.

Questo modello impugnatorio, coerente con la tradizionale impostazione autoritativa dei rapporti sostanziali fra Amministrazione, è apparso non più accettabile alla luce dell'evoluzione successiva.

All'insegna di una maggiore parità tra le parti e di un ampliamento della gamma delle azioni giudiziali a disposizione del privato, è andata rafforzandosi l'idea che il giudizio amministrativo sia uno strumento di tutela non dell'interesse pubblico ma dell'interesse individuale del cittadino leso<sup>32</sup>.

Il principio del contraddittorio presenta, peraltro, difficoltà di concretizzarsi per quanto attiene all'individuazione dell'oggetto del giudizio che va definito entro un rigoroso termine di decadenza nell'atto introduttivo del giudizio e non è più modificabile nel corso del giudizio, salva la proponibilità dei c.d. motivi aggiunti.

La nuova disciplina di quest'ultima tipologia di motivi altro non è se non un adattamento della struttura impugnatoria del processo in atto di trasformazione dell'oggetto del giudizio, il quale, tenuto conto dell'arricchimento dei modi di svolgimento dello stesso in tutte le sue fasi (introduttiva, istruttoria e decisionale), richiederebbe ormai un processo non da ricorso ma da citazione con parallela previsione della domanda riconvenzionale.

Se si aggiunge che alla P.a. convenuta nel giudizio di legittimità compete la sola difesa del suo operato entro i limiti fissati con ricorso introduttivo, senza alcuna possibilità di ampliamento dei termini della controversia a mezzo di domanda riconvenzionale, appare evidente che il principio del contraddittorio, inteso come mezzo per il chiarimento delle contrapposte affermazioni delle parti, è fortemente limitato, nella sua concreta attuazione, assumendo le sembianze non del dialogo ma del “*contemporaneo monologo di più interlocutori*”<sup>33</sup>.

---

32 Cfr. V. Domenichelli, *Giurisdizione esclusiva e processo amministrativo*, Padova 1988.

La teoria sulla natura soggettiva della giurisdizione amministrativa aderisce alla nuova impostazione dei rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione e all'imperativo della pienezza della tutela giurisdizionale (art. 24 e 113 cost), in senso conforme al principio della domanda che si articola nel principio dell'iniziativa di parte, della domanda di fissazione dell'udienza e della relativa perenzione, nell'istituto della rinuncia nonchè in quelli dell'interruzione del giudizio e della cessazione della materia del contendere ex art. 23 legge tar.

Questa teoria è seguita tra gli altri da M.S. Giannini, A. Piras, M. Nigro, A.M. Sandulli, *Il giudizio cit.*; G. Verde, *Ma che cos'è questa giustizia amministrativa?*, in Dir. proc. amm. 1993, 587 ss..

A favore invece della teoria oggettiva della giurisdizione, e della configurazione dell'interesse legittimo come “proiezione processuale dell'interesse qualificato”, ovvero come requisito di legittimazione al ricorso: cfr. E. Guicciardi, *La giustizia amministrativa*, 37 e ss.; A. Romano, *I caratteri originari della giurisdizione amministrativa e la loro evoluzione*, in Dir. proc. amm. 1994, 636 ss. e F. Benvenuti, *ult. op. cit.*

33 Per la definizione di processo a senso unico, anche con riferimento alla prassi invalsa della p.a. e dei controinteressati di non osservare il termine di trenta giorni successivi a quello assegnato per il deposito del ricorso e di presentare le proprie memorie difensive nel termine di quindici giorni antecedenti la discussione

Inoltre, in virtù del c.d. principio dispositivo con metodo acquisitivo il ricorrente, in mancanza della possibilità di addurre una prova compiuta a fondamento delle proprie pretese, ha l'onere di allegare un principio di prova, affinché il giudice possa disporre d'ufficio i mezzi utili al completamento dell'istruttoria, così da sopperire all'originale carenza di contraddittorio che contraddistingue il processo amministrativo<sup>34</sup>.

Se le parti non possono contribuire su un piano di parità alla formazione del materiale del giudizio (e di ciò costituisce causa la stessa struttura di processo da ricorso del giudizio amministrativo), vi sono ostacoli a ritenere che il giudizio amministrativo configuri davvero un processo di parti; ciò a prescindere dai rischi connessi ad un eccessivo potere del giudice in materia probatoria, sotto il profilo della violazione dei principi di uguaglianza e di autonomia delle parti<sup>35</sup>.

##### 5. Ruolo del giudice amministrativo e specialità della giurisdizione amministrativa

Nell'ambito di queste premesse introduttive al tema centrale del presente studio, merita un cenno la questione del ruolo del giudice amministrativo all'interno dell'ordinamento giurisdizionale italiano e della specialità della giurisdizione amministrativa.

In dottrina non mancano posizioni che dubitano sull'attualità della qualifica di giudice speciale, riferito al giudice amministrativo in ragione all'ampiezza delle funzioni riconosciute<sup>36</sup> e alla peculiarità del rapporto tra procedimento sostanziale e processo giurisdizionale<sup>37</sup>. Alcune opinioni più radicali propugnano il ritorno verso un unico ordine

---

orale del ricorso, cfr. F. Benvenuti, *op. ult. cit.*, 743.

34 Cfr. Cons. st., sez. V, 7 ottobre 2009 n. 6118.

Nel senso che l'adozione di un metodo istruttorio acquisitivo nel processo si giustifichi con la posizione di sfavore in cui si trova il privato al quale è difficile procurarsi la disponibilità del materia di fatto necessario al processo: F Benvenuti, *Istruzione cit.*, 442 e ss.

35 Si leggano le osservazioni di F. Benvenuti, *Parte cit.*, 206. Secondo l'autore citato, la parte si autodefinisce nel processo nei limiti in cui essa fa valere una propria affermazione per cui “*non vi può essere per il giudice altra parte nel processo che non sia quella che autonomamente vi si individua né altra realtà che non sia quella richiamata dalla parte perchè da essa viene individuata nel processo la sua identità*”.

Il giudice non può modificare il processo per il suo interesse al processo che “*è un interesse puramente mediato*”, mentre oggetto immediato del suo agire nel processo è il giudizio, vale a dire “*l'esercizio della propria funzione giurisdizionale*”. In altri termini, “*al giudice non spetta alcun potere di intervenire sull'oggetto del giudizio se non agendo sul piano del processo, infatti ogni altro intervento fuori di questo piano...postula necessariamente l'esistenza nel giudice di un interesse al contenuto della decisione*”.

Un ultimo cenno merita la qualifica di parti necessarie del processo amministrativo: secondo la concezione del contraddittorio fondata sull'art. 24 cost., si potrebbe ipotizzare l'estensione della suddetta qualifica, oltretutto ai destinatari dell'atto impugnato, anche a quei soggetti che si trovano in una relazione oggettiva con l'atto e che potrebbero chiedere la rimozione degli effetti della sentenza mediante il rimedio dell'opposizione di terzo.

36 Cfr. C.E. Gallo, voce *Processo amministrativo*, *Enc. dir.*, 619 e ss..

37 La specialità del diritto amministrativo si rende visibile proprio nel fatto che in esso si altera rispetto al diritto privato il rapporto tra le strutture sostanziali e la giurisdizione: “*Non più esecuzione della legge politica, ma costruzione fondamentale del rapporto tra l'interesse individuale e gli interessi sociali, in questa*

giurisdizionale contestando la stessa utilità del doppio binario di giurisdizione<sup>38</sup> nella prospettiva di una forte convergenza del processo amministrativo sulle linee processuali civilistiche<sup>39</sup>.

A ben vedere, l'esigenza di uniformità affermata dalla Costituzione può venire intesa, anziché come omogeneità dei modelli processuali o spinta verso l'unità della giurisdizione, come uniformità della tecniche di tutela giurisdizionale.

Secondo un'impostazione condivisa dalla stessa Corte Costituzionale con sentenza n. 204 del 2004, la specialità della giustizia amministrativa costituisce lo strumento appropriato per dare la migliore tutela del cittadino nei suoi rapporti con la p.a. che agisce *iure imperii*, ma anche nelle controversie tra pubbliche autorità<sup>40</sup>.

Dal quadro costituzionale emerge *un favor* verso il giudice amministrativo con compiti conformativi dell'azione amministrativa, il cui ruolo peculiare va oltre la mera definizione del rapporto controverso per garantire la “*giustizia nell'amministrazione*” attraverso l'indicazione delle regole per il futuro *modus agendi*<sup>41</sup>.

Questo obiettivo di attuazione dell'interesse della giustizia nell'amministrazione non può essere inteso soltanto in senso generico come interesse alla legalità ed imparzialità dell'azione amministrativa, ma assume il significato più pregnante e conforme agli artt. 24 e 103 della Costituzione di tutela giurisdizionale delle posizioni soggettive del cittadino nei confronti degli atti della pubblica amministrazione<sup>42</sup>.

Il giudizio amministrativo *serve* al cittadino, e non è più vera l'affermazione contraria figlia di una visione obsoleta della giustizia amministrativa, che “è il cittadino che serve al giudizio amministrativo”, ricevendo dall'accoglimento del ricorso soltanto *un*

---

*stretta connessione tra p.a. e giustizia sta appunto la specialità della giustizia amministrativa*”: cfr. G. Berti, *op. cit.*, 45.

38 Questa era la proposta di Calamandrei in seno all'Assemblea Costituente; più di recente, a favore della configurazione del giudice amministrativo come un giudice specializzato ma non più giudice speciale. cfr. A. Travi, *Per l'unità della giurisdizione*, Dir. Pubbl. 1998, 271 e ss.

Secondo il medesimo autore, ammettere una giurisdizione amministrativa renderebbe più serio il rischio di disparità che in vertenze che riguardano la p.a. vengono percepite come un cedimenti del giudice ad un potere pubblico e come riconoscimento di un regime privilegiato per la parte più forte.

Per una critica alla tesi dell'unificazione F. Benvenuti, *Teoria e ideologia*, 300.

39 A favore del modello tedesco che configura il giudice amministrativo come giudice ordinario anziché speciale, si è espresso anche C. Consolo “*Considerazioni sull'ontologico discrimen tra le giurisdizioni*”, in *La giurisprudenza amministrativa in trasformazione*, *op. cit.*, 255.

40 Cfr. M. Nigro, *Giustizia amministrativa cit.*, 251.

41 Cfr. M. Nigro, *Giustizia amministrativa cit.*

Anche alla luce delle sentenze 204/2004 e 191/2006 della Corte costituzionale, il giudice amministrativo si configura come il giudice naturale della legittimità della funzione amministrativa.

42 Cfr. A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli 1989, 1187; A. Romano, *Diritto soggettivo, interesse legittimo e assetto costituzionale*, in *Foro it.*, 1982, V, 258; G. Verde, *Ma cos'è questa giustizia amministrativa?*, in *Dir. proc. amm.* 1993, 587 ss..

*vantaggio di fatto* (per usare le parole di Guicciardi)<sup>43</sup>.

Quanto alla garanzia di indipendenza ed imparzialità, non sembra più fondato il sospetto che il giudice amministrativo sia tendenzialmente orientato in senso favorevole verso quest'ultima per essere anche organo ausiliario dell'Amministrazione, posto che esso "ha piena dignità di giudice ordinario per la tutela, nei confronti della pubblica amministrazione, delle posizioni soggettive di interesse legittimo"<sup>44</sup>.

Il processo amministrativo ancora oggi non dispone di un testo coordinato di norme di disciplina e, in assenza di una organica riforma, continua a funzionare grazie alla paziente opera giudiziale di "ricucitura" delle scucite disposizioni, di adeguamento dei vecchi principi alle nuove esigenze, di trapianto di norme esterne, di invenzione di norme nuove<sup>45</sup>.

Questa prospettiva che non disdegna il richiamo alla disciplina processualcivile come mezzo di integrazione della scarsa disciplina processualistica amministrativa non sembra in linea con la tesi della specialità del giudice amministrativo che propugna la specialità della disciplina applicabile al rapporto stesso in ragione della specialità dei soggetti del rapporto processuale (la P.a. e organo giudicante).

Il problema sta nell'individuazione del criterio con cui individuare l'esatto confine tra processo di diritto pubblico e processo di diritto privato: superato il criterio della non pariteticità delle posizioni delle parti, appare ora decisivo, anche alla luce della sentenza n. 204 del 2004 della Corte Costituzionale, il necessario riferimento ad una vicenda concernente l'esercizio di un potere pubblico da parte della p.a.<sup>46</sup>.

Questo richiamo all'agire della p.a. come esercizio di un potere autoritativo come

---

43 Cfr. E. Guicciardi, *La giustizia amministrativa*, rist. della 3<sup>o</sup> ed. Padova, 1957, 293.

44 Cfr. Corte cost. n. 140 del 2007.

45 Cfr. M. Nigro, *Giustizia amministrativa cit.*, 266.

L'attuale impianto della giustizia amministrativa e alle sue regole vengono viste come "una sostanziale camicia di forza nella quale il processo si trova costretto" (così E.G. Gallo, *op. cit.*, 625).

Sulla mancanza di una codificazione del processo amministrativo e sull'incertezza legata alla concreta utilizzabilità della fonte codicistica civilistica nel processo amministrativo (sia per la trasposizione dei principi e l'applicazione analogica di istituti, sia per l'esatta portata del rinvio a puntuali disposizioni del codice di procedura civile da parte di specifiche norme sul processo amministrativo) si sofferma A.M. Sandulli, *Fonti e principi della giustizia amministrativa*, in *giustizia-amministrativa.it.*, ove si auspica un indispensabile intervento di riscrittura del quadro normativo di disciplina del processo amministrativo, alla luce delle più gravi incertezze del sistema, che oltre il problema del riparto di giurisdizioni, investono altri profili come: il rapporto tra ricorso principale e incidentale, l'ambito di applicabilità del rito sul silenzio e i presupposti per la proposizione dei motivi aggiunti, la legittimazione e l'interesse ad impugnare, alcuni termini processuali (per l'appello delle ordinanze cautelari, per la proposizione dei motivi aggiunti e del ricorso incidentale nelle materie ex art. 23 bis l. Tar.).

La chiarezza delle regole processuali costituisce un principio irrinunciabile di garanzia del diritto di difesa come sottolineato dalla Corte di giustizia europea (sent. 14 ottobre 2004 n. C-275/03).

La creazione di un codice della giustizia amministrativa era stato auspicato anche da S. Cassarino, nell'opera *Le situazioni giuridiche soggettive e l'oggetto della giurisdizione amministrativa*, Milano 1056.

46 Cfr. L. Mazzaroli, *Processo amministrativo come processo di parti e l'oggetto del giudizio*, in *Dir. proc. amm.* 1997, 463 ss.

criterio identificativo del sindacato del giudice amministrativo, non sembra preclusivo all'utilizzo da parte di quest'ultimo del diritto processuale civile, dei suoi concetti e dei suoi metodi per superare quell'atteggiamento della giurisprudenza.

Del resto, lo stesso giudice amministrativo, lasciate da parte le originarie resistenti, appare sempre più incline a riconoscere come “naturale” il riferimento alle norme del codice di procedura civile<sup>47</sup>.

Si può correttamente affermare che le leggi processuali civili sono la sede di norme e principi idonei ad assurgere a fonte di integrazione del diritto processuale amministrativo, in quanto principi di diritto processuale comune.

Dalla dottrina del processo civile si potranno mutuare nozioni per applicarle a processi di altro tipo e quindi anche al processo amministrativo, data la portata di tali nozioni che trascende l'ambito del solo processo civile<sup>48</sup>.

Così, anche alla luce della riforma del processo amministrativo attuata con la legge n. 205 del 2000 e tenuto conto dell'opera creativa svolta dalla giurisprudenza amministrativa<sup>49</sup>, si potrebbe senz'altro ritenere razionale l'applicazione delle norme del codice di procedura civile ad eccezione di quelle incompatibili con particolari caratteristiche del processo<sup>50</sup>.

Specie dopo la sentenza n. 500 del 1999 sulla risarcibilità del danno per lesione di interessi legittimi, il diritto amministrativo, persa la natura di diritto generale ed autonomo rispetto al diritto privato, ha assunto i caratteri di un “diritto speciale” che necessita di apposite giustificazioni per discostarsi dal diritto comune.

In questo processo di c.d. pubblicizzazione del diritto privato, la pubblica amministrazione è vincolata al rispetto delle regole del diritto privato, al pari di qualsiasi altro soggetto dell'ordinamento ed i suoi privilegi in tanto possono configurarsi in quanto si traduca nella “specialità” di disciplina correlata a compiti e scopi “speciali essi stessi”, ossia giustificata al cospetto di principi costituzionali che governano l'azione amministrativa<sup>51</sup>.

---

47 Cfr. Cons. st., ad plen., 1 ottobre 1994 n. 10, in ordine alla possibilità di condannare al pagamento delle spese di causa in sede di giudizio cautelare d'appello; per la citazione dei vari articoli del c.p.c. ritenuti applicabili dal giudice amministrativo, si veda E.G. Gallo, *op. cit.*, 625 ss.

48 Cfr. A. Romano, *La pregiudizialità cit.*, 11.

49 Si pensi all'apprezzabile lavoro svolto dal Consiglio di Stato, non solo in funzione integrativa di norme già poste (come per l'istituto dei motivi aggiunti, o all'intervento in giudizio) ma anche in funzione di creazione di istituti nuovi (il c.d. silenzio-rigetto) e dell'esatta ricostruzione del sistema di riparto delle giurisdizioni, e ancora profili come l'individuazione delle parti e la delimitazione dell'oggetto del giudizio.

50 Cfr. M. Nigro, *Giustizia amministrativa cit.*, 267.

51 Così V. Angiolini, *Risarcimento del danno, pubblica amministrazione e costituzione*, in *Dir pubbl.* 2000, 133 e ss.

Sulla legittimità della scelta legislativa di norme differenziate per i diversi tipi di giurisdizione si è già pronunciata dalla Corte Costituzionale con ord. 2002 n. 179: cfr. M. Nigro, *Giustizia amministrativa cit.*, 266; E.G. Gallo, *Contributo allo studio dell'invalidità degli atti processuali nel giudizio amministrativo*, Milano 1983, 75.

## 6. L'effettività e celerità del processo amministrativo

Nell'attuale momento storico, l'effettività della giustizia amministrativa è sentita come un'esigenza insopprimibile sia dal punto di vista del cittadino leso, sia sul piano generale dell'ordinamento processuale<sup>52</sup>, talora usata come un strumento per forzare la disciplina vigente e per arricchirla di contenuti estranei al diritto amministrativo.

L'esigenza di effettività ben si coniuga con quella tesa a favorire la celerità del processo amministrativo, la cui definizione entro un tempo ragionevole è resa ancora più urgente dalla presenza di valori contrapposti rappresentati dalla parte privata e dalla parte pubblica del processo.

L'obiettivo di accelerare il giudizio amministrativo sta alla base delle recenti novità legislative apportate dalla Legge n. 133/08, di conversione del d.l. n. 112/08 “*Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria*”.

Ci si riferisce anzitutto alla modifica apportata dall'art. 54 della citata legge all'organizzazione del Consiglio di Stato, ossia l'attribuzione al Presidente del potere di decidere annualmente l'attribuzione, in precedenza fissata *ex lege*, di funzioni giurisdizionali o consultive alle sei sezioni del Consiglio che non si esclude possano svolgere tutte funzioni giurisdizionali così da smaltire il contenzioso pendente.

Altri elementi di novità, sulla cui utilità ai fini dell'accelerazione del processo già si è dubitato<sup>53</sup>, riguardano il dimezzamento del termine della perenzione ultradecennale dei ricorsi avanti al giudice amministrativo introdotta dalla legge n. 205 del 2000 ed il collegamento dell'esperibilità dell'azione di risarcimento per danni da eccessiva durata del

---

<sup>52</sup>Un'importante chiave di lettura dei principi di effettività della tutela è stata rinvenuta a livello comunitario nella direttiva n. 66 del 2007, ove al considerando 36 viene posto l'accento sulla necessità di “garantire il pieno rispetto del diritto ad un ricorso effettivo e ad un giudice imparziale, conformemente all'art. 47, primo e secondo comma, di detta Carta” (cioè della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea).

L'esigenza di immediatezza e rapidità della tutela ha diverse esplicazioni: 1) nei riti abbreviati introdotti dalla legge n. 205 del 2000; 2) nella garanzia di una tutela cautelare autonoma dal giudizio di merito (con il problema di estendere i principi affermati dalla direttiva n. 66 in merito al termine per portare ad esecuzione un provvedimento amministrativo ed all'effetto sospensivo automatico del ricorso); 3) nella concentrazione della controversia dinanzi ad un giudice unico, con l'ammissibilità dell'azione risarcitoria dinanzi al giudice amministrativo e l'estensione della giurisdizione esclusiva sulla sorte del contratto dopo l'annullamento dell'aggiudicazione ai sensi della direttiva n. 66.

L'esigenza della completezza della tutela interessa ogni aspetto del processo amministrativo come: l'ampiezza dei poteri istruttori, il sindacato relativo alla discrezionalità tecnica; il diritto alla tutela caducatoria e risarcitoria; l'ampiezza della legittimazione a ricorrere ed appellare; l'effettività dell'esecuzione e dell'ottemperanza; la coerenza dell'assorbimento dei motivi sostanziali e della decisione in forma semplificata. Un ruolo importante per la garanzia del diritto di difesa spetta ai principi di indipendenza ed imparzialità del giudice, di parità delle parti e piena garanzia del contraddittorio.

<sup>53</sup> Cfr. N. Saitta, “Vecchio” Consiglio di Stato, addio?, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it).

processo alla condizione che nel giudizio, nell'ambito del quale si lamenta la violazione del principio della ragionevole durata del processo, sia stata presentata apposita istanza di prelievo, pena l'improcedibilità dell'azione risarcitoria<sup>54</sup>.

Se si tiene conto altresì della rilevanza processualistica di disposizioni come quella contenuta nell'art. 21 octies della legge n. 241 del 1990 che prevede la non annullabilità del provvedimento amministrativo per vizi sulla forma e sul procedimento<sup>55</sup>, vi è da chiedersi se il con i richiamati interventi normativi non si sia in realtà mortificato il senso e la stessa specialità della giustizia amministrativa.

Si potrà discutere quale sia il miglior modo di gestire la domanda di giustizia, se ad esempio occorra individuare criteri di priorità nella trattazione dei ricorsi, o valorizzare l'attività del relatore della causa affinché la causa arrivi all'udienza di trattazione già istruita e con la presenza di tutte le parti, o ancora fissare un termine perentorio per la costituzione in giudizio dell'amministrazione resistente.

Certo è che non sempre la celerità del processo è garanzia di una tutela piena ed effettiva della richiesta di giustizia provenienti dal privato.

La discussione sui modi per garantire una giustizia celere, a ben vedere, passa attraverso la proposizione di una nuova configurazione del giudizio amministrativo e dei suoi istituti, alternativa a quella tradizionale.

Si è rafforzata la convinzione che, essendo il processo amministrativo uno strumento di tutela della pretesa sostanziale del cittadino, anziché di controllo dell'azione della p.a., la disciplina processuale non può essere fine a se stessa, ma deve essere funzionale alla migliore qualità della decisione di merito: si pensi ad esempio alla decisione di merito assunta in sede cautelare e previa verifica della garanzia del contraddittorio nel rito previsto dall'art. 23 bis.

In conformità ad una lettura costituzionalmente orientata della disciplina della materia, il giusto processo è quello diretto a sfociare non in una decisione di mero rito, ma in una pronuncia di merito che decide chi abbia torto e chi abbia ragione; in base a questo principio le Sezioni Unite della Cassazione hanno riconosciuto ingresso nell'ordinamento

---

<sup>54</sup>In merito all'istanza di prelievo idonea a caratterizzare come urgente il giudizio, la Cassazione con pronuncia a S.U. n. 28507 del 2005 aveva aderito alla tesi di chi riteneva non dovesse essere mai addossata alle parti i ritardi da addebitare all'amministrazione della giustizia, disattendendo la tesi di chi riteneva che dovesse essere sanzionata la negligenza delle parti che non avevano utilizzato uno strumento a loro disposizione.

Questo indirizzo giurisprudenziale è destinato ad essere rimesso in discussione a seguito dell'introduzione della norma di esame, la cui ratio è quella di andare a colpire le condotte delle parti processuali caratterizzate da un'eccessiva inerzia, ottenendo in questo modo anche il risultato di un taglio delle controversie pendenti.

<sup>55</sup>Cfr. F. Volpe, *La non annullabilità dei provvedimenti amministrativi illegittimi*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 319 e ss.

processuale al principio della traslatio iudicii dal giudice ordinario al giudice speciale e viceversa in caso di pronuncia sulla giurisdizione<sup>56</sup>, cui ha fatto seguito la pronuncia della Corte costituzionale n. 77/07, che ha dichiarato illegittimo l'art. 30 della legge n. 1034/71, nella parte in cui non prevede che gli effetti sostanziali e processuali prodotti dalla domanda proposta a giudice privo di giurisdizione si conservino a seguito di declinatoria di giurisdizione nel processo proseguito davanti al giudice munito di giurisdizione, statuendo che l'ordinamento riconosce l'esistenza di giudici, ma *“la riconosce affinché venga assicurata, sulla base di distinte competenze, una più adeguata risposta alla domanda di giustizia, e non già affinché sia compromessa la possibilità stessa che a tale domanda venga data risposta”*<sup>57</sup>.

### *7. La rilevanza dell'interesse sostanziale oggetto di lesione*

La considerazione dell'interesse sostanziale leso si rinviene nell'interpretazione di diversi istituti processualistici, oltre che nel ruolo assegnato al principio della domanda.

Come la legittimazione a ricorrere viene direttamente correlata alla situazione giuridica sostanziale che si assume lesa e postula un interesse concreto ed attuale all'annullamento dell'atto<sup>58</sup>; così l'interesse all'appello viene accertato in funzione della soccombenza sostanziale, ossia in relazione all'incidenza sulla situazione giuridica soggettiva tutelata, rivelandosi insufficiente un interesse alla semplice correzione della motivazione<sup>59</sup>.

Ancora, per la determinazione della decisione sulla giurisdizione in conformità all'oggetto della domanda (art. 386 c.p.c.), assume rilievo il criterio del petitum sostanziale anziché a quello della c.d. prospettazione (ossia quello della qualificazione giuridica

---

<sup>56</sup> Cfr. Corte Cass. sez. un. n. 4109 del 2007.

<sup>57</sup> Al principio enunciato dalla Corte Costituzionale ha dato attuazione il Consiglio di Stato con sentenza n. 2231 del 13 maggio 2008, ribadendo la necessità di rimettere le parti avanti al Giudice ordinario affinché dia luogo al processo di merito e di fissare un termine entro cui la salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda opera, mediante applicazione analogica dell'art. 50 c.p.c..

<sup>58</sup> Diversamente, come osserva il Consiglio di Stato, l'impugnativa verrebbe degradata al rango di azione popolare a tutela dell'oggettiva legittimità dell'azione amministrativa “in insanabile contrasto con il carattere di giurisdizione soggettiva che la normativa legislativa e quella costituzionale hanno attribuito al vigente sistema di giustizia amministrativa”: cfr. Cons. st., sez. IV, 28 agosto 2001 n. 4544.

<sup>59</sup> Cfr. CGA Regione Sicilia, 28 aprile 2008 n. 357.

Per orientamento consolidato della giurisprudenza, nel giudizio di impugnazione l'interesse ad impugnare una data sentenza o un capo di essa va desunto dall'utilità giuridica che dall'eventuale accoglimento del gravame possa derivare alla parte che lo propone, per cui si ritiene inammissibile per difetto di interesse l'impugnazione proposta ove non sussista la possibilità per la parte che l'ha fatta di conseguire un risultato utile e giuridicamente apprezzabile: tra le altre, cfr. Cass., sez. I, 5 giugno 2003 n. 8993; Cass., sez. III, 20 febbraio 2006 n. 3654; Cass., sez. III, 3 settembre 2005 n. 17745.

soggettiva che l'istante attribuisce all'interesse di cui invoca la tutela)<sup>60</sup>.

E pure la nozione di capo di sentenza si presta ad una interpretazione conforme al criterio dell'interesse sostanziale di cui si chiede tutela: alla tesi tradizionale secondo cui ciascun vizio-motivo identifica un distinto capo di domanda, si obietta che dalla medesima discendono conseguenze pericolose<sup>61</sup> (specie laddove si afferma che il rigetto di un motivo produce sempre soccombenza, che non è mai possibile l'assorbimento di un motivo di ricorso e che l'effetto devolutivo funziona in un ambito ristretto), oltrechè un eccessivo frazionamento della domanda operato in astratto e non in relazione al risultato cui tendere l'unitario disegno del ricorrente<sup>62</sup>.

Per tale via, si è giunti ad affermare che per la divisione in capi andrebbe invece utilizzato il criterio della peculiarità del vantaggio o svantaggio che la decisione del ricorso apporta ai due litiganti sulla base di un motivo anziché sulla base dell'altro, ovvero il criterio della peculiarità dell'effetto conformativo prodotto dalla sentenza in relazione alla natura dei vizi denunciati e accertati.

Data la diversità degli effetti dell'annullamento (vincolante pieno, diretto e indiretto, semipieno, e secondario) e dei vantaggi che l'annullamento può apportare al ricorrente, si sostiene la scindibilità della domanda di annullamento con pluralità di motivi in tanti capi quante sono le dimensioni del vincolo ed i tipi di vantaggio che i diversi motivi possono produrre attraverso l'annullamento.

Può dunque accadere che il vizio-motivo non formi un capo a sé, ma che invece rappresenti semplice punto di cognizione avente il rango di una delle questioni pregiudiziali che il giudice amministrativo risolve per poter pervenire all'accoglimento ed al rigetto del capo di domanda e che non dà luogo ad una autonoma soccombenza<sup>63</sup>.

Secondo questa linea dottrinale, il vizio-motivo, che pure riveste un ruolo fondamentale nella identificazione dell'oggetto della domanda, rivestirebbe nella dinamica

---

60 Ai fini del riparto della giurisdizione, non è sufficiente e decisivo avere riguardo alle deduzioni ed alle richieste formalmente avanzate dalle parti, ma occorre tener conto del *petitum sostanziale, ossia dello specifico oggetto e della reale natura della controversia*, che si identifica in funzione della causa petendi costituita dal contenuto della posizione soggettiva dedotta in giudizio ed in relazione alla protezione sostanziale accordata in astratto alla posizione medesima dalla disciplina legale da applicare alle singole fattispecie": cfr. Cons. st., sez. V, 27 giugno 2001 n. 3508; Cass., sez. un., 9 aprile 1999 n. 231.

61 Secondo la tesi tradizionale, se più fatti giustificano l'impugnativa di un atto o negozio giuridico si hanno altrettante azioni quanto sono i fatti accampati; nel processo amministrativo vi sarebbero tanti diritti all'annullamento quanto i motivi addotti; ne consegue che il rigetto di un motivo dovrebbe produrre sempre soccombenza anche se è accolto un altro motivo e che l'effetto devolutivo si produrrebbe solo nell'ambito di ciascun capo e non oltre, il giudice non ponendo mai passare dall'esame di un motivo all'altro.

62 Nigro, *L'appello cit.*, 436.

63 Si consideri la soluzione negativa di una questione, sostanziali o processuali, che produca il mancato accoglimento del capo della domanda: in tale ipotesi è il capo di domanda a non venire accolto, mentre il motivo del rifiuto costituisce semplice punto di cognizione (e fungibile nell'ambito dello stesso capo di domanda).

del processo una funzione più modesta, quale “semplice ponte di passaggio per pervenire al riconoscimento o alla negazione del diritto all'annullamento”.

Attesa la fungibilità dei vizi-motivi inoltre il giudice d'appello si vedrebbe legittimato a passare dall'esame dell'un motivo a quello dell'altro senza apposita impugnativa, in forza dell'operatività dell'effetto devolutivo nel processo amministrativo<sup>64</sup>.

#### 8. *La specialità della giustizia amministrativa nel diritto amministrativo comparato*

La specialità è l'alternatività dei mezzi di tutela nei confronti della p.a. costituisce un dato oggettivo comune nell'esperienza degli ordinamenti giuridici occidentali, molto più profonda negli Stati a *droit administratif* rispetto ai sistemi di *common law*.

In Europa il giudizio amministrativo presenta tratti di omogeneità tant'è che si è parlato di un “vero e proprio giudizio amministrativo europeo”<sup>65</sup>.

In Francia l'esigenza di escludere il controllo del giudice ordinario sugli atti e sui comportamenti della p.a. ha aperto la strada ad un sistema di doppia giurisdizione che individua nel Conseil d'Etat l'organo (prima solo amministrativo e poi anche giurisdizionale), deputato a garantire in posizione di terzietà la tutela dei privati nei confronti della p.a..

Il modello dualista è prevalso anche in altri paesi dell'Europa continentale, la Germania, Austria, Belgio (in Spagna e nel Regno Unito rimane competente il giudice ordinario che vi provvede con sue sezioni specializzate).

Negli ordinamenti di *common law* non viene visto come un problema la tutela giurisdizionale nei confronti del potere pubblico: il giudice protegge i diritti dei privati sempre allo stesso modo, senza che rilevi il carattere pubblicistico della controversia.

L'Amministrazione opera secondo le regole di *common law*, in posizione neutrale con metodo paragiurisdizionale, applicando lo stesso diritto che regola le relazioni tra privati.

Non si avverte l'esigenza di una specializzazione del giudice per le questioni di diritto amministrativo, né di una unificazione del sistema delle azioni proponibili nei confronti dell'esecutivo: nondimeno, i rimedi ordinari non sempre funzionano e le istanze di protezione specifica nei confronti del potere amministrativo vengono dirottate sul terreno diverso da quello della giurisdizione, quello delle forme alternative di tutela.

---

64 Cfr. M. Nigro, *L'appello cit.*, 437 e ss..

65 Cfr. G. Napolitano, *Diritto amministrativo comparato*, Milano 2007

Il sistema di *common law* resta fedele ad un modello di monismo giurisdizionale, ove la protezione del cittadino è risolta all'interno di un'amministrazione indipendente conformata nell'ambito di un processo decisionale garantistica.

Secondo tradizione, la giustizia amministrativa assolve ad una duplice funzione di tutela oggettiva di verifica della legalità dell'azione amministrativa e di tutela soggettiva di protezione dei singoli.

Se nel sistema francese si rinvenivano tracce rilevanti della tradizionale impostazione oggettiva evidenti soprattutto nel regime del contenzioso di annullamento, in altri ordinamenti continentali, specie in quello tedesco, è prevalsa un'impostazione di tipo soggettivo.

Esempio tipico di "contenzioso soggettivo", il sistema processuale tedesco rinviene il suo tratto distintivo nella protezione dei diritti soggettivi della parte ricorrente ed il tema della tutela di questi diritti esercita un'evidente influenza sull'ampiezza del sindacato giurisdizionale sulle valutazioni amministrative e più in genere sull'intenso controllo che il giudice tedesco può svolgere anche sotto il profilo degli strumenti (mezzi di prova, tipologie di sentenze ect.), grazie anche dell'orientamento culturale e dogmatico della giurisprudenza amministrativa e costituzionale tedesca a sostegno della pienezza del sindacato giurisdizionale e del rispetto del principio di legalità<sup>66</sup>.

In questa direzione muove anche l'affermazione in sede comunitaria del principio di effettività della tutela giurisdizionale e del diritto al ricorso e la costituzionalizzazione negli ordinamenti continentali del principio della giustiziabilità<sup>67</sup>.

Centrale e preminente è il ruolo del giudice amministrativo nella tradizione della giustizia amministrativa continentale, distinguendosi in maniera netta dall'intervento sporadico e poco significativo delle Corti sull'amministrazione nel mondo anglosassone.

Fondamentale è il ruolo del Conseil d'Etat, come del nostro Consiglio di Stato, nella formazione del diritto amministrativo, è non meno rilevante è il ruolo che gioca la Corte di giustizia nella creazione di un nuovo sistema europeo di giustizia amministrativa<sup>68</sup>.

La razionalizzazione dei rimedi giudiziari nei confronti del pubblico potere mediante l'istituzione di una giurisdizione speciale o anche solo di un rito speciale uniforme impone

---

66 Il giudice tedesco ai fini della preparazione dell'udienza di discussione può richiedere l'intervento di consulenti tecnici, ed inoltre può avvalersi di tutti i mezzi di prova contemplati nel codice civile tedesco (87 e 98 VwGO): cfr. S. Kadel bach, *Allgemeines Verwaltungsrecht unter europaischem Einflub*, Tubingen, 1999, 378 e ss..

67 Cfr. E. Picozza, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Torino 1997, 105.

68 Cfr. G. Napolitano, *op. cit.*, 301.

di definire l'ambito di applicazione della disciplina speciale di diritto amministrativo<sup>69</sup>.

Più di altrove, in Francia la definizione dell'ambito della giurisdizione del Consiglio di Stato ha costituito l'occasione per delimitare il campo del *droit public* rispetto al *droit privé*, attraverso la contrapposizione degli *actes de puissance publique* e gli *actes de gestion*.

Si afferma come criterio generale per individuare la giurisdizione del giudice amministrativo il criterio del *service public*, intendendosi per tale ogni attività pubblica destinata a soddisfare un bisogno d'interesse generale<sup>70</sup>.

Come in Francia anche negli altri ordinamenti europei, si avverte la mancanza di un criterio generale di riparto<sup>71</sup>: in via sommaria rileva il criterio della qualifica pubblicistica di una delle parti della controversia, ed in via sussidiaria il criterio del diritto applicabile.

In concreto, molti problemi applicativi si risolvono sulla casistiche giurisprudenziali, trovando solo una giustificazione successiva nel ricorso alle tradizionali soluzioni teoriche.

Nella generalità dei sistemi europei si è manifestata una tendenza ad un più incisivo e pregnante controllo sulle scelte discrezionali secondo il criterio della proporzionalità<sup>72</sup>.

Si assiste, inoltre, all'espansione dell'ambito del giudizio amministrativo<sup>73</sup>.

E proprio sotto il profilo dei risultati raggiunti quanto a protezione ed effettività di tutela si è determinato un progressivo allineamento dei vari sistemi europei verso *un modello di processo a giurisdizione amministrativa "generale"*, nel quale tutte le controversie di diritto pubblico dovrebbero essere risolte, nella loro generalità, secondo modalità processuali speciali<sup>74</sup>.

Nei sistemi europei, elemento essenziale del giudizio amministrativo rimane la verifica della legittimità dell'azione amministrativa e la primarietà dei rimedi diretti a

---

69 Negli Stati Uniti, la mancanza di un rito unico fa sì che il problema di un ambito oggettivo della giurisdizione speciale riservata in generale alle questioni di diritto pubblico non si ponga nemmeno, rimanendo assorbita nell'individuazione del rimedio specifico concesso dall'ordinamento a tutela di una certa posizione.

Nel giudizio comunitario, unico rito previsto dal Trattato ai sensi dell'art. 230 è tipicamente di diritto amministrativo, in quanto destinato a risolvere in via esclusiva controversie di diritto pubblico.

70 Determinatasi la crisi della nozione a seguito dell'incremento delle attività definibili come servizio pubblico, nel secolo scorso è emersa l'esigenza di restringere la categoria ai *services publics industriels e commerciaux*.

71 Tra le ricostruzioni teoriche, i criteri di riparto sono stati individuati nella categoria delle controversie di diritto pubblico (Germania), nelle posizioni soggettive lese (Italia), in entrambe (Gran Bretagna).

72 Nel sistema tedesco si registra la tendenza al depotenziamento della motivazione formale a vantaggio dei motivi sostanziali: § 114, seconda proposizione, VwGO, secondo cui l'autorità amministrativa può integrare le proprie valutazioni discrezionali relativamente all'atto amministrativo anche nel corso del procedimento giurisdizionale.

73 Così in Francia *il contentieux de la pleine jurisdiction* si è affiancato al tipico *recours pour excès de pouvoir*; potendo con esso essere accordato al ricorrente una protezione diretta e piena delle posizioni di diritto violate.

74 Cfr. G. Napolitano, *op. cit.*, 305.

provocare siffatto sindacato (ad es. il *recours pour excès de pouvoir* in Francia).

Non sembra compromettere questa primarietà l'estensione del sindacato giurisdizionale ad altre controversie con la p.a. che comportano una cognizione piena del rapporto tra amministrazione e privato.

La stessa Corte di Giustizia ha affermato l'irrinunciabilità del rimedio dell'annullamento, quale strumento di tutela più idoneo a garantire l'effettiva protezione dei diritto di rango comunitario nei confronti delle autorità amministrative nazionali<sup>75</sup>.

A proposito della convergenza tra regole comuni del sistema anglosassone e regole speciali del sistema continentale, si registra una mescolanza di regole pubblicistiche e regole privatistiche sotto l'influenza del diritto comunitario (si pensi alla tendenza giurisprudenziale della Corte di giustizia a restringere la sfera delle attività d'imperio della p.a. ed a equiparare le imprese pubbliche e quelle private).

In ciascun sistema si assiste ormai alla convivenza tra rimedi contenziosi giudiziali e le vie di tutela non giurisdizionali: si pensi agli Administrative Tribunals inglesi, considerati come organismi quasi alternativi al controllo delle corti normali<sup>76</sup>, e le autorità indipendenti francesi istituite sulla falsariga del modello statunitense delle independent agencies.

Il diritto comunitario tende a temperare la specialità del regime amministrativo; sotto la sua influenza penetrano nell'attività unilaterale dell'amministrazione i principi di diritto comune e cominciano a vacillare i fondamenti giustificativi dell'autonomia del droit administratif; in particolare con la sostituzione dei criteri materiali a quelli finalistici non esiste più l'essenza dell'azione amministrativa.

Restano le profonde differenze delle basi ideologiche e sociali dell'emergere del diritto amministrativo: mentre nell'ordinamento britannico le regole speciali della nascente administrative law soddisfano le esigenze economiche del welfare state in deroga alle regole ed ai principi della common law e della private property, nel sistema continentale il diritto administratif nasce come sistema autonomo, come elaborazione di norme da parte del giudice amministrativo (si pensi al ruolo svolto dal Conseil d'Etat che per lungo tempo ha superato le corti inglesi ed americane per vocazione liberale) e anche frutto della preziosa opera della dottrina che ha posto al centro del diritto della p.a. il concetto di atto

---

<sup>75</sup>Cfr. Corte giust. causa 26/03, *Stadt halle*; causa 15/04, *BigBundesimmobiliengesellschaft mbH*, causa 81/98.

<sup>76</sup> Gli Administrative Tribunals testimoniano la mancata separazione tra potere amministrativo e giudiziario che caratterizza la tradizione storica dell'ordinamento inglese.

La dottrina è propensa a qualificare oggi questi tribunali come organi di carattere giurisdizionale ma che pure sono estranei al regular judicial system; questi giudici vanno costituendo un corpo specializzato, sempre più simile alle giurisdizioni amministrative del continente.

Cfr. M. D'Alberty, *Diritto amministrativo comparato*, Bologna 1992.

amministrativo (Orlando, Ranelletti, Romano).

Resta infine la diversità legata all'ordine delle giurisdizioni ed in particolare all'esistenza di un apposito giudice amministrativo nella tradizione di sistemi continentali.

Ma certo si può affermare la tendenza degli ordinamenti giuridici europei verso un modello uniforme di “controllo sulla correttezza”, segnale di un avvicinamento tra giudice amministrativo e giudice ordinario e dell'espandersi dei principi di diritto comune anche nelle tecniche di controllo dell'eccesso di potere<sup>77</sup>.

### 9. La crisi del modello impugnatorio e alcune proposte ricostruttive

Oltre al limite rappresentato dalla scarna e lacunosa disciplina procedurale, nello svolgimento della propria funzione giurisdizionale il giudice amministrativo ne incontra un altro e più grave limite, rappresentato dalla natura costitutiva del processo amministrativo e dal contenuto unico (l'annullamento di un atto amministrativo) della pronuncia costitutiva<sup>78</sup>.

La complessità delle valutazioni che il giudice è chiamato a compiere, legata alla sempre maggiore complicità dell'attività procedimentale della p.a. ed alla complessa evoluzione che ha interessato il rapporto tra p.a. e cittadino e la stessa organizzazione amministrativa nell'ultimo ventennio<sup>79</sup>, rende evidente come il modello del *processo di demolizione giuridica* ovvero di *processo sull'atto* non basti più<sup>80</sup>.

In questo contesto, ritorna attuale la discussione sull'utilità della distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo, definita da qualcuno come inestricabile nodo gordiano<sup>81</sup>, e con essa la difficoltà di pervenire ad una definizione univoca ed unitaria di tale posizione giuridica soggettiva dequotata a “situazione menomata”, ad un'ombra del diritto soggettivo<sup>82</sup>.

---

77 Cfr. D'Alberti, *op. cit.*, 144.

78 Le norme cardine che reggono il modello impugnatorio sono contenute nei seguenti articoli: art. 26 del T.u. c.d.s., 34, 31, 36, 6 e 17 Reg., 36 T.u. e 19 Reg.; artt. 2, 3, 5, 26, 20, 21, 22, 23 legge tar.

E' vero che all'azione costitutiva si sono affiancate le azioni di accertamento e di condanna (e ciò in materia di giurisdizione esclusiva), ma il loro avvento non ha comportato un arricchimento delle forme processuali nell'impianto dell'originario processo amministrativo, rimasto sostanzialmente lo stesso.

79 Come sopra riferito l'amministrazione si è pluralizzata, frammentandosi in una pluralità di centri di poteri. Con l'avvento della nuova disciplina sul procedimento amministrativo, la p.a. si è avvicinata al cittadino ed il tradizionale modello autoritativo di agire ha ceduto il passo all'esercizio consensuale del potere ed all'utilizzo dello strumenti privatistici. Cresce l'amministrazione che si svolge in forme diverse dall'atto, basti pensare all'attività di indirizzo, di organizzazione, di produzione e prestazione di servizi. Cresce l'amministrazione che svolge meri comportamenti o si mantiene inerte. A fronte di questa nuova amministrazione ed a queste nuove forme di agire amministrativo, anche la funzione del processo amministrativo tende a trasformarsi da strumento di difesa di interessi oppositivi a strumento di soddisfazione di interessi pretensivi.

80 In dottrina, si è parlato di “eclissi” dell'atto amministrativo (cfr. M. Nigro, *La giustizia amministrativa cit.*).

81 C. Mastragostino, *La giustizia amministrativa in trasformazione cit.*, 25 e ss.

82 Cfr. P. Virga, in *Foro amm.*, 545. Dubita sull'autonomia concettuale dell'interesse legittimo G. Verde, *Ma*

La perdita di centralità operativa della figura dell'interesse legittimo e il suo configurarsi come situazione giuridica meritevole di una protezione minore, costituirebbero secondo taluno, giustificazioni valide a supportare la proposta *de iure condendi* di introdurre la giurisdizione unica<sup>83</sup>.

Senza dubbio, l'interesse legittimo ha subito una evoluzione rilevante, una vera e propria metamorfosi<sup>84</sup>, aprendosi, in parallelo al processo di erosione del modello autoritario dell'azione amministrativa, al riconoscimento di interessi superindividuali che trascendono quelli dei singoli e all'espansione della categoria degli interessi pretensivi e partecipativi, i quali divengono così l'archetipo dell'interesse legittimo.

Si è discusso in dottrina sulla possibilità di eliminazione della figura dell'interesse legittimo e sulla sua omologazione con il diritto soggettivo - discussione che riecheggia la filosofia di fondo che ispirò la legge abolitiva del contenzioso amministrativo del 1865 -, anche se si dubita fortemente che la sua eliminazione possa portare ad un effettivo ampliamento della tutela del cittadino<sup>85</sup>.

Al contrario, si è rilevato come lo stesso art. 24 cost. postula l'autonomia concettuale e forme di tutela identiche, quanto al grado di effettività, per le due situazioni giuridiche soggettive, anche se non necessariamente identiche quanto ai modelli processuali ed agli organi giurisdizionali chiamati ad esercitarli.

Il problema vero è quello dell'estensione della tutela dell'interesse legittimo, anche alla luce della tanto contestata natura impugnatoria del giudizio amministrativo che rende impossibile eliminare l'atto dall'oggetto del processo<sup>86</sup>.

Questo modello rappresenta una vera ipoteca cui è rimasta fedele per tutto un secolo la giurisprudenza amministrativa, anche se non sono mancati tentativi di conciliare detto modello con le esigenze di giustizia sostanziale: si pensi ad esempio alla figura del silenzio-

---

*cos'è questa giustizia amministrativa? Cit.*, 268: "Se esistono situazioni la cui violazione comporti la necessità del risarcimento, tali situazioni sono diritti soggettivi".

83 Cfr. A. Proto Pisani, *Verso il superamento della giurisdizione amministrativa*, in *Foro it.* 2001, IV, 21 e ss..

84 Cfr. M. Nigro, *Giurisprudenza amministrativa e trasformazioni dell'amministrazione: riflessioni sulle conseguenze sostanziali di assetti processuali*, in *Studi per il centenario dalla quarta sezione*, vol. II, Roma, 1989, 566.

85 Cfr. M. Nigro, *Ma che cos'è questo interesse legittimo*, in *Foro amm.* 1988, 317.

In questa discussione vi è chi auspica che la singolare dicotomia diritti soggettivi-interessi legittimi ceda il posto ad un'altra distinzione, molto più razionale fra interessi di fatto, giuridicamente irrilevanti e interessi meritevoli di tutela giurisdizionale, interrogandosi se ha senso mantenere la doppia giurisdizione o se invece sia preferibile una soluzione monistica, con conseguente attribuzione al giudice amministrativo di tutta l'attività di diritto pubblico della p.a. esclusi solo i rapporti di diritto privato fra l'amministrazione e gli altri soggetti: così cfr. S. Cassarino, *Riflessioni sul sistema di giustizia amministrativa*, in *Scritti in onore di P. Virga*, Milano, 1994, 497 e dello stesso autore si rinvia a *Le situazioni giuridiche soggettive cit.*

86 Cfr. L. Mazzarolli, *Processo amministrativo di parti cit.*, 465; conforme, F. Benvenuti, voce *Processo amministrativo*, *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987, 54, 461; A. M. Sandulli, *Il giudizio cit.*, 13.

rifiuto e alla stessa operazione di revisione critica della teoria del giudizio sull'atto<sup>87</sup>.

A tale esigenza di garantire un sindacato sulla legalità sostanziale (più che formale) dell'azione amministrativa si è mostrata sensibile parte della dottrina.

Secondo la teoria di Nigro, in particolare, il processo amministrativo si connota per il suo porsi nel continuo flusso dell'attività amministrativa, come momento intermedio tra esercizio passato e l'esercizio futuro della potestà, tendendo all'identificazione di un effetto ulteriore della sentenza amministrativa rispetto alla demolizione dell'atto impugnato, vale a dire l'identificazione del corretto modo di esercizio del potere, la regola di comportamento futuro per la p.a. (è questa la c.d. efficacia ultracostitutiva della sentenza amministrativa di Nigro<sup>88</sup>).

Si è parlato in proposito di esigenze di giustizia sostanziale per indicare un bisogno reale del processo amministrativo che viene più fortemente sentito di quanto non accada nel processo civile ove gli interessi delle parti sono equivalenti.

La p.a. vanta nel processo una posizione di “prevalenza sociale”, ossia soggiace al giudizio, ma non alla stregua di qualsiasi cittadino: di qui la difficoltà di coprire due ruoli che mal si conciliano (quello della parte e quello di soggetto esterno al processo e titolare di un obbligo di collaborazione con il giudice amministrativo), nonché la tendenza a qualificare la p.a. come parte non necessaria in base al convincimento che essa abbia già seguito il criterio di giustizia, come del resto le impone l'art. 97 cost..

Peraltro, proprio questo “affidamento di giustizia” ben superiore a quello che vi è in un processo paritario dove una tale presunzione di legittimità non potrebbe sussistere, indirizza il processo amministrativo verso la funzione di assicurare in via principale la certezza del rapporto, vale a dire la certezza della posizione dell'amministrazione nei confronti del cittadino o viceversa della posizione del cittadino nei confronti dell'amministrazione<sup>89</sup>.

Non sembra tuttavia convincente l'idea che un assetto di interessi posto alla base del

---

87 I modelli alternativi a quello classico valorizzano concetti diversi da quello costituito dall'atto amministrativo in sé considerato come: l'interesse sostanziale, l'interesse alla legittimità dell'atto, il rapporto giuridico amministrativo controverso (rapporto tra il potere dell'amministrazione e l'interesse legittimo), i motivi del ricorso, il diritto all'eliminazione dell'atto, per citare le più importanti ipotesi ricostruttive.

88 Cfr. M. Nigro, *Giustizia amministrativa cit.*, 247; G. Greco, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, 199 e ss.; S. Giacchetti S., *Processo amministrativo e interesse generale*, relazione al convegno processo amministrativo e riforma del Titolo V della Costituzione Salerno, 26 ottobre 2002.

Non sono mancate le critiche alla teoria di Nigro, nel senso che non è possibile assegnare al giudice amministrativo una funzione nomopoietica di creazione del diritto vivente come quella del praetor romano (cfr. M.E. Schinaia, *Il controllo del giudice amministrativo sull'esercizio della discrezionalità della p.a.*, in *Dir. proc. amm.* 1999, 1101), né che le sue indicazioni si possano proiettare sul comportamento futuro dell'amministrazione (cfr. S. Spaventa e il suo discorso sulla giustizia nell'amministrazione).

89 Cfr. F. Benvenuti, voce *Processo amministrativo cit.*, 461 e ss.

provvedimento impugnato possa ritenersi al tempo stesso *giusto* (perchè assistito dalla presunzione di legittimità) ma *incerto* (perchè contestato in giudizio), essendo evidente che il processo amministrativo, al pari di quello civile, persegue l'unitario obiettivo *e* della certezza *e* della giustizia del rapporto tra il cittadino e l'Amministrazione<sup>90</sup>.

#### 10. Funzione del processo amministrativo e aggiudicazione del bene della vita

Secondo Chiovenda, con la sentenza di merito il giudice accoglie o respinge la domanda dell'attore diretta ad ottenere l'accertamento della esistenza di una volontà della legge che gli garantisce un bene o l'inesistenza di una volontà di legge che lo garantisca al convenuto<sup>91</sup>.

Recependo questa idea si è affermata in dottrina l'idea che possano costituire oggetto di giudizio e quindi di giudicato soltanto le sentenze di merito che si pronunciano sulla fondatezza della domanda di annullamento del provvedimento impugnato, senza considerare che anche le sentenze non definitive che decidono questioni preliminari di merito esplicano effetti sul terreno extraprocessuale<sup>92</sup>.

A tale impostazione si associa una tendenza a svalutare l'accertamento giudiziale, che a ben vedere costituisce *il proprium* del giudicato materiale e della stessa funzione giurisdizionale intesa come strumentale all'attuazione del diritto sostanziale<sup>93</sup>.

Se è vero che il processo svolge una funzione dichiarativa della volontà concreta della legge in ordine all'attribuzione ad una delle parti di un bene determinato, l'oggetto del giudizio e del giudicato va individuato nell'accertamento di tale volontà della legge e non nella determinazione o nella produzione di una nuova norma giuridica<sup>94</sup>.

---

90 Al limite si potrebbe pensare al caso contrario, ovvero alla sussistenza di assetto di interessi "certo" perchè definitivamente fissato a seguito di decorso del termine per impugnare o di successiva rinuncia al ricorso, e "ingiusto" (vale a dire invalido) come tale suscettibile di esercizio del potere di autotutela da parte della P.a..

91 Cfr. G. Chiovenda, *Principi di diritto processuale* civile, Napoli 1965, 134.

I due capisaldi del sistema sono la strumentalità del processo all'attuazione della volontà concreta della legge che garantisce un bene determinato e l'autonomia del diritto di azione, intesa appunto come diritto soggettivo potestativo autonomo e concorrente a quello azionato. Il medesimo autore evidenzia la stretta consequenzialità tra azione, processo e giudicato: "oggetto del processo è la volontà concreta di legge della cui esistenza ed attuazione si tratta, e il potere di chiederne l'attuazione cioè l'azione".

I successivi studi hanno posto in luce la relatività del concetto di azione (cfr. P. Calamandrei, *La relatività del concetto di azione*, in *Studi sul processo civile*, V, Padova, 1947, 1) e, strettamente connessa al primo, la relatività del concetto di oggetto del processo, per essere la sua individuazione condizionata dalla disciplina posta dal diritto positivo (cfr. A. Romano, *La pregiudizialità nel processo amministrativo*, Milano 1958, 66).

92 Cfr. A. Attardi, *Preclusione (principio di)*, *Enc. dir.* XXXIV, Milano 1985, 893 e ss.

93 Cfr. A. Attardi, *In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata*, pg. 478; S. Satta, *Giurisdizione (nozioni generali)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, 218; A. Romano, *La pregiudizialità cit*, 123, "pare che l'unico requisito che il contenuto del giudicato deve avere sia quello di aver costituito oggetto specifico di un accertamento giudiziale".

94 Per la critica alla teoria sopra esposta di cui principali esponenti sono F.C. Von Savigny (*Sistema*, VI) e F.

Dalla nostra Carta costituzionale si evince non solo la strumentalità del processo, tanto amministrativo quanto civile, alla protezione di situazioni giuridiche soggettive, ma anche la necessità dell'effettività di questa protezione, perchè solo assicurando alla parte vittoriosa ciò che le spetta in base al diritto sostanziale potrà dirsi attuata la volontà della legge nel caso controverso<sup>95</sup>.

E proprio in virtù dello scopo di conseguire la piena effettività della tutela giurisdizionale la dottrina ha indagato la possibilità di estendere i vincoli posti in capo alla p.a. per effetto della sentenza di accoglimento<sup>96</sup>, verificando se la funzione strumentale del processo possa essere svolta anche da pronunce diverse da quelle di annullamento.

Emerge così un concetto nuovo di strumentalità, che potrebbe estendersi alla protezione delle posizioni giuridiche *delle parti* e quindi anche del convenuto del processo civile<sup>97</sup> e delle parti resistenti nel processo amministrativo.

Spesso, ma non sempre il processo è diretto alla realizzazione coattiva di una posizione giuridica soggettiva e vi è concorso tra diritto di azione e diritto sostanziale alla prestazione<sup>98</sup>.

Quando ciò non avviene si esercita, secondo la dottrina di Chiovenda, un'*azione pura*, ossia "il diritto di porre in essere la condizione per l'attuazione della volontà della legge" rispetto ad un bene anche puramente giuridico diverso da quello che potrebbe pretendere il convenuto<sup>99</sup>.

---

Carnelutti (*Lezioni di diritto processuale civile, IV, La funzione del processo di cognizione*, Padova 1925, n. 381), si rinvia a C. Cacciavillani, *Giudizio amministrativo e giudicato*, Cedam 2005, 25 e ss.

L'autrice analizza lo stato della dottrina a proposito del riconoscimento della forza vincolante della sentenza sul terreno sostanziale, che qualcuno ricollega alla qualifica della sentenza come atto imperativo (così E. T. Liebman, *Efficacia e autorità della sentenza*) oppure alla forza del giudicato come *lex specialis* (così F. Carnelutti, *Lezioni, IV*, 421), e altri ancora alla capacità della cosa giudicata di modificare il diritto sostanziale in quanto vincolo per i giudici futuri (così E. Allorio, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, in *Problemi del diritto*, I, Milano, 1957).

<sup>95</sup>Successivi studi dottrinali hanno messo in evidenza come la natura strumentale del processo si identifica solo con l'accertamento del diritto sostanziale e non necessariamente della volontà della legge correlata alla protezione di situazioni giuridiche soggettive (cfr. A. Romano, *La pregiudizialità cit.*, 253; A. Attardi, *Diritto processuale civile*, Padova 1997).

<sup>96</sup> Cfr. M. Nigro, *Giustizia amministrativa cit.*, 306 e ss.

<sup>97</sup> Cfr. A. Attardi, *Riconoscimento del diritto*.

<sup>98</sup> Cfr. G. Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1965, 46 e ss.; l'autore afferma che la destinazione del processo quand'anche si faccia valere la violazione di diritti soggettivi è l'attuazione della legge e non la difesa dei diritti soggettivi.

<sup>99</sup> In tale categoria di azione pura si è proposto di ricomprendere anche l'azione impugnatoria di un provvedimento amministrativo intesa come azione diretta all'attuazione della volontà della legge rispetto a quel bene puramente giuridico costituito dalla legalità dell'azione amministrativa.

In particolare l'influenza della sopra richiamata costruzione chiovendiana è evidente nella costruzione di Guicciardi, secondo il quale la giurisdizione amministrativa tende in via diretta ed immediata alla tutela dell'interesse pubblico e della conformità ad esso degli atti dell'amministrazione.

Si accolga o meno questa, vi è però da riconoscere che la concezione chiovendiana ha il pregio di individuare l'oggetto del giudicato anche con riferimento alle azioni pure: cfr. C. Cacciavillani, *op. cit.*, 52.

Lo sforzo successivo della dottrina<sup>100</sup> si è indirizzato verso la ricerca di un bene che possa essere garantito in esito ad ogni processo, taluni identificando nella tipologia del processo civile di condanna il paradigma di processo efficace che attribuisce all'attore vittorioso l'attribuzione del bene della vita<sup>101</sup>, altri proponendo la trasformazione del giudizio amministrativo in un giudizio di spettanza avente la funzione (al pari del processo civile) di assegnare i beni della vita<sup>102</sup>.

In proposito, sulla scia della sentenza della Corte di Cassazione n. 500 del 1999 che ha accentuato la correlazione tra l'interesse legittimo e il bene della vita che il titolare del primo mira a conservare o ad acquistare da parte dell'amministrazione, si è osservando come la ricostruzione dell'oggetto del processo amministrativo in termini di spettanza o di non spettanza del bene della vita in capo al titolare dell'interesse legittimo, al di là del dato della legalità formale di un singolo provvedimento, si rende indispensabile più in relazione all'azione di risarcimento che non in relazione alla tradizionale azione di annullamento<sup>103</sup>, negandosi conseguentemente che il ricorrente abbia un diritto ad ottenere ad ogni costo l'annullamento giurisdizionale del provvedimento viziato<sup>104</sup>.

Secondo questa impostazione sostanzialistica, le questioni relative agli aspetti formali e procedurali dell'atto passano in secondo piano, rispetto al momento del giudizio davanti ad un giudice cui l'amministrazione e gli interessati prospettano le proprie ragioni in termini di spettanza o di non spettanza sostanziale del provvedimento<sup>105</sup>; e l'interesse a ricorrere viene a configurarsi come utilità concreta del provvedimento giudiziale richiesto<sup>106</sup>, legittimando in tal modo il giudice a pronunciare sentenza di inammissibilità del ricorso tutte le volte in cui dall'annullamento il ricorrente non potrebbe conseguire un

---

100 Su cui, criticamente, M.S. Giannini, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in Riv. dir. proc. 1963, 522.

101 Cfr. A. Proto Pisani, *Lezioni*, 33.

102 Tra i vari, vanno citati A. Piras, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano 1960, I, 53; G. Falcon, *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, in Dir. proc. amm. 2001, 328 e ss.

103 Cfr. M. Clarich, *Il processo amministrativo a "rito ordinario*, in Riv. dir. proc., 2002 n. 4: "Infatti, fin tanto che si mantenga fermo il principio secondo il quale il titolare dell'interesse legittimo può richiedere (e ottenere) in sede giurisdizionale l'annullamento di un provvedimento la cui illegittimità dipenda da vizi formali e procedurali che consentono all'amministrazione, tenuto conto dei limiti oggettivi del giudicato e dell'effetto conformativo, di adottare legittimamente un nuovo atto sostitutivo di quello annullato ed avente il medesimo contenuto, all'azione di annullamento risulta estranea o comunque non necessitata una connessione con un interesse sostanziale, collegato ad un bene della vita del ricorrente".

104 Cfr. Tar Lazio, sez. sez. I, 16 gennaio 2002 n. 398.

105 Cfr. G. Falcon, *Giudizio di legittimità e giudizio di spettanza cit.*, 325 e ss..

106 Critica nei confronti dell'identificazione dell'interesse ad agire con l'utilità pratica conseguibile dal provvedimento giudiziale e con la qualificazione come sentenze meramente processuali e non di merito delle pronunce che accertano la carenza in concreto della legittimazione e dell'interesse ad agire: cfr. Cacciavillani, *op. cit.*, 214. Parla di sentenze soltanto apparentemente di rito ma in realtà assistite dalla forza del giudicato, cfr. F. Scoca – L. Giani, *Spunti sulla nozioni di interesse legittimo e giudicato amministrativo*, in Dir. proc. amm. 1997, 327 e ss..

risultato materiale utile: così nel caso di impugnazione di un atto confermativo o di un atto affetto da vizi formali che lascia intatta la possibilità di emanare un provvedimento avente il medesimo contenuto di quello già impugnato<sup>107</sup>, o comunque di atti al cui annullamento non potrebbe far seguito l'emanazione di un provvedimento amministrativo che attribuisca al ricorrente un'utilità materiale.

In base al richiamato orientamento, al ricorrente ed alle stesse parti resistenti viene riconosciuto il potere di provocare la decisione di merito ove vi abbiano interesse, rifiutando ad esempio di accettare la rinuncia del ricorrente così da impedire che si produca l'estinzione del processo.

Ad analoghe considerazioni si presta l'istituto della cessazione della materia del contendere, la cui applicazione potrebbe circoscriversi ai casi in cui l'interesse sostanziale del ricorrente risulti essere stato integralmente soddisfatto<sup>108</sup> o, forse, più plausibilmente stando anche alla lettera dell'art. 23 della legge Tar, alle ipotesi in cui l'amministrazione abbia motivato l'atto di annullamento d'ufficio per i medesimi motivi che il ricorrente aveva addotto quali cause di invalidità del provvedimento impugnato<sup>109</sup>.

E ancora, si potrebbe individuare nell'utilità conseguibile dal provvedimento giudiziale il criterio in base al quale il giudice ammetta e valuti la prova di resistenza a favore della parte resistente ai sensi dell'art. 21 octies della legge n. 241 del 1990, così da restringere l'accesso alla tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive lese e da degradarle a mere situazioni di fatto<sup>110</sup>.

Un'ulteriore elemento di arricchimento si ravvisa nella facoltà in capo all'Amministrazione di dedurre nel corso del giudizio elementi di fatto e di diritto già

---

107 Anche se l'annullamento dell'atto per vizi formali potrebbe avere una qualche utilità per il ricorrente in ragione della retroattività dell'annullamento alla quale il ricorrente potrebbe avere interessi.

108 Secondo certi autori (G. Abbamonte, in *Il ritiro dell'atto impugnato nel corso del processo e la delimitazione dell'oggetto del giudizio innanzi al Consiglio di Stato*, in *Studi in onore di A. Papaldo*, Milano, 1975) e V. Caianiello, in *Cessazione della materia del contendere*, *Enc. dir., agg. IV*, Milano, 249), la cessazione della materia del contendere potrebbe verificarsi soltanto quando risulti integralmente soddisfatto l'interesse sostanziale del ricorrente.

109 Cfr. C. Cacciavillani, *Giudizio amministrativo e giudicato*, Cedam 2005, 248-9.

Secondo una certa impostazione che ha di mira l'incidenza della sentenza sull'attività amministrativa successiva, nel caso di cessazione della materia del contendere l'accertamento giudiziale non si arresta al mero fatto processuale, ma si estende a profili di ordine sostanziale, rappresentati dall'idoneità del nuovo provvedimento a soddisfare l'interesse sostanziale del ricorrente; configurandosi un'ipotesi di pronuncia di rigetto nel merito del ricorso per sopraggiunta sua infondatezza, l'amministrazione si autovincola a non reiterare il provvedimento nei confronti del quale siano deducibili i medesimi vizi che il ricorrente aveva già dedotto nei confronti del provvedimento già impugnato, avendo essa riconosciuto la fondatezza delle relative doglianze.

Sul punto vd. A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa cit.*, 326; a proposito di atti amministrativi ad effetti preclusivi per l'amministrazione parla M.S. Giannini, *Accertamento*, *Enc. dir.*, I, Milano 1958, 219 e ss.

110 Cfr. R. Ferrara, *Interesse e legittimazione al ricorso*, F. Trimarchi Banfi, *Illegittimità e annullabilità del provvedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.* 2003, 409.

esistenti all'epoca dell'emanazione dell'atto, mediante integrazione postuma della motivazione, anche se ciò può creare una certa confusione tra fase procedimentale di costruzione del provvedimento e fase processuale di verifica della legittimità dello stesso con effetti nocivi in termini di correttezza dell'agire amministrativo e di garanzia del privato, nonchè tradursi in una minore cura da parte dell'amministrazione nella conduzione del procedimento e nell'emanazione del provvedimento finale<sup>111</sup>.

Anche il risarcimento del danno si presta alla logica sostanzialistica, venendosi a configurare nelle mani del giudice amministrativo come una modalità di protezione del bene della vita correlato alla situazione giuridica fatta valere in giudizio, piena (tutela specifica, se diretta a far conseguire al titolare dell'interesse le stesse utilità garantitegli dalla legge), semipiena (risarcitoria, se diretta a fagli conseguire solo utilità equivalenti), minore (a fronte di un potere discrezionale)<sup>112</sup>, così da riconoscere al cittadino leso da un provvedimento illegittimo la possibilità di scegliere tra tutela specifica e tutela risarcitoria, non diversamente da quanto avviene nei rapporti obbligatori di diritto privato ove è data al contraente non inadempiente la scelta tra adempimento e risoluzione del contratto<sup>113</sup>.

### *11. L'identificazione della pretesa dedotta in giudizio*

Si tratta allora di capire come va individuata la pretesa sostanziale di cui si chiede l'accertamento.

Esclusa l'identificazione con la fattispecie legale, si è proposto l'impiego del concetto di "fattispecie" in una accezione diversa, facendo richiamo all'ipotesi in cui una vicenda di vita viene sussunta da più norme tra le quali concorrano i nessi di esclusione, di sussidiarietà, di assorbimento o di coincidenza cronologica, in vista della produzione di un medesimo effetto giuridico a condizione che tra queste norme<sup>114</sup>.

Se il criterio per l'identificazione della pretesa sostanziale fosse quello dell'identità dell'effetto giuridico immediato discendente dall'allegazione di fattispecie legali differenti ma tra loro fungibili, con la sentenza di accoglimento della domanda di annullamento - si afferma -, l'attore vittorioso sarebbe posto al riparo da ulteriori aggressioni del bene della

---

111Cfr. M. Clarich, *Il processo amministrativo a "rito ordinario"*, in Riv. dir. proc. 2002, 1063 e ss.

112 Cfr. A. Proto Pisani, *Breve note in tema di tutela specifica e tutela risarcitoria*, in Foro it. 1983, V, 127 e ss..

113 Come si vedrà in seguito, è evidente la problematicità la ricostruzione del rapporto tra p.a e privato in termini analoghi a quelli che connotano il rapporto obbligatorio civilistico si ripercuote sulla qualificazione della responsabilità della p.a. per effetto dell'esercizio illegittimo del potere come contrattuale o extracontrattuale.

114 Cfr. S. Menchini, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano 1987 274.

vita garantito dal giudicato.

Si è peraltro obiettato che la stabilità del giudicato non si raggiunge affermando che il giudicato copre il dedotto ed il deducibile, perchè ai fini della determinazione dell'operatività del giudicato non sarebbe affatto irrilevante la fattispecie legale dedotta in giudizio<sup>115</sup>: ad esempio, il ricorrente vittorioso che abbia dedotto solo vizi formali non dovrebbe incontrare alcuna preclusione alla deduzione di vizi sostanziali contro il nuovo provvedimento avente il medesimo contenuto di quello annullato<sup>116</sup>.

Né ci si discosta da questo tipo di valutazioni ipotizzando che l'oggetto del giudizio rimane unico quand'anche siano più i motivi dedotti integranti tutti un'unica causa petendi e quindi fungibili, costituendo l'illegittimità dell'atto impugnato una "fattispecie d'insieme" fatta valere dal ricorrente con domanda giudiziale<sup>117</sup>; oppure individuando come criterio identificativo dell'oggetto del giudizio l'unicità dell'effetto giuridico prodotto da un medesimo episodio della vita, atteso che l'accertamento giudiziale di una norma o fattispecie legale, piuttosto che di un'altra, produce un vincolo conformativo differente<sup>118</sup>.

Anche l'imposizione alla p.a. di oneri (processuali o procedurali) di dedurre tutte le ragioni a difesa dell'atto impugnato non convince perchè sembra rispondere, più che ad un solido fondamento di diritto positivo, alla volontà di piegare il processo all'esigenza di fissazione per il futuro della disciplina del rapporto ed a riconoscere al giudice un inammissibile potere di accertare una situazione successiva alla sua pronuncia<sup>119</sup>.

Stante la necessità di diversificare, a seconda dei motivi di legittimità accertati dal giudice, gli effetti discendenti dalla pronuncia caducatoria consistenti in primis nel vincolo conformativo, è evidente che la ridefinizione del rapporto sostanziale con il ricorrente vittorioso è rimessa alla valutazione dell'amministrazione soccombente.

In conformità alla tesi che ricostruisce l'oggetto del ricorso facendo ricorso al concetto, peraltro non esaustivo, di azione intesa in senso concreto<sup>120</sup>, si può invero

---

115Cfr. Cacciavillani, *op. cit.*, 160.

116 Si potrebbe sostenere il contrario solo qualora fosse configurabile un sistema di preclusioni procedurali e processuali, secondo la nota tesi di Clarich (*Giudicato e potere amministrativo*, Padova 1989).

117 Così M. Nigro, *L'appello cit.*, 32.

118 Cfr. 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, 175; B. Sassani, *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto*, Padova, 1989; M. Nigro, *L'appello cit.*, 436; *contra*, M. Clarich, *Giudicato cit.*, 134, secondo il quale non sarebbe razionale fermarsi a livello di fattispecie, normativa visto che il passaggio dall'una all'altra fattispecie normativa non determina un mutamento nell'effetto giuridico prodotto.

119 Cfr. Cacciavillani, *op. cit.*, 165. Solo se previsto dalla legge, il giudice può disporre il mutamento richiesto dall'attore accertando anche l'esistenza della situazione giuridica risultante dall'annullamento: così Attardi, *Diritto processuale civili*, 103.

120 Cfr. A. Cerino Canova, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, in *Commentario al codice di procedura civile* diretto da E. Allorio, Torino, 1980; M. Nigro, *L'appello cit.*, 27.

riconoscere in capo al giudice il dovere di pronunciare il provvedimento favorevole una volta accertato che l'atto impugnato sia illegittimo sulla base dei motivi dedotti e al contempo lesivo dell'interesse legittimo del ricorrente<sup>121</sup>.

A conferma della stretta connessione tra procedimento e processo, si è osservato che l'accertamento del dovere del giudice di produrre la modificazione giuridica richiesta è anche un accertamento che cade sulle norme disciplinanti il potere amministrativo, dal cui concreto esercizio sia derivata la lesione di un interesse legittimo. In questo accertamento - e non nell'accertamento del potere amministrativo in sé considerato - andrebbe individuato l'oggetto del giudicato di annullamento del provvedimento amministrativo<sup>122</sup>.

E così il bene della vita viene identificato nel rapporto tra le parti che risulta dalla modificazione giuridica, omologabile a quello che si formerebbe su ogni pronuncia che decide la domanda giudiziale, il cui oggetto viene sovente identificato con la pretesa del soggetto che la propone<sup>123</sup>.

Alla stregua dell'interpretazione costituzionalmente orientata tesa a riconoscere la strumentalità del processo amministrativo alla protezione degli interessi legittimi, taluni propongono di riconoscere al giudice il potere di motivare la sentenza con un sintetico richiamo ad un precedente conforme, sul presupposto di una efficacia vincolante della sentenza amministrativa per i casi simili<sup>124</sup>. La prospettiva non è tuttavia accettabile, perché la funzione del giudice non può essere la creazione di nuove norme né l'interpretazione generale ed obbligatoria delle stesse ma soltanto quella di darne una corretta applicazione<sup>125</sup>.

Più realisticamente nel constatare l'inadeguatezza della tutela costitutiva di annullamento a garantire la stabilità del giudicato - che appare una realtà inafferrabile e dai contorni imprecisi, una parentesi nella dinamica dell'esercizio del potere amministrativo o come un fatto di cui l'amministrazione deve tener conto ma senza esserne vincolata<sup>126</sup> -, non

---

121 Cfr. F. Scoca, *Caratteri generali del processo amministrativo*, *La giustizia amministrativa*, 146 e ss.: "L'oggetto del giudizio amministrativo è il potere amministrativo o, più esattamente, la legittimità degli atti (e dei comportamenti) che ne costituiscono esercizio, in funzione della tutela dell'interesse legittimo".

122 Cfr. C. Cacciavillani, *op. cit.*, 169.

123 Secondo questa dottrina, il diritto potestativo ad una modificazione giudizialmente disposta ha ad oggetto di riferimento il rapporto da creare in forza di quella (cfr. A. Piras, *op. cit.*, 214) così come avviene per l'esercizio del potere stragiudiziale di modificazione giurisdizionale con atto unilaterale sul piano sostanziale (cfr. Cerino Canova, *La domanda giudiziale*, 147), ma sono state espresse critiche alla possibilità di ritenere omologabili sotto il profilo della natura e degli effetti i due diritti potestativi in questione (cfr. C. Cacciavillani, *op. cit.*, 157).

124 Così ritengono ad esempio autori come A. Andreani, *La motivazione della sentenza*; S. Giacchetti, *Giustizia amministrativa*, ove si attribuisce alla sentenza una funzione direttamente creatrice dell'ordinamento.

125 Cfr. Cammeo, *Pretesa efficacia vincolante delle decisioni degli organi di giustizia*; V. Cerulli Irelli, *Principii*, ove si afferma che la giurisprudenza non può configurarsi come fonte dell'ordinamento giuridico.

126 Cfr. M. Clarich, *Giudicato cit.*, 26 e ss.; B. Sassani, *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto*,

resta che riconoscere al giudice, nell'esercizio della funzione giurisdizionale, il ruolo di garante della conservazione rispetto al mutamento perenne dei fatti giuridici e che il punto di equilibrio in cui sta il significato profondo del giudicato è proprio quello che coglie insieme *stabilità* e *movimento*, così da conciliare le due forze e garantire l'effettività dell'ordinamento<sup>127</sup>.

Per conseguire la definitiva stabilità del giudicato si è cercato in vari modi di ampliare la portata del vincolo sostanziale derivante dall'accertamento giudiziale metodo: sottoponendo a revisione critica il modello dell'azione costitutiva come diritto potestativo alla modificazione giuridica e la stessa categoria dell'invalidità del provvedimento; interpretando in senso restrittiva l'art. 34 c.p.c.; sostenendo la tesi sull'esperibilità dell'azione autonoma di accertamento.

Coloro che intendono l'azione di annullamento come azione volta ad accertare l'assetto del rapporto tra le parti che si avrà dopo la sentenza, anziché l'illegittimità di un atto giuridico alla stregua dei motivi dedotti, attribuiscono un ruolo preminente all'individuazione della pretesa azionata in giudizio ossia al *petitum*, rispetto alla quale non possono non essere indifferenti le diverse cause petendi addotte a sostegno della domanda.

Così in realtà si garantisce la stabilità soltanto al giudicato di rigetto, ma non a quello di accoglimento che non sempre pone il ricorrente vittorioso al riparo da ulteriori contestazioni del bene della vita garantitogli dal giudicato, data la non fungibilità di tutti i motivi dedotti<sup>128</sup>: così ad esempio la sentenza di accoglimento dell'impugnativa per vizi formali non contiene un accertamento giudiziale dell'inesistenza del potere, come invece quella di accoglimento per vizi sostanziali.

D'altra parte, la stabilità non può dirsi raggiunta in forza della preclusione, a seguito dell'esercizio di invalidazione per una determinata causa petendi, della deducibilità degli altri fatti costitutivi e quindi della consumazione del potere di invalidazione in ordine a questi<sup>129</sup>.

La consumazione processuale, intesa come efficacia estintiva del diritto sostanziale derivante dall'esercizio dell'azione, già attribuita alla *litis contestatio* nel processo formulare romano ed in seguito abbandonata<sup>130</sup>, si configurava soltanto per i rapporti obbligatori e non pare potersi adattare al nostro ordinamento processuale, assai diverso dal processo formulare romano.

---

Padova, 1989,5 e ss.; F. Benvenuti, *Giudicato cit.*.

127 Cfr. F. Benvenuti, *Giudicato cit.*, 896.

128 Cfr. C. Consolo, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo*, Riv. trim. dir. proc. civ. 1991, 215 ss.

129 Cfr. M. Clarich, *Giudicato cit* 323; Menchini, *I limiti oggettivi cit.*, 324 e ss.

130 Cfr. G. Pugliese, voci *Giudicato civile (storia)* e *(diritto vigente)*, *Enc. dir.*, XVIII Milano, 1969, 866 ss..

Nel nostro processo infatti la lite giudiziale non cade su un rapporto obbligatorio nel quale sia determinata la prestazione che l'attore pretende dal convenuto, bensì su un atto di esercizio di un potere sostanziale di cui la parte convenuta conservi la titolarità anche dopo la conclusione del processo<sup>131</sup>.

La teorica della consumazione del diritto di azione non spiega il caso del diritto di invalidazione esercitato in modo tale da non poter condurre alla pronuncia sul merito: così con riguardo all'estinzione, la norma dell'art. 310 c.p.c. rimarrebbe priva di significato, perchè, se la possibilità di un nuovo esercizio del diritto d'azione esiste, ciò significa che la consumazione del diritto d'azione in realtà non si è verificata.

L'uso dell'idea di consumazione del diritto di azione viene ripresa per garantire la stabilità del giudicato, affermandosi che in caso di accoglimento per vizi formali si può escludere l'impugnabilità del nuovo atto immune da vizi formali per essere questo, sotto il profilo del contenuto, meramente confermativo di quello precedente di cui però il destinatario aveva ritenuto di non dolersi.

Per contro, nel caso di vizi sostanziali nulla giova se l'amministrazione adduce nuovi fatti costitutivi del potere, essendo evidente che il giudicato non gode in tal caso di alcuna stabilità.

Il problema della reiterabilità del provvedimento dopo il giudicato di annullamento per vizi sostanziali si pone invece per i fatti costitutivi del potere già adducibili in sede di originaria formulazione del provvedimento annullato ma non adottati.

Si è proposto di risolvere questo problema, costruendo in capo alla p.a. l'onere di allegare tutto ciò che costituisce causa di giustificazione, allorchè esercita il suo potere.

Così il ricorrente sarebbe tenuto a dedurre tutti i vizi deducibili, la cui dichiarazione di fondatezza produrrebbe a carico dell'amministrazione un effetto preclusivo pieno<sup>132</sup>.

Ma, affinché si configuri analogo onere a carico della p.a., i fatti costitutivi devono essere tra loro omogenei: non sarebbe ad esempio ragionevole imporre alla p.a. di addurre ragioni che presuppongono un'istruttoria approfondita, quando il contenuto del provvedimento si impone per ragioni che non richiedono alcun approfondimento istruttorio.

Né un onere siffatto potrebbe ricavarsi dalla regola del 10 bis della legge n. 241 del 1990, da cui tenore non si evince che l'onere introdotto dalla disposizione a carico della p.a. si riferisca a ragioni ostative ulteriori rispetto a quelle che sono immediatamente evincibili.

La non omogeneità dei fatti costitutivi del provvedimento deducibili ma non dedotti

---

131 C. Cacciavillani, *op. cit.* 314.

132 Cfr. M. Clarich, *Giudicato cit.*; dubita invece sulla configurabilità del suddetto onere procedimentale in capo all'amministrazione; C. Consolo, *Per un giudicato pieno e paritario cit.*, 187.

renderebbe pertanto difficile l'opera di unificazione sotto il profilo dell'onere di compiuta allegazione gravante sulla p.a. in sede procedimentale.

In forza dell'asserita preclusione alla p.a. di riemanare un atto di uguale contenuto per ragioni diverse da quelle addotte, la p.a. verrebbe, inoltre, gravata di conseguenze pregiudizievoli uguali a quelle che deriverebbero dall'accertamento giudiziale della loro non opponibilità al ricorrente, evitabili soltanto qualora si ammettesse un onere della p.a. di allegare nel corso del processo le ulteriori ragioni originariamente non addotte che giustificano il provvedimento impugnato<sup>133</sup>, il che non è ammesso in dottrina ed in giurisprudenza.

La regola, secondo cui la p.a. non può allegare in corso di causa i fatti costitutivi del potere già esercitato diversi da quelli dedotti, si è formato in un sistema in cui l'accesso alla giurisdizione era consentito solo a fronte di atti connotati da definitività; questa disciplina legislativa era idonea a spiegare perchè l'amministrazione non potesse nel processo svolgere attività difensive in relazione alle doglianze formulate dal ricorrente<sup>134</sup>.

Venuta meno la necessaria previetà del ricorso gerarchico per proporre ricorso giurisdizionale, non vi sono ostacoli a che in corso di causa la p.a. possa vagliare diversamente l'interesse pubblico, compiendo quelle valutazioni che prima poteva compiere in sede di ricorso gerarchico, o comunque esercitare i poteri di modifica o di integrazione del provvedimento inerenti alla potestà di autotutela.

Lo stesso istituto della cessazione della materia del contendere potrebbe fornire un argomento per fondare la tesi che riconosce il processo come strumento di controllo della legittimità del provvedimento impugnato ai fini della cessazione del contendere ma anche ai fini dell'eliminazione dei altri vizi che lo inficiano.

Diversamente, se si configura il diritto di difesa del ricorrente come diritto alla pronuncia sul provvedimento impugnato alla stregua dei vizi dedotti, si finisce per attribuire centralità al processo che ove pendente precluderebbe l'esercizio del potere amministrativo, salvo i casi in cui esso dia luogo alla cessazione della materia del contendere.

La problematica dell'esercizio del potere amministrativo in corso di causa viene diversamente risolta a seconda della prospettiva prescelta, processualistica o sostanzialistica. Mentre secondo la prima il processo si configurerebbe come fonte di

---

133Cfr. F. Trimarchi Banfi, *Illegittimità e annullabilità del provvedimento amministrativo*, in Dir. proc. amm. 2003, 409; A. Zito *Integrazione della motivazione del provvedimento: una questione ancora aperta*, in Dir. proc. amm. 1994; 577; G. Virga *Integrazione della motivazione nel corso del giudizio e tutela dell'interesse alla legittimità sostanziale del provvedimento impugnato*, in Dir. proc. amm. 1993, 516.; critico, invece, A. Romano Tassone, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano 1987

134 Cfr. E. Cannada Bartoli, *Processo amministrativo (considerazioni introduttive)* in Noviss. D.I. III, Torino Utet 1966.

preclusione assoluta all'esercizio del potere amministrativo, secondo la diversa prospettiva sostanzialistica sarebbe il potere amministrativo, in quanto forza in movimento, ad incidere sul processo stesso e ad avere la forza di precludere al giudice di pronunciarsi sulla fondatezza della domanda del ricorrente.

Ma l'affermazione che vi sia in capo all'amministrazione un onere di intervenire sul provvedimento nel corso del processo, modificandolo, integrandolo e adducendo ragioni non indicate in sede di emanazione dello stesso non equivale a sostenere l'inopponibilità di queste ulteriori ragioni al ricorrente vittorioso e di conseguenza l'impossibilità per la p.a. di emanazione di un nuovo provvedimento su di esse fondato.

Il richiamato disposto dell'art. 21 octies secondo comma legge 241 del 1990 statuisce, con riferimento ai provvedimenti vincolati affetti dai vizi formali, che all'annullamento non si può dar corso quando è palese che il provvedimento impugnato non avrebbe potuto avere contenuto diverso, lascia intendere che ciò debba essere immediatamente evincibile dal provvedimento e dalle circostanze che hanno condotto alla sua emanazione, escludendo integrazioni o modifiche ad opera della p.a. in corso di causa.

Non sembra dunque che la dimostrazione da parte della p.a. della legittimità del provvedimento illegittimo o la convalida in corso di causa siano configurabili in termini di oneri in capo all'amministrazione il cui mancato esercizio determini a suo carico preclusioni al riesercizio del potere.

Come infatti l'esercizio dell'azione per un determinato fatto costitutivo non determina la consumazione del diritto di agire per fatti costitutivi diversi, così l'accoglimento della domanda di annullamento non preclude all'amministrazione di riesercitare il potere, adducendone un fondamento che anteriormente avrebbe potuto dedurre.

La forza preclusiva del giudicato va misurata esclusivamente avuto riguardo all'oggetto dell'accertamento giudiziale, entro i limiti fissati dal ricorrente nel ricorso introduttivo.

Al di là dell'accertamento giudiziale non si fonda alcuna soggezione della parte soccombente; né sarà mai pregiudicato l'esercizio di poteri conformativi della p.a. che, fuori da quell'ambito, conservano l'idoneità a determinare un assetto difforme da quello fissato nella pronuncia giudiziale.

## 12. La nuova concezione soggettivistica della giustizia amministrativa e revisione della figura dell'interesse legittimo

Secondo il modello della giurisdizione obiettiva, il giudice amministrativo, al pari del giudice penale, viene investito del compito di tutelare non l'interesse individuale ma l'interesse pubblico al ripristino della legalità violata, ossia l'interesse alla legittimità degli atti amministrativi<sup>135</sup>.

A tale modello di giurisdizione di tipo obiettivo si contrappone quello prevalentemente accolto della giurisdizione soggettiva, secondo il quale il processo amministrativo si configura come un giudizio di responsabilità improntato al principio dell'azione intesa in senso astratto, a quello dispositivo (inteso come potere di scegliere il tipo di azione proponibile e di graduare i motivi di ricorso) e a quello del giusto processo davanti ad un giudice terzo.

La prospettiva individualistica sottesa al modello della giurisdizione soggettiva impone altresì il ripensamento, se non il superamento, della figura di interesse legittimo, inteso quale riconoscimento della subordinazione del cittadino all'interesse pubblico e argomento fondante per la specialità del giudice amministrativo<sup>136</sup>.

A seguito del riconoscimento della tutela risarcitoria a favore degli interessi legittimi, non vi è più differenza, ma assimilazione tra le due categorie di situazioni giuridiche soggettive rappresentate dagli diritti soggettivi e dagli interessi legittimi<sup>137</sup>.

Perso il suo carattere di alterità rispetto al diritto soggettivo, *l'interesse legittimo* viene ad essere concepito *alla stessa stregua di un diritto soggettivo* garantito dall'ordinamento a ragione dell'interesse individuale del suo titolare; non più dunque una posizione giuridica che si contrapponga alla discrezionalità e uno strumento di tutela minore di un bene della vita, ma una *specie di diritto* conoscibile da un giudice speciale.

Ciò equivale altresì ad accettare la *scomparsa* della categoria del potere amministrativo: il riconosciuto rilievo della distinzione tra profili giuridicamente regolati e

---

135 Connotato per il limitato ruolo del contraddittorio nella definizione della definizione del *thema decidendum* e per la negazione del potere delle parti di fissare l'ordine dei motivi di ricorso, il modello pubblicistico del giudizio amministrativo si fonda su un metodo istruttorio di tipo inquisitorio e per un ambito di cognizione (la valutazione dell'illegittimità e non il complessivo comportamento colposo della p.a.), che consentono di giungere ad una decisione in tempi brevi. La necessaria cognizione dell'illegittimità dell'atto da parte del giudice amministrativo comporta altresì la sopravvivenza della regola della pregiudiziale amministrativa.

136 "Se minore è la ragione di una differenziazione negli istituti, minore risulta anche la giustificazione per una categoria speciale del diritto amministrativo com'è l'interesse legittimo": cfr. A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, ed. 2006, Torino, 55.

137 G. Abbamonte, *Riflessioni sulla giustizia nell'amministrazione*, in *Le nuove frontiere del giudice amministrativo cit.*, 89.

profili demandati alle valutazioni della p.a., tra piano della posizione giuridica soggettiva e piano dell'interesse pubblico comporta che alla posizione del cittadino protetta dall'ordinamento come *diritto soggettivo* debba corrispondere la titolarità in capo all'Amministrazione di veri e propri *obblighi*<sup>138</sup>.

Si è parlato al riguardo di *diritto soggettivo alla legittimità dell'atto amministrativo*, la cui osservanza costituisce l'oggetto dell'accertamento principale del giudice in sede giurisdizionale<sup>139</sup>; peraltro, intendendosi l'interesse legittimo come *diritto all'annullamento dell'atto*, si finisce per tornare alla prospettiva del modello di giurisdizione oggettiva improntato sull'azione autoritativa della p.a. e sulla prevalente tutela dell'interesse pubblico.

### *13. Verso il superamento della giurisdizione amministrativa e l'unità della giurisdizione?*

La giurisdizione ordinaria e la giurisdizione amministrativa hanno sempre costituito “due compartimenti stagni”: ciascuna interpreta ed applica norme diverse relative rispettivamente al c.d. diritto comune e al potere amministrativo, avvalendosi di autorità giudiziarie diverse per garantire la nomofilachia (Corte di Cassazione e Consiglio di Stato).

Oggi la situazione è cambiata, dato che l'interpretazione e l'applicazione del diritto comune non è più riservata al giudice ordinario, così come quelle delle norme sul potere amministrativo non sono più proprie del solo giudice amministrativo.

In tale contesto ci si interroga se sia sostenibile l'esigenza dell'impugnabilità avanti un'unica Corte Suprema delle decisioni sia del giudice ordinario sia del giudice amministrativo; nell'ordinamento italiano tuttavia così non è.

Il disposto dell'art. 111, co. 7 cost. finisce per connotare il dualismo del sistema italiano come non paritario, ma a “prevalenza istituzionale del giudice ordinario”<sup>140</sup>, il che può far sorgere qualche dubbio sulla legittimità costituzionale del sistema italiano di giustizia amministrativa.

A fronte di questo sistema, da sempre farraginoso ed incapace ad assicurare una tutela effettiva al cittadino contro la p.a., la dottrina continua ad interrogarsi se sia ancora

---

138 In termini critico nei confronti di questa teoria sostenuta da Orsi Battaglini si è espresso A. Travi, secondo il quale l'interesse legittimo e la nozione di potere amministrativo manterrebbero la propria utilità, *op. ult. cit.*, 106.

139 A. Travi, *Rileggendo Orsi Battaglini, alla ricerca dello stato di diritto per una giustizia non amministrativa (Sonntagsgedanken)*, in *Dir. pubbl.* 2006, 91 e ss.. L'autore critica i profili di ambiguità della figura dell'interesse legittimo, enunciati da Orsi Battaglini; a suo avviso, se una sovraordinazione è prevista dalla norma, il rapporto è comunque paritario da un punto di vista giuridico.

140 Cfr. M. Clarich, *La tribunalizzazione del giudice amministrativo evitata: commento alla sentenza della Corte Costituzionale 5 luglio 2004*, in *Giorn. di dir. amm.* 2004, 969 ss.

attuale la sottrazione al giudice ordinario della giustizia amministrativa.

La specialità della giurisdizione amministrativa può sembrare non più sostenibile né in ragione del carattere oggettivo della medesima giurisdizione, né della particolare capacità del giudice amministrativo di cogliere l'interesse dell'amministrazione insito in leggi di diritto pubblico<sup>141</sup>, né, infine, sotto il profilo della satisfattività della tutela fornita dal giudice amministrativo.

Agli argomenti relativi all'esigenza di una attenzione specifica per l'interesse pubblico e alla necessaria specializzazione del giudice amministrativo in ragione della peculiarità del diritto da applicare<sup>142</sup>, i critici della giurisdizione amministrativa oppongono l'esigenza di garantire l'imparzialità, che più fortemente si avverte quando una delle parti in giudizio sia un potere pubblico, ma pure il principio dell'uguaglianza che impone la soggezione del cittadino allo stesso giudice, anche quando la vertenza riguarda una p.a..

Ci si interroga per quali ragioni debbano ancora esistere due giurisdizioni che, pur differenziandosi per la composizione del giudice e per la ricorribilità per cassazione delle decisioni di secondo grado, conoscono le stesse norme e che trattano le controversie secondo procedure simili; e se invece i tempi non siano maturi per introdurre un nuovo sistema di giurisdizione unica, articolato nel doppio grado, e con un'unica Corte Suprema<sup>143</sup>.

Che senso ha – ci si chiede - mantenere la contrapposizione tra diritti soggettivi e interessi legittimi, se il vero problema non sta nella definizione delle situazioni soggettive bensì delle forme di tutela di esse godono che sono varie, identificandosi nella protezione più forte (la tutela specifica, ossia il potere di ottenere dal processo quel bene che è assicurato dal diritto sostanziale), in quella semipiena (la tutela risarcitoria dove il diritto da diritto al bene si trasforma a diritto all'indenizzo), o in quella minore (a fronte di un potere discrezionale)<sup>144</sup>? La situazione d'incertezza generale sui limiti interni di giurisdizione e

---

141 A tal fine si è suggerito di istituire sezioni specializzate nell'ambito dell'unica giurisdizione ordinaria: cfr. A. Proto Pisani, *Verso il superamento della giurisdizione amministrativa?*, Foro it. 2001, parte V, 21 e ss..

142 La questione della specialità della giurisdizione amministrativa è stata affrontata sotto tre ordini di problemi: la specialità dello stato giuridico del giudice (così secondo la concezione di F. Calamandrei); l'identificazione di una competenza separata; il sindacato della Corte di Cassazione per violazione di legge. Per l'analisi del dibattito storico in seno alla costituente sul tema in oggetto, cfr. A. Travi, *Per l'unità della giurisdizione*, in *Dir. pubbl.* 1998, 371.

143 La scelta del giudice unico è una scelta di politica legislativa, che trova soluzioni varie negli ordinamenti europei.

In Spagna vi è una sezione specializzata deputata alla controversie di cui è parte la p.a., mentre in Gran Bretagna è stato istituito un giudice unico con il potere anche di annullare l'atto.

Nel sistema francese, le questioni di giurisdizione sono risolte dal *Tribunal de Conflit* composto in egual misura da giudici ordinari e giudici amministrativi.

Per la critica al deficit di tutela per i titolari dei diritti che consegue alla sottrazione del controllo di legittimità della Cassazione sulle pronunce dei giudici amministrativi, specie della Corte dei Conti: cfr. F. Scoca, *Sopravviverà la giurisdizione esclusiva?*, in *Giur. cost.*, 2004, 2219.

144 Sul punto, cfr. A. Proto Pisani, *op. ult. cit.*, 28.

la c.d. *guerra delle giurisdizioni* testimoniano il lento maturare di un problema mal risolto dalla Costituzione, ossia il *problema dell'unitarietà del potere giurisdizionale*, di cui si possono cogliere i primi segni nella discussione sull'oggetto del giudizio amministrativo avviata negli anni '60<sup>145</sup>.

Ci si chiede se dopo la radicale riforma attuata con la legge n. 205 del 2000 che ha attribuito al giudice dell'atto, nell'ambito della sua giurisdizione, il potere di condannare l'Amministrazione a risarcire il danno causato al terzo, il sistema non sia pronto per fare un ulteriore passo avanti, ovvero attribuire ad un unico giudice la cognizione, non solo della legittimità dell'atto e delle conseguenze *esterne*, di danno verso il terzo, ma anche sulle conseguenze *interne* all'Amministrazione, ponendo a carico del funzionario infedele il danno erariale in un unitario contesto decisorio, così da evitare il rischio di conflitti di giudicato tra condanna dell'Amministrazione al risarcimento del danno esterno e proscioglimento del funzionario dalla domanda di risarcimento del danno erariale interno.

La stessa Corte di Cassazione sta operando in via pretoria una revisione della Costituzione nel senso di una sostanziale unificazione della giurisdizione: si pensi alla nozione di giurisdizione e di difetto di giurisdizione che la Corte accoglie per giustificare il proprio sindacato ai sensi dell'art. 111 cost., nel senso di “*tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi e dunque in un senso che comprende le diverse tutele che l'ordinamento assegna ai diversi giudici per assicurare l'effettività dell'ordinamento*”<sup>146</sup>.

La tendenza a revisionare la Costituzione in senso favorevole all'unità della giurisdizione trova espressione anche nei recenti orientamenti giurisprudenziali della Corte in materia di equiparazione del difetto di giurisdizione al difetto di competenza del giudice adito e della c.d. *traslatio iudicii*<sup>147</sup>.

La soluzione della giurisdizione unica trova consensi anche in dottrina<sup>148</sup>.

Si è rilevato in proposito che detta soluzione non diminuirebbe i margini di tutela per il cittadino, perchè il confronto tra giurisdizione amministrativa e giurisdizione unica non rappresenta un confronto tra modelli di processo diversi (tra il processo civile ed il processo amministrativo) o tra tecniche di tutela, né un confronto tra posizioni soggettive, ma

---

145 Dubita dell'esistenza di un concetto costituzionalmente unitario della giurisdizione: cfr. Orsi Battaglini, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia non amministrativa*, Milano 2005.

146 Cfr. Cass. sez. un. 23 dicembre 2008 n. 24883.

147 In tale contesto, assume significato anche la tesi che alla luce della sentenza n. 204 del 2004 della Corte Costituzionale propugna l'eliminazione della giurisdizione esclusiva dal panorama delle giurisdizioni del giudice amministrativo, sulla premessa che le materie di possibile giurisdizione esclusiva si ridurrebbero alle materie in cui sussistono soltanto interessi legittimi: cfr. F. Scoca, *op. ult. cit.*, 2209 e ss..

148 La giurisprudenza amministrativa continua a difendere la pluralità di giurisdizione come una ricchezza ed un valore aggiunto piuttosto che come un fatto di complicazione: cfr. P. De Lise, *Introduzione*, in *Nuove frontiere del giudice amministrativo cit.*

configura un confronto fra “giudici”: il problema di fondo è dunque quello di stabilire quale debba essere il giudice per le vertenze con l'Amministrazione<sup>149</sup>.

Se è vero che il Giudice dell'Amministrazione deve essere un “vero” giudice, specie sotto il profilo della garanzia di indipendenza del giudice, il Consiglio di Stato, la cui struttura si connota per la commistione tra funzioni consultive e funzioni giurisdizionali, può non sembrare il “migliore” giudice per le vertenze tra cittadino e p.a..

A fronte dell'esigenza di estendere anche al giudice dell'Amministrazione le massime garanzie di indipendenza richieste per l'esercizio della funzione giurisdizionale non sembra più sostenibile l'argomento della necessaria esperienza specifica nell'Amministrazione né quello della specialità del diritto amministrativo al fine di giustificare lo status speciale di giudice amministrativo, atteso che al giudice, sia amministrativo che ordinario, si richiedono sempre valutazioni in termini di legittimità dell'atto amministrativo<sup>150</sup>.

Se si assume la diversità di stato giuridico come vero criterio della specialità, la specialità del giudice amministrativo può sembrare in fase di recessione, perchè se la disciplina dello stato giuridico diventa la medesima, anche l'impugnazione di provvedimento amministrativi dovrebbe essere giudicata da un giudice ordinario<sup>151</sup>.

Il giudice degli atti amministrativi non sarebbe più a rigore “speciale”, ma un giudice “specializzato”, per il quale può configurarsi un collegamento più stretto con la Corte di Cassazione.

In merito al dubbio se il superamento della giurisdizione amministrativo non rischi di travolgere anche la specialità del diritto amministrativo, si è rilevato che ciò che rende problematica la tutela giurisdizionale del cittadino non è tanto l'incidenza sempre maggiore del diritto comune rispetto all'attività amministrativa, quanto la previsione di due giurisdizioni separate che genera situazioni di incertezza e contraddizioni nei giudicati<sup>152</sup>.

L'introduzione di un “giudice unico” si allinea alla nuova prospettiva “*individualistica*” del diritto d'azione che impone di riconoscere i principi dell’“*atipicità*” delle azioni<sup>153</sup> e della riserva al cittadino della “*scelta*” dell'azione da esperire, nell'ottica di

---

149 Cfr. A. Travi, *op. ult. cit.*, 381.

150 Cfr. A. Orsi Battaglini e C. Marzuoli, *Unità e pluralità della giurisdizione: un altro secolo di giudice speciale per l'amministrazione?*, Dir. pubbl. 1997, 902 e ss..

151 Cfr. A. Travi, *op. ult. cit.*, 384.

152 Cfr. A. Travi, *op. cit.* 385.

153 A rendere più effettiva la tutela giurisdizionale può contribuire il principio dell'*atipicità dell'azione* davanti al giudice amministrativo (secondo un modello già seguito dal legislatore in materia di misure cautelari), in considerazione della variegata realtà dei rapporti sociali che richiede tutele differenziate ed alla quale male si addice un sistema di azioni tipiche. All'arricchimento dei poteri del giudice amministrativo corrisponde ormai una pluralità di azioni a disposizione del ricorrente il quale può formulare le domande giudiziali in modo più articolato, combinandole, cumulandole o subordinandole una all'altra: cfr. V. Domenichelli, *op. ult. cit.*, 16. In dottrina, per il superamento del principio della tipicità delle azioni nel processo amministrativo, cfr. A. Orsi

*quella visione paritaria* del diritto amministrativo cara a Feliciano Benvenuti.

Al riguardo va evidenziato come la possibilità di articolare la domanda giudiziale, sia in termini di annullamento sia in termini di condanna al risarcimento del danno, per equivalente o in forma specifica, valorizza il ruolo del ricorrente come “*protagonista dell'azione*” nella ricerca della tutela più adeguata possibile, avvicinando il processo amministrativo a quello civile, come processo di parti retto dal principio dispositivo<sup>154</sup>.

## CAPITOLO II

### La res in iudicium deducta

Sommario: 1. Il rapporto tra sostanza e processo nell'identificazione della res in iudicium deducta; 2. Il ruolo dell'azione nei processi di modificazione giuridica; 3. La tesi del duplice oggetto di rito e di merito del giudizio.

#### *1. La res in iudicium deducta*

L'identificazione della *res in iudicium deducta* esiste come problema cruciale del funzionamento del processo, in quanto serve per ricondurre ad unità momenti processuali concatenati rigidamente<sup>155</sup>.

L'intera trama del processo fino al giudicato si regge su una struttura portante costituita dal principio della corrispondenza tra due momenti fondamentali del processo, la domanda e la pronuncia, in virtù del quale il giudicato si forma in relazione al contenuto della pronuncia e questa a sua volta si modella sulla domanda.

Il problema dello *Streitgegenstand* o dell'identificazione delle azioni è un problema che ha per tema il denominatore comune di differenti istituti.

Di qualsiasi fattispecie normativa si discuta, uguale è l'apprezzamento del dato

---

Battaglini, *Alla ricerca dello Stato di diritto, Per una giustizia non amministrativa*, Milano, 2005, 54; M. Clarich, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in Dir. proc. amm. 3 del 2005, 557 e ss., secondo il quale la visione della tipicità dell'azione di annullamento non corrisponde più all'evoluzione legislativa e giurisprudenziale che ha attribuito rilevanza agli interessi legittimi pretensivi, osservando che non vi sono più ragioni per differenziare il processo amministrativo da quello civile ove il principio di atipicità di è affermato su molteplici versanti.

Secondo altra opinione la tipicità dell'azione di annullamento trova invece spiegazione nell'esigenza di salvaguardare la sfera del potere amministrativo, in analogia con quanto avviene nel processo civile per le c.d. azioni costitutive non necessarie: cfr. A. Proto Pisani, *Appunti preliminari su rapporti tra diritto sostanziale e processo*, in *Diritto e giurisprudenza*, 1978.

154 Cfr. V. Domenichelli, *Le azioni nel processo amministrativo*, in Dir. proc. amm. 2006, 1 e ss.: “*La scelta del rimedio dell'azione è rimessa al ricorrente e viene esaltata, anche per questa via, il ruolo della domanda, la valutazione soggettiva dell'utilità ritraibile dal giudizio, la funzione servente dell'azione e del processo rispetto alla situazione soggettiva lesa*”.

155 Cfr. A. Cerino Canova, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*.

comune rappresentato dalla domanda giudiziale intesa appunto come “qualità costante nel processo”<sup>156</sup>.

La disciplina codicistica non contiene una definizione normativa della nozione di domanda giudiziale<sup>157</sup>; peraltro, in tutti i casi in cui viene attribuita rilevanza al contenuto della citazione, questo contenuto viene sempre identificato con il diritto sostanziale fatto valere in giudizio e quindi con la tutela per esso richiesta all'organo giurisdizionale (cfr. art. 24 cost., art. 2907 c.c., 99 c.p.c.)<sup>158</sup>.

Dal confronto delle richiamate disposizioni emerge in tutta evidenza la stretta correlazione tra l'agire in giudizio (ovvero la domanda) ed il diritto sostanziale dedotto nel processo, ed altresì l'equivalenza tra il far valere un diritto (art. 99 c.p.c.) ed il richiedere la tutela dei diritti (art. 24 cost. e 2907 c.c.)<sup>159</sup>.

Le predette disposizioni sanciscono il principio della domanda, mettendo in evidenza la premessa ispiratrice, secondo la quale alla parte è riservato il potere della domanda perchè essa ha il potere di disporre delle situazioni sostanziali.

Il principio della domanda attiene dunque alle situazioni sostanziali ed è il naturale sviluppo del riconoscimento che queste ricevono nel diritto materiale<sup>160</sup>.

Ciò che viene fatto valere in giudizio sono una o più tra le situazioni elementari in cui si fraziona il complessivo rapporto tra le parti, mentre sfugge alla considerazione del processo l'intero rapporto sostanziale intercorrente fra le parti che assume un ruolo puramente eventuale perchè solo ipotetica può essere la controversia al riguardo.

Non vi è corrispondenza tra visione sostanziale e visione processuale del fenomeno giuridico, in quanto, mentre sul piano del diritto sostanziale l'indagine si sviluppa come deduzione dell'insieme degli effetti di una determinata fattispecie, sul piano processuale la prospettiva è più ristretta ricevendo il processo una sola delle situazioni elementari dell'intero complesso<sup>161</sup>. In altri termini, se sul piano sostanziale il diritto concreto esiste o

---

156 Cfr. G. Chiovenda, *Identificazione delle azioni: “La domanda giudiziale è una qualità costante nel processo, e l'analisi dei suoi elementi non può farsi di fronte ad una o ad altra questione, ma di fronte al complesso delle questioni cui essa dà luogo”*.

157 Cfr. art. 163 c.p.c..

158 Per l'indirizzo dottrinale che identifica l'oggetto del processo con la “questione circa l'esistenza o inesistenza del rapporto giuridico” ovvero col “diritto sostanziale dedotto in giudizio, diritto meramente ipotetico, affermato”: cfr. Attardi, *L'interesse ad agire*, Padova 198, 59; G. Pugliese, *Giudicato civile cit.*, 863; A. Proto Pisani, *La trascrizione delle domande giudiziali*, Napoli 1968

159 Ciò rende evidente l'irrelevanza nel nostro ordinamento del quesito caro alla letteratura tedesca se l'oggetto del processo debba essere definito come “*affermazione di diritto*” oppure come “*richiesta di tutela*”.

160 La citazione introduttiva dovrà quindi indicare specificamente la situazione sostanziale su cui si controverte con tutti i necessari riferimenti fattuali, la cui alterazione non può che comportare la modificazione della res in iudicium deducta: cfr. Cerino Canova, *op. cit.*, 128.

161 Il processo ha la funzione di statuire sulla situazione fatta valere e di riconoscere o meno il relativo bene della vita, non invece quella di definire per sempre tutta la relazione intercorrente tra le parti.

non esiste una sola volta, perchè può partecipare di un solo rapporto e nasce da un solo fatto costitutivo; il processo verte su profili o porzioni del diritto, ossia sul diritto correlato ad un rapporto o ad un fatto determinato.

## 2. Il ruolo dell'azione nei processi di modificazione giuridica: il diritto potestativo e l'oggetto del giudizio

Il passaggio dalla sostanza al processo assume connotati problematici nei processi di modificazione giuridica.

Si tratta in particolare di verificare se lo schema del diritto potestativo sia utile per spiegare il contenuto dell'accertamento giudiziale nei processi costitutivi<sup>162</sup>.

La questione può essere affrontata nei seguenti termini: se cioè l'oggetto del processo sia identificabile, come afferma la teoria dei diritti potestativi, con “*il diritto di porre in essere il dovere del giudice di operare il mutamento con la sua sentenza*” oppure con lo stato o il rapporto giuridico da mutare<sup>163</sup>; l'individuazione dell'oggetto del processo nel rapporto giuridico o nel diritto potestativo dipende dalla posizione che si assume in ordine alla necessità che la “*sentenza riconosca un bene della vita avente importanza in processo futuri*”<sup>164</sup>.

Secondo l'impostazione chiovendiana, la produzione concreta degli effetti costitutivi si fonderebbe sull'azione, la quale viene definita come diritto potestativo nei confronti della controparte che ha come requisito l'esistenza della volontà concreta di legge; di fronte al “potere giuridico di porre in essere la condizione per l'attuazione della volontà della legge”, l'avversario si trova in stato di soggezione<sup>165</sup>.

La norma di modificazione giuridica non produce immediatamente gli effetti

---

Tra fatto e diritto vi è dunque un diverso tipo di correlazione, vi è un legame rigido e necessario nella valutazione sostanziale (perchè qui il diritto accede e si conforma al fatto), mentre il legame è solo strumentale nella valutazione processuale (perchè qui il diritto affermato è una realtà preformata che attende di essere dimostrata dalla verifica dei fatti): così, A. Cerino Canova, *op. cit.*, 141.

162 In merito all'esistenza di una stretta correlazione tra diritto soggettivo e accertabilità giudiziale, si è affermato che tutte le figure cui si è attribuita l'indole di diritto soggettivo (diritti di credito, diritti reali, diritti potestativi) possono costituire oggetto di accertamento giudiziale in via autonoma e contenuto del giudicato civile: questo fenomeno viene definito come il potere, o gruppo di poteri, di natura non processuale, che può formare oggetto autonomo di accertamento giudiziale e quindi assurgere a diritto: cfr. E. Allorio, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale cit.*, 83-86, ove in proposito si parla di potere d'azione e non di diritto d'azione.

163 Per usare un'espressione di E. Allorio, *L'ordinamento giuridico cit.*, 104.

164 E' questa la definizione del giudicato sostanziale offerta da G. Chiovenda, *Principii cit.*, 913.

165 L'azione viene intesa come un rapporto tra la volontà di un singolo e l'ordinamento giuridico, come un potere ideale di volere determinati effetti giuridici, che non richiede alcuna azione fisica e che esercita mediante la manifestazione di volontà che sia attuata la legge, con la domanda giudiziale: cfr. G. Chiovenda, *Principii cit.*, 46 e ss..

costitutivi, ma crea una posizione del privato al mutamento giuridico<sup>166</sup>.

Al diritto del privato alla modificazione giuridica viene riconosciuto un ruolo fondamentale nel funzionamento del processo, perchè questo diritto può essere esercitato solo nel processo mediante domanda giudiziale.

Questa tesi, che riconduce la produzione degli effetti costitutivi alla domanda giudiziale e che riconosce alla sentenza la sola funzione di accertarne l'avvenuta produzione degli stessi, ha trovato successivi sviluppi nell'opera di Allorio<sup>167</sup>.

Sulla base della premessa, secondo cui i poteri di annullamento, risoluzione e rescissione configurano delle eccezioni e non altrettanti diritti potestativi oggetto del processo, ciascuno dei quali identificato dal proprio fatto costitutivo, l'autore elabora una concezione dell'oggetto del processo, i cui tratti essenziali possono così essere descritti: a) nel processo relativo alla validità o efficacia del negozio, la parte interessata esercita un *potere d'eccezione sostanziale*, con quale produce direttamente l'effetto modificativo richiesto (annullamento, risoluzione, rescissione) e il cui esercizio avviene mediante atto processuale di parte, dotato anche di efficacia costitutiva sul piano del diritto sostanziale; b) conseguentemente, *il giudice non annulla il contratto*, ma constata che la parte ha provveduto ad annullare mediante l'esercizio di un suo potere; c) non si ha un processo costitutivo, ma *un processo dichiarativo*, il cui oggetto è l'“effetto giuridico negoziale”, in altri termini “il rapporto soggetto di modificazione, non già il potere di modificazione che quindi non assurge a diritto potestativo”; d) nel corso del processo si ha una certa fungibilità dei motivi e resta precluso l'agire per l'annullamento, una volta accertato con valore di

---

166 In ordine ai diritti potestativi sostanziali, lo schema operativo è quello “norma – fatto – potere sull'an ed effetto”, dove la norma detta la disciplina degli interessi in conflitto in ordine ai beni, ma il prodursi di tali effetti è subordinato all'esercizio del potere sostanziale unilaterale di parte di attribuire rilevanza al fatto: potere che concerne solo l'an del prodursi dell'effetto e non anche la determinazione degli effetti. In questo caso, una volta esercitato il diritto potestativo sostanziale si estingue per consumazione, per cui ciò di cui le parti contendono nel processo non è l'esistenza o no del diritto potestativo, bensì solo l'esistenza o no delle situazioni soggettive modificate, impedito o estinto a seguito della rilevanza attribuita ai relativi fatti modificativi, impeditivi o estintivo dall'esercizio del diritto potestativo (ad esempio del ritrasferimento o no della proprietà del bene compravenduto a seguito del preteso esercizio del potere di riscatto).

Il settore delle azioni costitutive sarebbe invece sussumibile nello schema “norma – fatto – potere sull'an – accertamento giudiziale – effetto”, nel quale l'effetto giuridico viene ricollegato dal legislatore ad una fattispecie complessa di cui sono elementi costitutivi, oltre il fatto e l'esercizio del potere, anche il previo accertamento giudiziale dell'esistenza del diritto potestativo a necessario esercizio giudiziale.

Come il diritto potestativo sostanziale quest'ultimo sarebbe un vero e proprio potere, che si distingue sia dal diritto processuale di azione, sia dall'autonomia privata e dal potere amministrativo, essendo caratterizzato da una discrezionalità solo nell'an del suo esercizio e non anche per la determinazione del contenuto degli effetti giuridici.

Poiché anche il diritto potestativo a necessario esercizio giudiziale a seguito del suo esercizio si estingue per consumazione, anche in tale ipotesi l'oggetto del processo andrebbe riferito non alla situazione soggettiva ormai estinta bensì alle situazioni soggettive costituende, modificande, impediende o estinguende a seguito dell'accertamento giudiziale dei fatti cui ha attribuito rilevanza l'esercizio del diritto potestativo a necessario esercizio giudiziale: cfr. A. Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, Jovene, Napoli 2002.

167 E. Allorio, *L'ordinamento giuridico cit.*, 104 e ss. e, part., 111.

giudicato la validità e l'efficacia del negozio.

Un altro indirizzo favorevole ad ammettere la natura dichiarativa del giudizio di annullamento<sup>168</sup> sostiene che, laddove una situazione di vantaggio si realizzi con l'esercizio di un potere, il processo ha per oggetto “la constatazione della sussistenza delle condizioni cui l'ordinamento positivo ricollega l'esercizio del potere”, risolvendosi il provvedimento giurisdizionale nella preclusione in futuro della contestazione della validità dell'esercizio del potere o nell'eliminazione degli effetti prodotti dall'illegittimo esercizio del potere (a seconda dell'esito positivo o negativo del controllo giudiziale)<sup>169</sup>.

L'analisi della dottrina del processo civile bene evidenzia i dubbi e le incertezze che permangono riguardo alla definizione del processo costitutivo e del suo oggetto, con particolare riferimento alla difficoltà di conciliare il momento dell'accertamento con l'effetto costitutivo e di parlare di un accertamento “relativo” in una sentenza la quale per definizione ha carattere costitutivo<sup>170</sup>.

Partendo dalla definizione della sentenza come atto di mero accertamento, mediante la quale viene specificata la volontà della norma astratta in relazione alla singola fattispecie concreta portata all'esame del giudice, diventa difficile giungere ad una sistemazione dogmatica di un tipo di processo, che fin dalla sua denominazione ha caratteri antitetici rispetto a quello di accertamento.

Se si analizza la complessa evoluzione dottrinale, viene in evidenza la serie di tentativi volti a delineare i caratteri di questo processo come un nuovo ed autonomo tipo di processo: la sentenza costitutiva è stata definita da alcuni come un atto giuridico da cui scaturiscono effetto autonomi e specifici<sup>171</sup>, da altri invece come fatto giuridico, ossia come atto di mero accertamento di situazioni giuridiche preesistenti all'intervento del giudice al quale la legge direttamente ricollega determinati effetti di modificazione della stessa situazione<sup>172</sup>; sotto il profilo dell'identità di struttura dei vari tipi di sentenze, si è profilato il dubbio se abbia senso parlare del processo costitutivo come un tipo autonomo di processo<sup>173</sup>, e se la caratterizzazione del processo costitutivo esista anche nell'ipotesi in cui

---

168 C. Mortati, *Obbligo della motivazione e sufficienza della motivazione degli atti amministrativi*, in *Giur. ital.*, 1943, III, 8, il quale osserva la correttezza nell'ascrivere all'attività del ricorrente come suo contenuto anche quello proprio dell'eccezione in quanto tenderebbe attraverso un accertamento negativo alla difesa contro un intervento in atto nella sfera giuridica del soggetto, tant'è da degradare i motivi di impugnazione a semplici motivi d'eccezione tra loro fungibili e non più identificanti il contenuto del processo.

169 V. Andrioli, *Diritto processuale civile*, 1979, 271-272.

170 A. Romano, *La pregiudizialità cit.*, 233.

171 Hellwig, *Anspruch und Klagerecht*, in *Abhandlungen zum Privatrecht und Civilprozess*, 5° Band, Jena 1900, 443 e ss.

172 G. Chiovenda, *Principii cit.*, 183.

173 P. Calamandrei risolve in senso negativo il problema, affermando che l'accertamento dichiara e non crea il diritto, il che vorrebbe dire negare l'esistenza delle sentenze, dato che la costituzione dell'effetto giuridico

si faccia consistere la relativa decisione in un atto di mero accertamento<sup>174</sup>.

Come osserva Romano<sup>175</sup>, per delineare i caratteri della sentenza costitutiva non si potrebbe prescindere dal riferimento alla funzione giurisdizionale e dalla scelta tra due soluzioni alternative: o si afferma il legame tra funzione giurisdizionale ed accertamento, e allora si rinviene nella sentenza costitutiva un elemento non di mero accertamento e non avente natura giurisdizionale<sup>176</sup>, oppure si nega tale collegamento e si giunge a configurare la sentenza costitutiva come un atto completamente antitetico all'accertamento, ma sempre giurisdizionale.

Con specifico riguardo all'oggetto del processo amministrativo, il medesimo indirizzo riconosce rilievo centrale alla questione dell'individuazione dei presupposti, alla cui esistenza è vincolata la produzione dell'effetto costitutivo.

In particolare, secondo l'impostazione di Romano, l'elemento da prendere in considerazione per comprendere il fenomeno in questione è la situazione giuridica soggettiva che spetta al cittadino nei confronti dell'esplicazione della funzione giurisdizionale, la quale si scinde in tre situazioni: in primo luogo, il potere astratto di ricorrere alla giurisdizione amministrativa, che la legge riconosce al privato e dal cui esercizio discende la costituzione in capo all'organo giurisdizionale del dovere di esplicitare la funzione giurisdizionale amministrativa<sup>177</sup>; in secondo luogo, l'interesse legittimo a che la funzione giurisdizionale venga esplicitata in presenza del suo presupposto; infine, l'interesse legittimo a che il giudice decida secondo le norme di diritto sostanziale.

---

preesiste all'accertamento: *Limiti tra giurisdizione e amministrazione*, 249 e dello stesso autore, *Studi sul processo civile*, Vol. III, Padova 1984.

174 Si è in proposito osservato che non a tutte le sentenze consegue un effetto costitutivo che quando coè avvenga esso individui con sufficiente autonomia il tipo di processo: così F. Carnelutti, *Istituzioni del processo civile italiano*, vol. I, 1956.

175 A. Romano, *Pregiudizialità cit.*, 239.

176 Così P. Calamandrei, che individua come elementi della sentenza sia la verifica dell'esistenza di presupposti per la modificazione giuridica (elemento di mero accertamento), sia la stessa modificazione giuridica (elemento costitutivo, inquadrabile in un'attività non giurisdizionale ma sostanzialmente amministrativa); nei provvedimenti giurisdizionali sarebbe pertanto individuabile anche un elemento "imperativo": cfr. *Limiti tra giurisdizione ed amministrazione*, 246.

A parte il rilievo che di elemento imperativo si può parlare solo a proposito della sentenza di condanna (A. Romano, *La pregiudizialità cit.*, 242), la tesi della duplicità degli elementi della sentenza è respinta da chi sostiene che gli atti giurisdizionali sono atti di mero accertamento (E. Allorio, *Saggio polemico sulla giurisdizione volontaria*, pubblicato in *Problemi di diritto*, Vol. II, 33) ma anche da chi ritiene che nella sentenza costitutiva vi è solo quell'elemento mediante il quale il giudice produce la modificazione giuridica, riducendo l'accertamento dei presupposti ad operazione meramente preliminare all'esplicazione della funzione giurisdizionale che si esaurisce nella sola attuazione della modificazione giuridica (Fazzalari, *La giurisdizione volontaria*, 140).

177 Da qui la convinzione che esista un collegamento tra l'interesse privato e la funzione giurisdizionale e che la giurisdizione amministrativa tuteli anzitutto interessi privati, perchè altrimenti non si capirebbe per il privato sia l'unico arbitro della decisione se provocare l'esercizio della stessa.

O meglio attraverso la sintesi di due opposti elementi, oggettivo e soggettivo, si possono delineare i caratteri della giurisdizione amministrativa: A. Romano, *op. ult. cit.*, 250.

Assunto come presupposto dell'elemento costitutivo della pronuncia di annullamento di un atto amministrativo la situazione giuridica sostanziale, la citata dottrina giunge ad identificare l'oggetto del giudizio unicamente nella questione dell'illegittimità dell'atto e ad escludere che la lesione dell'interesse legittimo costituisca di per sé il presupposto per l'annullamento dell'atto.

In particolare, si afferma che per arrivare alla decisione finale non vi è spazio per l'accertamento della lesione dell'interesse legittimo né come questione pregiudiziale, né facendolo rientrare nell'oggetto del giudizio: alla titolarità dell'interesse legittimo viene riconosciuta rilevanza su un piano diverso, al fine di conciliare l'apparente contrapposizione tra interesse privato ed il carattere obiettivo che sembra doversi riconoscere alla giurisdizione amministrativa.

La soluzione che viene prospettata tende a mediare tra due soluzioni estreme (quella che individua l'oggetto del giudizio nella violazione della situazione soggettiva di carattere sostanziale e l'opposta tendenza secondo cui la giurisdizione amministrativa ha carattere obiettivo), individuando nell'interesse legittimo, inteso come elemento di legittimazione a ricorrere contro l'atto e presupposto processuale suscettibile di un accertamento meramente processuale, il collegamento tra la giurisdizione amministrativa e l'interesse individuale<sup>178</sup>.

Alla luce della conclusione raggiunta, la dottrina in esame svolge una critica più approfondita in merito all'impostazione della dottrina del processo civile che individua l'oggetto del processo costitutivo nella situazione giuridica soggettiva alla quale si ricollega la modificazione tipica del processo, ossia nell'esistenza del potere del privato di modificare la situazione giuridica, conseguentemente attribuendo all'attività giurisdizionale valore di mero accertamento<sup>179</sup>.

Sostiene in particolare Romano che per salvare il carattere essenziale del diritto potestativo sarebbe necessario attribuire direttamente al suo esercizio l'attuazione dell'effetto giuridico e di conseguenza riconoscere alla sentenza che definisce il processo un ruolo modesto e secondario rispetto alla rilevanza dell'esercizio del potere.

Non vi sarebbe alcuna ragione per estendere tali conclusioni anche al processo amministrativo e quindi per ricondurre l'effetto costitutivo all'esercizio di un potere di

---

178 A. Romano, *op. ult. cit.*, 265, il quale osserva che, esplicandosi la funzione giurisdizionale solo sul presupposto dell'esercizio del potere di ricorso del privato, la giurisdizione amministrativa è anzitutto una giurisdizione posta a tutela di interessi individuali.

179 Tra gli autori che sottolinea il collegamento tra processo costitutivo e potere del privato si ricorda Hellwig, E. Allorio, S. Cassarino, G. Chiovenda.

Secondo G. Chiovenda, l'esercizio della situazione del privato è fonte dell'effetto costitutivo, ma perchè tale effetto si produca è necessario l'intervento del giudice volto ad accertare tale situazione; l'autore si richiama espressamente alla nozione di fatto giuridico, qualificando l'accertamento alla stregua di *conditio iuris* (G. Chiovenda, *Principii cit.*, 182).

natura sostanziale del privato ricorrente di provocare l'annullamento dell'atto illegittimo, riducendo così la funzione della giurisdizione amministrativa a quella di mero accertamento dell'esistenza del potere del privato<sup>180</sup>.

Ciò equivale ad escludere che effettivamente esista nel processo amministrativo un potere del privato di provocare la modificazione giuridica e che quindi si possa delineare una costruzione unitaria dei processi costitutivi civile e amministrativo.

La prova dell'esistenza di siffatto potere del privato si rivela problematica, perchè a giudizio di questa dottrina, non sarebbe possibile ricomprendere nella nozione di interesse legittimo il potere di annullamento dell'atto amministrativo da parte del privato<sup>181</sup>, atteso che il potere di annullare l'atto illegittimo compete non al soggetto titolare dell'interesse protetto di riflesso, ma solo al titolare dell'interesse protetto direttamente ossia alla p.a. (acquistando rilievo, sotto questo profilo, il potere di autotutela amministrativa)<sup>182</sup>.

\* \* \*

Gli sforzi della dottrina per qualificare il diritto potestativo come vero e proprio diritto soggettivo<sup>183</sup> hanno fatto sorgere il dubbio se non sia più utile per spiegare la realtà, nelle fattispecie in esame, ritenere che l'oggetto del processo sia costituito dalle situazioni soggettive di pretesa, facoltà, obbligo o soggezione modificate, impedito o estinto a seguito dell'esercizio del diritto potestativo sostanziale, piuttosto che dall'esistenza o meno di quest'ultimo<sup>184</sup>.

Sotto questo profilo, la ricostruzione che incentra l'oggetto dell'accertamento giudiziale sull'esistenza del diritto potestativo sostanziale è parsa viziata da "eccessivo concettualismo" che la rende poco idonea a spiegare la realtà<sup>185</sup>.

Più precisamente, si è sottolineato che il diritto potestativo ha natura "strumentale" rispetto all'effetto finale cui è rivolto e rileva quale autonoma situazione soggettiva idonea a costituire oggetto del processo solo finchè non venga esercitata e mai dopo il suo esercizio, perchè una volta esercitato (in via stragiudiziale o nel corso del processo nella forma

---

180 A. Romano, *Pregiudizialità cit.*, 277 e ss.

181 Data la distanza tra processo civile e processo amministrativo che si evince dalla diversità delle situazioni giuridiche soggettive rilevanti nei due processi (da un lato il diritto soggettivo, dall'altro l'interesse legittimo), Romano esclude che sia possibile conciliare la natura dell'interesse legittimo, come situazione indirettamente tutelata, con un potere di annullare l'atto che incide sull'interesse stesso, perchè, se tale potere vi fosse, con il suo esercizio si verrebbe a disporre dell'altro interesse avente carattere preminente.

182 A. Romano, *Pregiudizialità cit.*, 281. Esclude che l'oggetto del giudizio possa essere definito come un "rapporto potestativo" anche R. Villata, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, Milano 1971, 500. Se dunque non sussiste un collegamento tra il processo e un potere del privato al cui esercizio ricondurre la modificazione giuridica tipica del processo, ne dovrebbe discendere come logica conclusione che la funzione giurisdizionale viene esplicata mediante l'emanazione di una sentenza avente carattere costitutivo.

183 B. Carpino, *L'acquisto coattivo dei diritti*, Napoli 1977, 100 e ss.

184 Per questo secondo orientamento, cfr. Andrioli, *Diritto processuale civile*, I, 336.

185 A. Proto Pisani, *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva*, in Riv. dir. proc. 1991, 60 e ss., e in particolare 79.

dell'eccezione) il diritto potestativo sostanziale si estinguerebbe per consumazione, per raggiungimento della sua funzione.

Secondo una certa impostazione dottrinale, a seguito dell'esercizio del diritto potestativo ciò su cui le parti contendono, e quindi costituisce oggetto del giudizio, è solo l'esistenza o no delle situazioni giuridiche soggettive di pretesa, facoltà, obbligo e soggezione modificate, impedito o estinto a seguito della fattispecie complessa costituita insieme da fatti modificativi, impeditivi e estintivi e dall'atto di esercizio del diritto potestativo<sup>186</sup>.

E' parso allora preferibile attribuire valore solo pregiudiziale alla questione concernente l'effettiva sussistenza del diritto potestativo e la validità dell'atto di esercizio, così individuando l'oggetto della pronuncia nelle situazioni soggettive finali, cioè nell'effetto giuridico, anziché nel fatto (atto di esercizio del potere) che si assume aver determinato la produzione dell'effetto<sup>187</sup>.

Il potere di dare rilevanza ad un fatto costitutivo o estintivo del diritto si porrebbe “*allo stesso livello dei fatti e delle norme*” nella fattispecie impeditiva dell'efficacia negoziale, sia quando si svolge in via d'azione, sia quando il giudizio si svolge su eccezione, vertendosi in entrambe le ipotesi la statuizione finale del giudice sull'esistenza del diritto nascente dal contratto viziato<sup>188</sup>.

Per spiegare la natura dichiarativa del giudizio di impugnazione negoziale, conclusione che discende dall'individuazione dell'oggetto del processo nella situazione soggettiva finale<sup>189</sup>, si evidenzia che, pur richiedendosi da parte del soggetto interessato l'esercizio del proprio potere di dare rilevanza giuridica ai fatti impeditivi degli effetti negoziali, la manifestazione di volontà rileverebbe come potere di tipo esclusivamente sostanziale e non come diritto potestativo a necessario esercizio giudiziale.

---

186 A. Proto Pisani, *op. ult. cit.*, 80.

187 I. Pagni, *Le azioni di impugnativa negoziale. Contributo allo studio della tutela costitutiva*, Milano 1998, 291.

188 Secondo l'indirizzo in esame, tra l'eccezione e l'azione di annullamento vi sarebbe identità di natura e di effetti, dato che l'eliminazione dell'efficacia provvisoria del contratto viziato è un fenomeno che si produce sia che l'invalidità si faccia valere in via di eccezione sia che la si faccia valere in via di azione.

La differenza tra azione ed eccezione di annullamento all'applicazione delle regole del processo viene ricondotta al principio della domanda, anziché alla diversa tecnica di produzione dell'effetto sostanziale, precisandosi che mentre l'annullamento paralizza l'intero rapporto contrattuale, l'eccezione impedisce le sole situazioni soggettive fatte valere in giudizio dall'attore (A. Proto Pisani, *Appunti sulla tutela costitutiva cit.*, 93, nota 50; I. Pagni, *op. ult. cit.*, 261 e ss., C. Consolo, *Oggetto del giudicato ci.*, 282).

*Contra*, ritiene che tra annullamento in via di azione e quello in via di eccezione vi è una differenza qualitativa e non solo quantitativa, C. Ferri, *Profili dell'accertamento costitutivo*, Padova 1970).

189 Si ritiene tuttavia in dottrina che la soluzione non sarebbe diversa neppure nell'ipotesi in cui si assumesse il diritto potestativo sostanziale ad oggetto della lite, perchè anche in tale ipotesi la pronuncia si limiterebbe a dichiarare se sussistono o meno i presupposti per l'esercizio del potere esercitato e se esso abbia o meno prodotto gli effetti che l'ordinamento gli ricollega, senza costituire alcunchè: cfr. I. Pagni, *Le azioni di impugnazione negoziale cit.*, 294.

Una volta accolta l'idea che la fattispecie della produzione dell'annullamento del negozio si struttura secondo lo schema “norma-fatto – potere sull'an – effetto”, che corrisponde alla presenza di un diritto potestativo sostanziale che assume la veste di eccezione riservata<sup>190</sup>, l'effetto invalidante sul contratto si manifesterebbe solo per effetto dell'istanza di parte e a partire da tale momento, con la conseguenza che ciò che il giudice accerta in giudizio sarebbe l'avvenuta produzione degli effetti ad opera della manifestazione di volontà del contraente.

Ne discende una particolare configurazione dell'azione di annullamento, che viene rappresentata come mezzo per dare rilevanza ai fatti impeditivi dell'efficacia del negozio invalido (al pari dell'eccezione di annullabilità)<sup>191</sup>, e come tipica azione dichiarativa, al pari dell'azione di nullità, il cui oggetto è l'accertamento negativo delle situazioni soggettive sorte dal contratto<sup>192</sup>.

La sentenza di annullamento non rivestirebbe natura costitutiva, per due ragioni: perchè essa non produce l'estinzione del rapporto giuridico prodotto dal negozio viziato (che sarebbe invece riconducibile all'esercizio del potere sostanziale), ed inoltre perchè essa verifica preliminarmente l'avvenuta integrazione della fattispecie (essendo consentito al contraente interessato rifiutarsi di adempiere agli obblighi contrattuali senza dover

---

190 Anche con riguardo alle ipotesi in cui è applicabile lo schema della norma - fatto - potere sull'an - accertamento giudiziale – effetto, si discute in dottrina se l'oggetto del processo vada individuato nel stesso diritto potestativo a necessario esercizio giudiziale (così, S. Menchini, *Il giudicato civile*, Torino 1988, 107-119 e A. Attardi, *In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata*, in Riv. trim. dir. proc. civ. 1990, 518 e ss.) oppure nelle situazioni soggettive di pretesa, facoltà, obbligo, soggezione costituende, modificande, impediende o estinguende a seguito dell'accertamento giudiziale dei fatti (con conseguente preclusione per l'attore, in caso di rigetto della domanda, di far valere in un successivo processo, come ritiene A. Cerino Canova, *La domanda giudiziale cit.*, 146 e ss. e A. Proto Pisani, *Appunti sulla tutela costitutiva cit.*, 85): secondo questa seconda impostazione, infatti, non sarebbe possibile assumere ad oggetto del processo un diritto, appunto il diritto potestativo a necessario esercizio giudiziale, essendo questo, al pari del diritto potestativo sostanziale, già estinto a seguito del suo esercizio, ossia consumato per raggiungimento della sua funzione.

A. Proto Pisani, peraltro, propone un radicale ridimensionamento della categoria delle azioni costitutive: escluse anzitutto le azioni volte ad assicurare l'attuazione coattiva di obblighi consistenti nel rilascio di dichiarazioni di volontà, residuerebbero solo le azioni costitutive a produrre effetti c.d. impeditivi o estintivi di rapporti giuridici preesistenti conseguibili o non conseguibili anche in via di autonomia privata (*op. ult. cit.*, 89 e 95 e ss.): solo quando questi effetti non siano conseguibili anche in via di autonomia privata (si pensi alle ipotesi di nullità del matrimonio e di divorzio), verrebbe meno la strumentalità tra utilità garantite dal diritto sostanziale e utilità assicurate dal processo, presentandosi il processo in tale ultima ipotesi “come elemento costitutivo indispensabile e non surrogabile delle fattispecie cui la legge sostanziale subordina il prodursi di un dato effetto giuridico” (*op. ult. cit.* 95).

191 I. Pagni, *op. ult. cit.*, 297.

192 Unica differenza tra le due azioni viene individuata nella circostanza che nel caso dell'annullamento è necessaria anche la volontà del soggetto interessato all'annullamento di dare rilevanza ai fatti impeditivi degli effetti negoziali.

A favore del riconoscimento della duplice natura dell'impugnativa negoziale vista come accertamento dell'esistenza degli effetti giuridici prodotti dal contratto e recupero di quello che è stato eseguito in dipendenza del contratto viziato: cfr. I. Pagni, *op. ult. cit.*, 299-300.

previamente ricorrere al giudice)<sup>193</sup>.

Viene così smentito uno dei principali argomenti su cui si impernia la tesi della natura costitutiva della sentenza di annullamento, e cioè quello che il potere del soggetto interessato all'annullamento si eserciti nel processo, non bastando alla produzione del nuovo stato la dichiarazione del titolare resa prima del giudizio<sup>194</sup>.

L'aver messa in crisi la costitutività dell'annullamento comporta pure il venir meno della necessità di individuare nella diversa tecnica di produzione dell'effetto sostanziale la spiegazione della differenza di effetti tra azione ed eccezione di impugnativa e di ritenere che l'annullamento del contratto si possa ottenere solo in via d'azione<sup>195</sup>.

\* \* \*

In dottrina si è ex adverso sostenuto che solo al momento della sentenza si realizza il mutamento giuridico rilevante, perchè solo quando si accerti la nuova situazione tra le parti si possono ritenere concretizzati gli effetti sostanziali della domanda<sup>196</sup>: se infatti l'accertamento del diritto potestativo assorbisse l'intero valore della pronuncia, verrebbe relegato ad un ruolo marginale il *proprium* della categoria delle sentenze costitutive.

---

193 Secondo i civilisti, invece, la pronuncia è costitutiva perchè modifica la situazione delle parti, in forza dello schema di produzione dell'effetto di annullamento corrispondente all'ipotesi di diritto potestativo a necessario esercizio processuale, in quanto l'annullamento presuppone come condizione essenziale la volontà della persona ma non potrebbe compiersi che per effetto della sentenza del giudice: C. Ferri, *Profili cit.*, 62 e ss.; F. Cammeo, *L'azione del cittadino contro la Pubblica Amministrativo*, Torino, 1905, 41-42.

194 Si è infatti sostenuto che il titolare del potere di annullamento può rifiutarsi di dare esecuzione alle obbligazioni sorte a suo carico anche prima di essere convenuto in giudizio, in alternativa alla convalida del contratto annullabile (art. 1444 comma 2, c.c.).

L'ordinamento in maniera implicita attribuisce al soggetto privato la facoltà di scelta tra convalidare il contratto o dare efficacia ai fatti impeditivi rappresentati dai vizi del contratto: tale secondo potere può essere esercitato per la prima volta nel processo quando la parte è convenuta per l'esecuzione del contratto, ma anche prima del giudizio con un atto con cui il soggetto legittimato abbia manifestato la sua volontà di avvalersi del motivo di annullabilità.

195 L'accoglimento dell'eccezione produrrebbe infatti lo stesso tipo di modifica della situazione sostanziale delle parti cui porta l'accoglimento dell'azione, ossia l'eliminazione degli effetti prodotti in via provvisoria dal contratto viziato, con la sola differenza che mentre l'attore chiede l'accertamento dell'inesistenza di tutti gli effetti del contratto, il convenuto si limita a chiedere il rigetto della domanda dell'attore e quindi la dichiarazione di inesistenza della situazione soggettiva pretesa dall'altra parte: I. Pagni, *op. ult. cit.*, 279.

196 Cfr. A. Cerino Canova, *La domanda giudiziale cit.* 151.

Secondo la teorica chiovendiana (G. Chiovenda, *Principii cit.*, 182), l'efficacia costitutiva va intesa in termini di "effetto di fatto dell'accertamento": "Anche la sentenza costitutiva attua mediante l'accertamento una preesistente volontà di legge ...ma in quanto la legge connette o condiziona l'avvenire del mutamento all'accertamento, questo è il fatto giuridico che di quello effetto giuridico è causa per virtù di legge".

Poiché dopo la sentenza "o esiste uno stato giuridico che prima non era, o viceversa", la sentenza è quella che "immediatamente opera, o produce o costituisce quell'effetto", come "fatto concreto che pone in moto norme di legge".

La sentenza costitutiva si avvicina alla sentenza di condanna, perchè prepara un mutamento nello stato di cose attuale, ma anche alle sentenze di accertamento, perchè producendosi il mutamento in virtù della sentenza non è necessario alcun atto ulteriore d'esecuzione (G. Chiovenda, *Principii*, 184).

Secondo G. Chiovenda, l'oggetto della sentenza costitutiva è il diritto al mutamento giuridico, l'esistenza o l'inesistenza della volontà di legge che il mutamento si produca per la causa petendi fatta valere (ossia per quello specifico fatto costitutivo dell'azione), non già l'esistenza o inesistenza del rapporto giuridico che si vuol mutare, né di quello che si vuol produrre (G. Chiovenda, *Principii cit.*, 195).

In senso critico verso la concezione che riconduce l'effetto costitutivo alla domanda giudiziale si è obiettato che la domanda giudiziale non sarebbe in grado di operare alcun mutamento rilevante, perchè solo quando con sentenza sia accertata la nuova situazione tra le parti si concretano gli effetti sostanziali della domanda: in altri termini, non viene accolta l'idea che la sentenza produca effetti meramente accertativi perchè, come si osserva, l'“*efficacia modificativa non preesiste alla sentenza e, dopo questa, non prescinde dal contenuto della sentenza*”<sup>197</sup>.

Il diritto potestativo viene visto come una nozione assai invadente che conduce a vanificare, piuttosto che spiegare la categoria della sentenza costitutiva, nozione che si pone altresì in termini di alternativa rigida con il fenomeno delle sentenze costitutive.

Senza disconoscere il ruolo della pronuncia giurisdizionale nella produzione della modificazione giuridica, si è osservato che anche nei processi costitutivi vi è l'esigenza ineliminabile del carattere essenziale della giurisdizione, ossia dell'accertamento, ma che questo debba essere inteso non come accertamento di un diritto esistente, ma come “*accertamento al quale si ricollegli istituzionalmente e direttamente l'effetto modificativo*”<sup>198</sup>.

La proposta che si formula è quella di assumere a criterio di identificazione dell'oggetto del giudizio, in luogo del diritto potestativo, lo stesso “*effetto costitutivo*”<sup>199</sup>, in guisa da escludere la sua ripetitività tra le parti in forza dell'estensione della preclusione del giudicato a tutti i fatti rilevanti per l'effetto costitutivo invocato<sup>200</sup>.

Si è rilevato al riguardo che non sarebbe corretto neppure scomporre la sentenza in due distinte statuizioni, di accertamento l'una e costitutiva l'altra<sup>201</sup>, perché quest'ultima, proprio perché giurisdizionale ed assistita dal giudicato, renderebbe inutile la statuizione di accertamento.

Una volta individuato l'oggetto del giudizio nella “*dichiarazione dell'effetto costitutivo che scaturisce dalla pronuncia*”<sup>202</sup>, la natura particolare della statuizione

---

197 Cfr. A. Cerino Canova, *op. ult. cit.* 151 e ss..

198 Mentre l'accertamento dei presupposti modificativi andrebbe a costituire solo un elemento interno che appartiene alla motivazione: cfr. A. Cerino Canova, *op. ult. cit.*, 161.

199 In luogo della nozione di diritto potestativo questa impostazione predilige il criterio dell'effetto giuridico, che sarebbe in grado di realizzarsi una sola volta, comprendendo tutte le ragioni idonee a fondare la tutela invocata, laddove riconoscendo il ruolo identificativo ai diritti potestativi si viene a circoscrivere la rilevanza dell'effetto senza prevenire la possibilità di molteplici processi per una medesima tutela.

200 Unica la domanda e unico il processo per la costituzione dello stesso diritto di proprietà, sia essa fondata sul contratto preliminare o sull'obbligo del mandatario di trasferire le cose acquistate.

Così nell'ambito dei processi eliminatori, solo la sentenza è fonte dell'effetto eliminatorio, sia esso di annullamento o di risoluzione.

201 Cfr. E.T. Liebman, *Efficacia ed autorità della sentenza e altri scritti sulla cosa giudicata*, 1983, 21

202 Cfr. C. Ferri, *op. cit.*, 222.

giudiziale rimarrebbe unica, pur contemperando in sé due caratteri distinti, quali sono l'accertamento e la modificazione: essa è unica perché unica è la norma giuridica che viene attuata e soprattutto perché l'accertamento dei presupposti modificativi costituisce solo una tappa preparatoria dell'iter decisorio, un elemento interno che appartiene alla motivazione<sup>203</sup>.

Sotto il profilo dell'attitudine ad attuare mediante l'accertamento di una preesistente volontà di legge, la sentenza costitutiva sarebbe identica alle altre sentenze di accertamento e di condanna, con la peculiarità rappresentata dalla duplice funzione ad essa ascritta, che è quella di rendere certa nel caso concreto una norma di mutamento giuridico e di operare questo mutamento in conformità a tale contenuto.

Proprio questo mutamento giuridico rappresenta, secondo l'impostazione sostenuta da Cerino Canova, il momento fondamentale del processo costitutivo, e al contempo il criterio di identificazione dell'azione e dell'oggetto del processo.

Se l'effetto costitutivo è unico, quanti che siano i fatti rilevanti per la sua produzione (tutti coperti dell'efficacia preclusiva del giudicato), e irripetibile tra le parti, ne discende una concezione unitaria del processo che rimane unico, pur in presenza di una pluralità di diritti potestativi al mutamento giuridico<sup>204</sup>.

Così sarà unico il processo (e unica l'azione) per la costituzione di uno stesso diritto reale (proprietà o altro diritto reale) o la modificazione di un medesimo diritto esistente, o ancora per l'eliminazione di uno stesso negozio giuridico, quanti sono ad esempio i vizi della volontà che possono inficiare un negozio giuridico<sup>205</sup>.

\* \* \*

Dall'esame dell'elaborazione dottrinale in tema di azioni costitutive si possono trarre alcune conclusioni in merito alla natura della decisione giudiziale amministrativa.

---

203 Cfr. W. Kisch, *Beitrage zur urteilslehre*, 59-60.

La stessa difficoltà di conciliare concetti tra loro contrastanti, come quelli di accertamento e modificazione non è parsa insuperabile, collocandosi le due differenti entità su piani distinti, la prima sul piano del contenuto e la seconda sul piano dell'efficacia della sentenza: A. Cerino Canova, *op. cit.*, 164.

204 Il problema della tutela viene visto in maniera correlata all'entità tutelanda, e dunque all'unità o alla pluralità delle situazioni sostanziali che possono essere fatte valere nel processo: cfr. A. Cerino Canova, *op. cit.*, 231 e 233: "se unico è il diritto e correlativamente unica è l'azione, la pronuncia consuma tutte le difese delle parti ed impedisce un reiterato esercizio della funzione giurisdizionale, con la sola e generale riserva per i fatti sopravvenuti"; il concorso dei diritti, invece, porterebbe a conseguenze opposte, perchè "nemmeno la pronuncia favorevole impedisce di per sé una successiva azione per il diritto concorrente".

Poiché ciò che rileva ai fini dell'identificazione dell'oggetto del processo è appunto l'effetto richiesto (che è il medesimo come ad esempio nel caso di annullamento del contratto) e non invece il singolo motivo fatto valere (errore, violenza o dolo), l'ambito del processo si estende al di là del diritto potestativo.

205 La posizione di Cerino Canova è distante da quella di Allorio perchè, pur escludendo entrambi gli autori che l'oggetto del processo possa essere formato dal diritto potestativo, il primo autore individua l'atto idoneo a produrre la modificazione viene individuato non nella domanda (come sostiene Allorio) ma nella sentenza cui viene pertanto riconosciuto efficacia costitutiva, anziché solo valore di accertamento.

A nostro avviso, non pare riconoscibile la natura costitutiva alla sentenza amministrativa, quantomeno nella giurisdizione di legittimità, anzitutto perchè la sentenza amministrativa, come sottolinea Benvenuti, pur essendo ugualmente satisfattiva dell'interesse pubblico e di quello privato sia in caso di eliminazione dell'atto sia in caso di sua conferma, non è tuttavia idonea ad imporre una disciplina del rapporto tra amministrazione e cittadino sostitutiva della disciplina racchiusa nel potere amministrativo<sup>206</sup>.

Inoltre, per chiarire quale sia la natura della sentenza amministrativa, non si può prescindere dalla questione dell'oggetto del giudizio amministrativo.

Se si riconosce, come a noi pare, che il giudice amministrativo non conosce l'atto né nella sua interezza, né sotto il profilo del “*momento formale dell'atto che si riassume nel problema di validità*”<sup>207</sup>, ma verifica la correttezza della composizione degli interessi pubblici e privati, quale emerge dal contenuto del c.d. provvedimento sostanziale, e accerta se la decisione amministrativa abbia violato l'interesse legittimo del ricorrente conformando l'esercizio successivo dell'azione amministrativa dettando la regola agendi per l'Amministrativo, si dovrebbe altresì riconoscere che la soluzione più coerente con siffatta nozione di oggetto del giudizio sia quella di qualificare il processo amministrativo di legittimità come *processo dichiarativo*, con conseguente esclusione della natura costitutiva della sentenza<sup>208</sup>.

La sentenza contiene dunque l'accertamento sul bilanciamento degli interessi e la fissazione della *regola agendi* per l'agire amministrativo, ed è assistita da un effetto preclusivo, che non è però tale da precludere al ricorrente ogni nuova possibilità di agire per l'annullamento<sup>209</sup>.

Secondo l'impostazione qui accolta e che verrà sviluppata nel proseguo, il processo amministrativo non configura un processo costitutivo necessario avente ad oggetto il diritto potestativo al mutamento giuridico, perchè il momento essenziale e qualificante della sentenza amministrativa va individuato, a nostro avviso, nell'elemento conformativo e non

---

206 Cfr. F. Benvenuti, *Giudicato cit.*, 898-899, per il quale la sentenza avrebbe valore soltanto come “fatto” che non può essere trascurata in sede di riemanazione dell'atto.

207 Come invece sostengono tra gli altri F. Benvenuti (*Giudicato cit.*, 898) e A. Romano (*La pregiudizialità cit.*, 277 e ss.).

208 Sostengono la tesi della natura dichiarativa della sentenza amministrativa, tra gli altri, F. Benvenuti, *Giudicato cit.* e E. Ferrari, voce *Decisione giurisdizionale amministrativa*, in *Digesto IV*.

209 Come invece sostiene Cerino Canova, in *La domanda giudiziale cit.*, 231.

Come già si è riferito, il citato autore individua come criterio di identificazione della res in iudicium deducta l'“effetto giuridico”, anziché il fatto (atto di esercizio del potere) che si assume aver determinato la produzione dell'effetto, sostenendo che l'azione è unica quanti che siano i fatti costitutivi dell'unica fattispecie di modificazione giuridica; il che consentirebbe di escludere la ripetitività del processo tra le parti in forza dell'estensione della preclusione del giudicato a tutti i fatti rilevanti per l'effetto costitutivo invocato.

in quello costitutivo.

La sentenza amministrativa infatti non solo annulla un atto, ma svolge una funzione conciliativa di interessi contrapposti, cioè di controllo e di indirizzo dell'agire amministrativo, verificando mediante l'esame del c.d provvedimento sostanziale e il coordinamento tra atti, quale scelta amministrativa realizzi il migliore bilanciamento di interessi pubblici e interessi privati.

Ne consegue che l'oggetto del giudizio non può vertere unicamente nella questione dell'illegittimità dell'atto ma si incentra nella lesione dell'interesse legittimo che non può ridursi a mera questione pregiudiziale, né è solo il presupposto per l'annullamento dell'atto: ad esempio, per realizzare la conciliazione tra interesse privato ed il interesse pubblico, non è sufficiente riconoscere la rilevanza dell'interesse legittimo solo come titolo di legittimazione al ricorso.

L'aver escluso che il processo amministrativo rientri nella categoria dei processi costitutivi non ci impedisce di svolgere un ultimo rilievo, in relazione all'impossibilità di giungere ad una ricostruzione unitaria del processo civile e del processo amministrativo sotto il profilo dell'impossibilità di identificare l'oggetto del giudizio amministrativo nell'esistenza del potere del privato di modificare la situazione giuridica (tesi peraltro che porterebbe anch'essa ad attribuire all'attività giurisdizionale valore di accertamento)<sup>210</sup>, poichè il potere di annullare gli atti illegittimi è riservato all'Amministrazione in quanto titolare dell'interesse protetto direttamente, ossia dell'interesse pubblico.

In conclusione, in accordo con quanto sostiene una certa dottrina civile in relazione al problema dell'impugnazione negoziale<sup>211</sup>, si ritiene che, come la sentenza civile di annullamento di un negozio, anche la sentenza di annullamento di atti amministrativi non riveste natura costitutiva per due ragioni: perchè essa non incide sulla disciplina sul rapporto tra le parti, la quale rientra esclusivamente nella disponibilità dell'Amministrazione, ed inoltre perchè essa svolge una funzione di verifica, precisamente la verifica della correttezza dell'avvenuto bilanciamento dei interessi pubblici e privati formalizzato nell'atto o degli atti impugnati.

### *3. La tesi del duplice oggetto di rito e di merito del giudizio*

Altra questione affrontata dalla dottrina processualistica concerne la possibilità di

---

<sup>210</sup>Tra gli autori che sottolineano il collegamento tra processo costitutivo e potere del privato si ricorda Hellwig, Allorio, Cassarino, Chiovenda.

<sup>211</sup> I. Pagni, *op. cit.*, 261 e ss.

riconoscere la configurabilità di un oggetto meramente processuale del giudizio, ovvero di ravvisare nelle pronunce di rito statuizioni decisorie, implicanti un giudizio pieno sull'oggetto del processo<sup>212</sup>.

La valutazione sull'accogliibilità o meno della tesi sulla duplicità dell'oggetto del giudizio si presenta complessa e va affrontata nell'angolo visuale di una fedele ricostruzione della struttura e del modo di funzionare del giudizio e della relativa decisione<sup>213</sup>.

La dottrina processualistica italiana è sempre rimasta aderente al diritto sostanziale nella configurazione dell'oggetto del giudizio, evitando intermediazioni riconducibili alla figura della pretesa processuale.

L'oggetto dell'accertamento di merito è rimasto saldamente legato al diritto sostanziale dedotto in giudizio, mentre le norme processuali sono sempre state ritenute inidonee a fornire un metro di giudizio per rispondere al quesito se esista o meno il diritto sostanziale dedotto in giudizio, risposta che non può che essere di merito, regolata cioè dalle norme di diritto sostanziale.

Secondo la teoria della duplicità dell'oggetto del giudizio, vi sarebbero invece le condizioni per realizzare una interazione tra valutazioni di diritto sostanziale e di diritto processuale in vista della soluzione di un medesimo quesito; a tal fine si propone di scindere la correlazione tra accertamento giudiziale e diritto sostanziale, mediante un utilizzo più marcato della figura della pretesa processuale, intesa come richiesta del provvedimento di tutela (Begehren) o in termini equivalenti come diritto dell'attore di ottenere una sentenza favorevole (Rechtsschutzanspruch)<sup>214</sup>.

L'individuazione dell'oggetto del giudizio, non nel diritto soggettivo sostanziale ma nella pretesa processuale, conduce ad importanti conseguenze: non solo induce ad ipotizzare che la pretesa processuale possa essere rigettata oltre che per ragioni di diritto sostanziale per motivi di rito, con una pronuncia di rigetto per ragioni processuali che possa definirsi come decisione "di merito"; ma induce altresì a ritenere che la cognizione dell'effetto sostanziale debba essere considerato mero antecedente logico-giuridico della pronuncia sulla pretesa processuale, cui l'accertamento può estendersi solo in quanto si accetti l'estensione del giudicato ai motivi<sup>215</sup>.

---

212 Cfr. E.T. Liebman, *Manuale di diritto processuale civile*, II, 270 e ss.

In dottrina si sono manifestate perplessità sull'unicità dell'oggetto processuale di giudizio (inteso come valutazione sotto ogni profilo dell'ammissibilità dell'azione) oppure sulla sua pluralità (in corrispondenza della varietà dei presupposti processuali) A. Romano, *La pregiudizialità cit.*, 121 e ss. e 255 e ss.

213 Cfr. C. Consolo, *Il cumulo condizionale delle domande*, II, Torino, 1991, 172.

214 Cfr. C. Consolo, *op. ult. cit.*, 195 e ss.

215 Cfr. R. Villata, *L'esecuzione cit.*, 425 e s.; A. Romano, *La pregiudizialità cit.*, 128; C. Consolo, *Cumulo condizionale cit.*, 201.

Da un angolo visuale funzionale, conforme ad una concezione “meritale” del processo di cognizione che si fonda sulla preminente destinazione del processo a dare luogo all'accertamento di merito, saremmo invece portati a negare la configurabilità di un oggetto di rito del giudizio e ad identificare l'oggetto del giudizio solo con quei temi in vista del cui accertamento viene concepito lo svolgimento del processo, ritenendo estranei al processo gli altri temi c.d. preliminari, oggetto di accertamenti di rito avente carattere meramente pregiudiziale<sup>216</sup>.

Si obietta però che anche le valutazioni preliminari sull'ammissibilità della domanda hanno carattere di “giudizio”, sia pure non principale, costituendo anch'esse oggetto del processo; in sostanza, l'accertamento del diritto sostanziale, che pure costituisce l'oggetto per antonomasia del processo al quale conferisce ragione d'essere, costituisce solo uno degli oggetti del processo.

L'esigenza di individuare accanto all'oggetto principale un oggetto prodromico e di natura processuale si fa discendere dalla considerazione che la valutazione sull'ammissibilità dell'azione non avviene in un procedimento pre ed extra-processuale ma si svolge a pieno titolo nel processo e con le garanzie di questo<sup>217</sup>, nonché dal rilievo che il fenomeno generale dell'accertamento giudiziale attiene, in modo unitario, sia al diritto sostanziale sia a quello processuale.

E proprio l'individuazione di un oggetto processuale di giudizio idoneo a ricomprendere l'esame delle varie condizioni di trattabilità della causa nel merito renderebbe accettabile l'impostazione che circoscrive al giudizio in corso la portata delle decisioni di rigetto in rito sul rilievo che nei confronti della sentenza definitiva di rito si può parlare di un'efficacia di accertamento, di carattere incidentale, non destinata ad espandersi fuori del processo<sup>218</sup>.

---

In merito alla configurabilità di una duplicità di interessi legittimi (ravvisabili in un primo interesse legittimo della parte ad una decisione, che riscontri il valido esercizio del potere di agire e accerti la nascita del dovere decisorio del giudice, cui si affianca un ulteriore interesse legittimo in ordine alla determinazione del contenuto della sentenza di merito) si è rilevato in senso critico che ciò che viene accertata non è la prima situazione soggettiva di natura processuale ma sempre l'esistenza del diritto alla stregua del diritto sostanziale risultando soddisfatto così anche l'interesse legittimo all'esatto esercizio del dovere di decidere il merito.

Per tali rilievi critici, C. Consolo, *op. ult. cit.*, 209; colloca fuori dell'accertamento l'interesse legittimo, anche A. Romano, *La pregiudizialità cit.*, 209.

216 Per la concezione del processo come strumento di attuazione del diritto materiale, si veda in dottrina, A. Attardi (*L'interesse ad agire*), V. Andrioli, A. Proto Pisani, R. Villata.

217 Cfr. C. Consolo, *op. ult. cit.*, 225 e 232 e ss.; secondo questo autore, pur dovendosi riconoscersi più estesa importanza e funzionalità all'oggetto sostanziale di giudizio, sarebbe la problematica del cumulo condizionale di domande e la questione dei limiti oggettivi dell'accertamento contenuto nelle sentenze di rito ad attribuire un rilievo non trascurabile all'individuazione di un oggetto di giudizio specificamente processuale.

218 Cfr. C. Consolo, *op. cit.*, 244; L. Montesano, *Sentenze endoprocessuali nei giudizi civili di merito*, in *Dir. proc. civ.*, 1971, 17 e ss; L. Garbagnati, *Questioni preliminari di merito e parti della sentenza*, in *Riv. proc. civ.* 1971, 408 e ss.

## CAPITOLO III

### Il giudizio amministrativo di legittimità e le teorie sul suo oggetto

Sommario: 1. La teoria dell'interesse legittimo come oggetto del giudizio amministrativo; 2. La teoria dell'oggetto del giudizio come affermazione dell'illegittimità dell'atto amministrativo impugnato; 3. La teoria del giudizio sul rapporto; 3.2. Analisi della relazione tra amministrazione e cittadino alla luce dei canoni della teoria generale; 3.3. Le criticità della tesi del giudizio sul rapporto; 4. Verso il superamento della dicotomia tra giudizio sull'atto e giudizio sul rapporto: 4.1. La tesi della duplicità dell'oggetto del giudizio amministrativo; 4.2. La connessione e la nozione di provvedimento sostanziale; 4.3. Connessione, principio dell'economia processuale e rapporto tra potere del parte e dovere decisorio del giudice; 5. Le questioni pregiudiziali e la cognizione del giudice amministrativo; 6. La pregiudizialità amministrativa e giudizio sul rapporto, dall'illegittimità del provvedimento amministrativo all'illiceità della condotta della p.a.: esame dell'ammissibilità dell'azione autonoma di risarcimento dei danni da provvedimento illegittimo: 6.1. Il principio della pregiudiziale nell'esperienza dell'ordinamento interno italiano; 6.2. L'azione autonoma di risarcimento e il nuovo modello del giudizio sulla responsabilità dell'Amministrazione; 6.3. L'oggetto del giudizio risarcitorio e nuova ipotesi di giurisdizione esclusiva; 6.4. I rischi connessi all'ammissibilità dell'azione risarcitoria autonoma ; 6.5. La pregiudizialità e la salvaguardia della specialità del giudice amministrativo; 6.6. Dalla logica della spettanza alla logica dell'inadempimento: il diritto comunitario spezza il modello del processo sull'atto e lo dissolve nel modello del giudizio sull'inadempimento comunitario.

#### *1. La teoria dell'interesse legittimo come oggetto del giudizio amministrativo*

Occorre a questo punto soffermarsi sul problema dell'oggetto del giudizio nel processo amministrativo, iniziando con l'esame della figura dell'interesse legittimo.

La dottrina più risalente, fedele alla teoria della giurisdizione di diritto oggettivo, aveva configurato l'interesse legittimo come proiezione processuale dell'interesse qualificato, consistente in una semplice condizione procedurale per l'ammissibilità del ricorso e elemento di legittimazione a ricorrere in giudizio<sup>219</sup>.

In senso contrario si è obiettato che ad una figura preesistente al giudizio, qual'è l'interesse legittimo, non ha senso riconoscere mera rilevanza processuale<sup>220</sup>; nè può configurarsi una pretesa processuale che non abbia a suo fondamento una posizione giuridica sostanziale<sup>221</sup>.

---

219 Cfr. E. Guicciardi, *La giustizia amministrativa*, Padova 1954, 72; G. Chiovenda, *Principi cit.*, 378.

220 Cfr. G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, vol. II, 120 e ss..

221 Cfr. G. Virga, *La distinzione fra diritti e interessi come fondamento della discriminazione fra giudice*

Sempre in una prospettiva marcatamente oggettivistica, si è proposta l'identificazione dell'interesse legittimo con l'interesse o gli interessi particolari della Pubblica Amministrazione<sup>222</sup>, che però sono del tutto indipendenti e a volte persino contrastanti con l'interesse dell'ordinamento all'osservanza delle norme di legge<sup>223</sup>.

L'annullamento giudiziale di un atto illegittimo in vista di un fine di utilità generale può infatti non equivalere a rendere un favore all'Amministrazione pubblica, a meno che non si identifichi l'organo che ha emanato l'atto annullato con l'intera branca dell'Amministrazione a cui esso appartiene, e questa a sua volta con il Governo, e questo con lo Stato e lo Stato con la Comunità statale<sup>224</sup>.

Prestano il fianco a rilievi critici anche la qualificazione dell'interesse legittimo come potere di provocare l'annullamento dell'atto illegittimo<sup>225</sup> cui non può essere riconosciuta natura sostanziale<sup>226</sup>, o come interesse alla legittimità dell'atto che, nell'accezione di diritto alla legittimità o di interesse strumentale alla legalità dell'azione amministrativa<sup>227</sup>, assume più le sembianze di interesse diffuso che di interesse del singolo.

La più valida definizione dell'interesse legittimo nata dalla revisione critica dell'originaria figura giuridica è quella di una situazione giuridica soggettiva di natura sostanziale, strumentale ed attiva e di vantaggio<sup>228</sup>, ulteriormente sviluppata da chi ha tentato di ricollegare il sorgere dell'interesse legittimo all'indebito pregiudizio cagionato da

---

*ordinario e amministrativo*, 45; G. Guarino, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, 1990, 289.

222 Cfr. L. Piccardi, *La distinzione tra diritto ed interesse nel campo della giustizia amministrativa*, in *Cons. st., Studi sul Centenario*, 255, e ss.; *contra*, S. Cassarino, *Le situazioni giuridiche cit.*, 249-250.

223 Cfr. R. Villata, *L'esecuzione cit.*, 461, nota (159).

224 In senso contrario si può osservare che l'organo che emana l'atto amministrativo si raffigura oggi come uno dei tanti centri organizzatori dei pubblici poteri il quale si identifica solo con se stesso ed è in permanente conflitto con gli altri centri: cfr. M. Giannini, *La giustizia amministrativa*, Roma, 1960, 131.

Inoltre, l'affermazione che l'interesse dell'Amministrazione sia tutelato nel processo necessariamente, mentre quello del privato solo eventualmente (e cioè nel caso di accoglimento del ricorso), si porrebbe in contraddizione con la premessa del discorso che vuole l'interesse privato coincidente con l'interesse dell'Amministrazione, ed entrambi quindi sempre soddisfatti nel processo.

225 Secondo questo indirizzo, l'interesse individuale leso da un atto amministrativo si qualificerebbe legittimo perchè una volta leso acquisterebbe rilevanza giuridica, mentre rimarrebbe indifferente per l'ordinamento prima di tale lesione: cfr. E. Allorio, *Nuove riflessioni sulla teoria generale del processo tributario*, *La vita e la scienza del diritto*, Milano 1957, 38; L. Garbagnati, *La giurisdizione amministrativa. Concetto e oggetto*, Milano 2004.

226 Cfr. F. Scoca, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano 1971, 123 e ss.; S. Cassarino, *Le situazioni giuridiche cit.* 256; E. Cannada Bartoli, *Il diritto soggettivo*, 1953, p. 346. Ledda, *Il rifiuto del provvedimento amministrativo*, Torino, 1964, 256; A. Piras, *Interesse legittimo cit.*, vol. II, 23, il quale osserva che, se il diritto all'annullamento sorgesse solo per l'illegittimità dell'atto, l'esame del merito della controversia avverrebbe prima di quello della regolare costituzione del rapporto processuale.

227 Cfr. G. Guarino, *Potere cit.* 278, in nota; G. Tesaurò, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino 1960.

228 Cfr. A. Piras, *Interesse legittimo cit.* 225; F. Scoca, *op. ult. cit.*, 127; E. Casetta, *Diritto soggettivo e interesse legittimo*, 611 e ss..

un provvedimento amministrativo<sup>229</sup>.

L'interesse legittimo, così inteso, esiste già prima dell'emanazione dell'atto amministrativo<sup>230</sup> e non può essere assimilato a un qualsiasi interesse di fatto tutelabile in giudizio ovunque vi sia un pregiudizio di un singolo, senza il previo accertamento di una situazione giuridica protetta<sup>231</sup>.

L'art. 113 cost., infatti, non può essere interpretato come un precetto inteso ad elevare ad interesse giudizialmente tutelato qualunque interesse in contrasto con il provvedimento, atteso che presupposto dell'impugnativa giudiziale non è la collisione di un atto amministrativo con un interesse legittimo, bensì la lesione di un interesse legittimo, ossia la sussistenza di un pregiudizio che abbia inciso su un interesse legittimo obiettivamente esistente e giuridicamente rilevante anche prima della lesione<sup>232</sup>.

Le considerazioni svolte ci inducono a dare la nostra preferenza alla concezione sostanzialistica dell'interesse, come posizione sostanziale di vantaggio garantita dall'osservanza delle modalità e dai presupposti per l'esercizio del potere<sup>233</sup>.

Sempre dal punto di vista dell'oggetto del processo rileva, inoltre, la correlazione tra interesse legittimo ed esercizio del potere pubblico, anche alla luce della giurisprudenza costituzionale (Corte cost. n. 204 del 2004). Ci sembra, questo, un elemento decisivo, perchè l'interesse legittimo nasce da dentro l'azione amministrativa ed è coesistenziale a un dato potere amministrativo<sup>234</sup>, senza tuttavia soggiacere ad esso<sup>235</sup> e andando oltre

---

229 Questo elemento di pregiudizio, cui la legge ricollega il sorgere dell'interesse legittimo, sarebbe costituito dal fatto della degradazione delle situazioni protette dei soggetti su cui incidono direttamente gli effetti dell'atto, conseguente all'emanazione del provvedimento inteso come fatto estintivo di diritti e di interessi protetti ed eventualmente costitutivo di interessi legittimi: cfr. A. Piras, *Interesse legittimo cit.*, 233 e ss..

Questi sviluppi sono stati giudicati però contrastanti con lo stesso diritto vigente che richiede la definizione dell'interesse legittimo secondo profili sostanziali, nonchè con il rilievo che l'interesse protetto di cui si fa accenno in detta teoria altro non è se non l'interesse legittimo: cfr. R. Villata, *L'esecuzione cit.*, 477; e nello stesso senso F. Scoca, *Il silenzio cit.*, 127.

230 Secondo A. Piras, invece, prima dell'emanazione del provvedimento esisterebbe l'interesse protetto, situazione giuridica di contenuto inattivo distinto dall'interesse legittimo; *contra*, per l'identificazione dell'interesse legittimo con l'interesse protetto, cfr. R. Villata, *op. ult. cit.*, 481, nota 233.

231 Cfr. F. Satta, *L'esecuzione*, 978.

232 Cfr. R. Villata, *op. cit.*, 484.

233 Cfr. G. Miele, *Principi di diritto amministrativo*, Padova, ed. 19°, 56; A. Romano, *La pregiudizialità cit.*, 223; M. Giannini, *L'attività amministrativa*, Roma, 1961, 67; e F. Scoca, *Il silenzio cit.*, 138.

La natura sostanziale dell'interesse legittimo è stata messa in evidenza per la prima volta dalla tesi dell'interesse occasionalmente protetto seguita da autori come: O. Ranalletti, *Le garanzie della giustizia nella pubblica amministrativa*, Milano 1934, 163 e ss.; G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo, op. cit.* vol. II, 209; A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli 1989, 71.

234 Cfr. G. Berti, *Le giunte provinciali amministrative*, in *Atti del centenario delle leggi amministrative di unificazione*, Vicenza 1965.

235 Sostiene invece che il titolare dell'interesse legittimo versi in una posizione di soggezione all'esercizio del potere da parte degli organi amministrativi in modo conforme a legge, F. Benvenuti, *Appunti di diritto amministrativo*, Padova, 1987, 230.

l'interesse ad un uso corretto del potere<sup>236</sup>.

L'interesse legittimo, nella definizione proposta, non può tuttavia essere assunto come oggetto del giudizio amministrativo<sup>237</sup>.

Ciò si desume dal fatto che al processo amministrativo non sono applicabili gli schemi validi nell'esperienza del processo civile, perchè una cosa è affermare la titolarità di un diritto soggettivo (che ben può costituire oggetto del processo, e come è stato affermato, ha una efficacia dinamica ed attuale) e un'altra cosa è affermare la titolarità di un interesse legittimo (che ha una rilevanza statica in quanto la posizione di vantaggio è la risultanza delle norme disciplinatrici di un altrui potere).

A differenza dell'accertamento della fondatezza dell'affermazione dell'attore, il riconoscimento dell'affermazione della titolarità di un interesse legittimo non ha conseguenze fattuali, perchè sul piano della tutela giurisdizionale amministrativo ciò che rileva non è la l'esistenza di un interesse legittimo, ma il suo sacrificio<sup>238</sup>.

Poiché l'interesse legittimo si inserisce in una relazione autoritativa nella quale la disciplina dell'assetto del rapporto - ossia ciò che spetta e ciò che non spetta al singolo associato - è demandata per legge all'Autorità amministrativa che esplicita il potere<sup>239</sup>, solo a posteriori, vale a dire nei confronti di un'azione amministrativa già esplicitasi e lesiva di un interesse legittimo, potrà espletarsi l'accertamento giudiziario.

Non vi è dunque alcuna coincidenza tra la situazione sostanziale e l'oggetto del giudizio, perchè detta situazione entra nel processo non in toto, ma in relazione ai singoli fatti lesivi della stessa.

## *2. La teoria dell'oggetto del giudizio come affermazione dell'illegittimità dell'atto amministrativo impugnato*

Veniamo ora ad esaminare l'insegnamento dottrinale, apprezzabile per il suo sforzo conciliativo di opposte esigenze e per la sua coerenza interna, che identifica l'oggetto del giudizio con l'affermazione di illegittimità del provvedimento impugnato, sul presupposto

---

236 Cfr. E. Capaccioli, *Interessi legittimi e risarcimento dei danni*, Milano 1963, 40 e ss. R. Villata, *L'esecuzione cit.*, 492.

237 Tra i sostenitori di questa tesi, tra gli altri, O. Ranelletti, *Le guarentigie cit.*, 391 e ss.; S. Cassarino, *Le situazioni giuridiche soggettive cit.*, 242 e, più di recente, F. La Valle, *L'interesse legittimo come profilo di ulteriore rilevanza delle libertà e dei diritti (teoria dinamica del diritto soggettivo)*, Milano 1969.

*Contra*, nel senso che l'oggetto del giudizio non è l'interesse legittimo, nemmeno come affermazione da parte del ricorrente di esserne titolare: R. Villata, *L'esecuzione cit.*, 493.

238 Cfr. R. Villata, *L'esecuzione cit.*, 496.

239 Cfr. E. Capaccioli, *Saggio sul giudicato amministrativo*, 30 e ss..

che al centro del giudizio amministrativo vi è e non può non esserci un provvedimento<sup>240</sup>.

Secondo tale impostazione, l'estensione dell'oggetto corrisponderebbe all'affermazione del ricorrente intesa come valutazione della conformità o meno della realtà di fatto nei confronti della volontà di legge<sup>241</sup>.

A parte il rilievo relativo all'eccessivo formalismo che il concetto di affermazione porta con sé<sup>242</sup>, si è affermato che se si sostiene che il processo amministrativo si svolge per l'accertamento della qualificazione di legittimità (o illegittimità) dell'atto impugnato, non si evita di riportare il nostro processo agli schemi consueti della giurisdizione di diritto obiettivo<sup>243</sup>, al modello costruttivo di un processo che si svolge per la tutela di un interesse obiettivo, dell'interesse alla legittimità degli atti amministrativi<sup>244</sup>.

Per superare queste difficoltà, nell'intento di conciliare la conclusione che la giurisdizione amministrativa sia predisposta alla tutela di situazioni soggettive dei ricorrenti e quella che identifica l'oggetto del giudizio con l'affermazione dell'illegittimità del procedimento impugnato, si è sostenuto che l'affermazione dell'illegittimità dell'atto non è in contrasto con la definizione della giurisdizione amministrativa come di diritto oggettivo, perchè sussisterebbe la possibilità di configurare unitariamente l'oggetto del processo, potendosi ritenere ricompresa la controversia relativa alla lesione dell'interesse legittimo del ricorrente in quella della legittimità dell'atto<sup>245</sup>.

La lesione dell'interesse legittimo e l'illegittimità dell'atto vengono rappresentati non come fenomeni che si pongono in rapporto di causa-effetto, come piuttosto come due distinti effetti di un'unica causa<sup>246</sup>.

Questa tesi, secondo la quale ad ogni atto illegittimo corrisponde la lesione di un interesse legittimo, muove dal presupposto che il processo nasce perchè un provvedimento autoritativo ha causato la lesione dell'interesse legittimo di un privato, per cui non vi

---

240 Cfr. R. Villata, *L'esecuzione cit.*, 297; A.M. Sandulli, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato cit.*; E. Guicciardi, *La giustizia cit.*, 72; A. Romano, *La pregiudizialità cit.*, 258 ss.; F. Benvenuti, *Istruzione cit.*, 50. Per l'ultimo autore citato, l'affermazione "appare come l'affermazione di una violazione di una norma (giuridica o di opportunità) commessa mediante un atto amministrativo...come "rappresentazione" di una realtà di fatto e insieme come "valutazione" circa la sua disformità dalla previsione normativa che la concerne".

241 F. Benvenuti, *op. cit.*, 64.

242 Cfr. A. Romano, *op. cit.*, 253 e ss..

243 Infatti, criticamente, A. Piras, *op. cit.*, vol. I, 16 ss.; sulla stessa linea, F. Satta, *Ultime tendenze nella teoria dell'azione, Teoria e pratica*, 229 e ss, secondo il quale l'idea che si abbia una giurisdizione di diritto obiettivo con riduzione del cittadino ad un organo della p.a. è una mera formula, in quanto la tutela della legge non potrebbe essere affidata al cittadino in quanto titolare dell'azione perchè ciò costituirebbe una vera contraddizione nei termini.

244 Così, A. Piras, *Interesse legittimo cit.*, vol I, 16-17, in nota.

245 Per la definizione del giudizio amministrativo come giudizio sull'atto e giudizio di tutela di posizioni giuridiche soggettive, cfr. R. Villata, *op. cit.*, 513 e ss., in part. 526.

246 Cfr. A. Romano, *La pregiudizialità cit.*, 261.

sarebbe differenza tra affermare che il provvedimento sta al centro del processo e affermare che il giudizio si svolge per la tutela dell'interesse del ricorrente.

Su questo presupposto, che assume una relazione di sostanziale coincidenza tra lesione dell'interesse legittimo e illegittimità<sup>247</sup>, si propone una ricostruzione in termini unitari dell'oggetto del processo come affermazione dell'illegittimità dell'atto che pregiudica un interesse legittimo.

Questa definizione dell'oggetto del processo non implica peraltro la necessità di effettuare un duplice accertamento (della lesione dell'interesse legittimo, da un lato, e della sua ascrivibilità ad un provvedimento invalido, dall'altro), data l'“*indissolubilità dei due oggetti di accertamento o, meglio, dei due aspetti dell'(unico) accertamento, nel senso che il giudizio li investe entrambi unitariamente*”<sup>248</sup>.

Nè rileva l'obiezione secondo cui la questione della legittimità dell'atto impugnato non coinciderebbe con il problema degli effetti da esso provocati sulla sfera sostanziale del cittadino<sup>249</sup>; come correttamente si è rilevato non esiste altra forma di mancato soddisfacimento dell'interesse legittimo al di fuori della sua lesione ad opera di un atto amministrativo illegittimo, emesso cioè in violazione delle norme che, regolando il corretto esercizio del potere, tutelano l'interesse legittimo<sup>250</sup>.

### 3. La teoria del giudizio sul rapporto

La teoria dell'oggetto del processo amministrativo come rapporto giuridico tra privati e Pubblica Amministrazione rappresenta una costruzione di grande complessità ed assai pregevole per la coerenza ed il grado di approfondimento che la contraddistinguono<sup>251</sup>.

Il presupposto da cui muove è che il processo e l'accertamento giurisdizionale abbiano oggetti diversi: il primo, l'affermazione di una pretesa diretta a fondare la richiesta

---

247 Un interesse legittimo non può dirsi leso se non vi sia un vizio di legittimità ed un vizio non ha rilievo ove non attenga ad un agire dell'amministrazione che possa dirsi causativo di un interesse legittimo: cfr. L. Mazarroli, *op. cit.*, 473; in senso conforme, R. Villata, *op. cit.*, 526; B. Sassani, *Impugnativa dell'atto cit.*, il quale sottolinea come l'azione di impugnativa sia da considerare quale rimedio naturale alle situazioni di anti-giuridicità originate da eventi riconducibili alla categoria dell'atto giuridico.

248 Cfr. A.M. Sandulli, *Il giudizio cit.*, 52 e ss, R. Villata, *L'esecuzione cit.*, 526.

249 Potendo non esservi lesione anche se l'atto è illegittimo e esserci lesione anche se l'atto è legittimo: cfr. A. Romano, *La pregiudizialità op. cit.*, 261.

250 Cfr. R. Villata, *op. cit.*, 533. L'interesse legittimo del cittadino sarebbe sempre soddisfatto dal processo amministrativo anche laddove si ravvisasse la possibilità di rinnovare l'atto rimosso mediante un corretto esercizio del potere, non potendosi ritenere valida l'affermazione che l'annullamento dell'atto non soddisfa sempre l'interesse del ricorrente.

251 Per la ricostruzione più completa del giudizio amministrativo come giudizio sul rapporto: cfr. A. Piras, *L'interesse legittimo*, vol. I, 125 e ss.; F. Scoca, *Il silenzio cit.*, 242; P. Stella Richter, *L'inoppugnabilità*, 122 e ss.; Berti, *Connessione*, pg. 23 e ss.

d'annullamento dell'atto impugnato<sup>252</sup> e il secondo, il rapporto amministrativo<sup>253</sup>.

A prescindere dal pregiudizio che questa distinzione può recare alla stessa validità dommatica della nozione di oggetto del processo, la teoria in esame si contraddistingue per l'identificazione dell'oggetto dell'accertamento con il rapporto giuridico amministrativo.

In nome dell'esigenza di realizzare la stabilità del rapporto e la definitiva attribuzione del bene della vita alla parte vittoriosa in giudizio, al giudice viene riconosciuta una cognizione estesa a tutti gli elementi del rapporto intercorrente tra situazione di potere della p.a. e situazione di interesse del privato.

Le conseguenze che si fanno derivare da questa premessa sono di grande rilievo: anzitutto, l'applicazione del principio del dedotto e del deducibile, tanto nei confronti del ricorrente quanto nei confronti della p.a., cui rimane preclusa l'emanazione di un nuovo atto con lo stesso contenuto di quello annullato<sup>254</sup>; in secondo luogo, l'attribuzione all'amministrazione di un ruolo attivo nei confronti del proprio atto, con possibilità per la stessa di integrare la motivazione dell'atto nel corso del giudizio fino al momento dell'emanazione della sentenza di accoglimento, attesa la non modificabilità del rapporto una volta concluso il giudizio anche dove emerga l'interesse pubblico ad una nuova esplicazione del potere esercitato dalla P.A.<sup>255</sup>.

La ricostruzione in esame ha suscitato le critiche della dottrina tradizionale che l'ha contestata per il suo distacco dal dato normativo<sup>256</sup> e dalla tradizione giurisprudenziale del Consiglio di Stato che ha sempre individuato detto oggetto nella legittimità di un atto amministrativo.

Per difenderne la validità, utilizzando il raffronto con la teoria di Capaccioli<sup>257</sup> si è affermato che tra l'accertamento sull'atto (e l'esclusione del giudicato) e l'accertamento sul

---

252 Cfr. A. Piras, *op. cit.*, vol. I, 304.

253 Cfr. A. Piras, *op. cit.*, vol. II, 37.

254 Cfr. A. Piras, *op. cit.*, vol. II, 581 e ss.; e per la sua analisi, M. Clarich, *Il Giudicato e potere amministrativo cit.*, 88 e ss..

255 Critico nei confronti di questa conseguenza della teoria di Piras è L. Mazzaroli, *Il processo amministrativo di parti cit.*, 467.

256 La normativa processualistica pone infatti sempre l'atto al centro della pronuncia cassatoria del giudice amministrativo. In senso contrario si afferma che con l'art. 45 TU Consiglio di Stato e le altre norme il legislatore abbia voluto prendere in considerazione solo l'ipotesi normale, senza peraltro stabilire il principio che il processo amministrativo abbia come ineliminabile presupposto l'impugnazione di un provvedimento viziato: cfr. A. Piras, *op. cit.*, 520; ciò non escluderebbe tuttavia, secondo diversa opinione, che quando il processo è rivolto contro un provvedimento sia quest'ultimo l'oggetto del processo: così R. Villata, *L'esecuzione cit.*, 507.

257 Questo autore propone di assimilare la struttura del processo amministrativo a quella di un procedimento di controllo, giungendo fino ad escludere l'applicabilità della nozione di giudicato in senso sostanziale alla sentenza amministrativa, alla quale riconosce per contro effetto preclusivo, variabile a seconda dei vizi riconosciuti esistenti e della loro diversità, e scaturente da una più complessa fattispecie in cui la sentenza sarebbe rilevante solo sul piano di fatto (avvicinandosi così all'opinione sostenuta da F. Benvenuti, *Giudicato cit.*, 89 e ss.).

rapporto (e l'ammissione del giudicato) vi è una relazione di reciproca esclusività<sup>258</sup>, ma l'affermazione non supera l'obiezione secondo la quale, se il rapporto viene conosciuto dal giudice amministrativo solo attraverso lo schema dell'atto oggetto del giudizio, non viene meno il vincolo susseguente in capo all'amministrazione e quindi il giudicato.

### *3.2. Analisi della relazione tra amministrazione e cittadino alla luce dei canoni della teoria generale*

Abbandonato il raffronto con la prospettiva di Capaccioli, gli studi successivi sul rapporto giuridico intercorrente tra privato e p.a. si sono indirizzati a riconoscere alla sentenza amministrativa un'efficacia vincolante sui comportamenti delle parti<sup>259</sup>.

Se si pensa al rapporto giuridico semplicemente come vincolo tra due soggetti, non sarebbe difficile estendere il concetto in parola anche alla relazione che intercorre tra potere pubblico e interesse legittimo implicato nell'esplicazione di detto potere.

A rendere complesso il rapporto tra p.a. e cittadino contribuisce, tuttavia, la peculiare funzionalizzazione dell'agire della p.a. alla cura dell'interesse pubblico<sup>260</sup>.

Dall'analisi della relazione tra p.a. e cittadino secondo canoni offerti dalla teoria generale sulla classificazione delle figure giuridiche soggettive di doverosità<sup>261</sup>, matura il convincimento che l'azione amministrativa sia svincolata da uno specifico rapporto con il privato, il quale, essendo del tutto inesistente, non potrebbe neppure costituire oggetto di accertamento giudiziale<sup>262</sup>.

Anzitutto va rilevato che il potere in sé non può entrare nel lato attivo del rapporto perchè, più che essere una figura giuridica soggettiva, esso costituisce il possibile contenuto

---

258 Cfr. M. Giannini-A. Piras, voce *Giurisdizione amministrativa*, Enc. dir., XIX, Milano, 1970, 255-256.

Secondo questi autori, o si ritiene che l'accertamento investa l'atto e allora si esclude che si possa parlare di giudicato come accertamento che vincoli l'amministrazione nell'emanazione di un nuovo provvedimento; oppure si ritiene che questo vincolo sia essenziale all'idea di tutela giurisdizionale e allora occorrerà riconoscere che esso non abbia riguardo all'atto ma al rapporto.

259 Intesa nel senso di capacità di stabilire obblighi, limiti alla potestà discrezionale dell'amministrazione, facoltà e aree di libertà del privato: cfr. B. Sassani, *Impugnativa dell'atto e accertamento del rapporto*, Padova, 1989, 67.

260 *Contra*, a favore della "normalità" del rapporto giuridico tra p.a. e cittadino, cfr. G. Greco, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano 1980, 154 e ss., secondo cui in tanto esiste un rapporto giuridico in quanto vi siano più soggetti dell'ordinamento i cui rapporti debbano essere regolamentati.

Tra privato ed amministrazione si instaurerebbe un normale "rapporto relazionale" tra due soggetti dell'ordinamento, che si comportano ciascuno secondo proprie regole che ne disciplinano l'attività ed il reciproco interagire (cfr. E.G. Gallo, *Il giudizio amministrativo cit.*, 242).

261 Cfr. F. Volpe, *Norme di azione e norme di relazione ed il sistema italiano di giustizia amministrativa*, Padova 2004, 207 e ss.

262 Così F. Volpe. *op. ult. cit.*, 216.

di figure giuridiche soggettive, per cui si deve riferire il concetto di rapporto alla figura soggettiva che assume il potere a proprio contenuto, ovvero ad una situazione di doverosità.

Vi sono tuttavia ostacoli anche alla configurabilità del rapporto tra amministrazione e privato in termini di credito-obbligo, non essendo condivisibile la tesi che qualifica l'interesse legittimo come una sorta di “*diritto di credito compenetrato in una forma di soggezione agli effetti del provvedimento*”<sup>263</sup>.

Come si è rilevato, nell'interesse legittimo esiste un profilo di “spettanza ex post”, ossia una spettanza la quale “non forma il contenuto di una obbligazione che a priori stringe due soggetti, bensì il *risultato* dell'esercizio legittimo del potere, il quale la definisce”, in quanto la legge non impone all'amministrazione un obbligo corrispondente alla pretesa del soggetto, ma le impone di esercitare in maniera legittima il potere, il cui svolgimento genera ex post una spettanza<sup>264</sup>.

Si è evocato al riguardo il modello della responsabilità contrattuale riferibile al quadro di rapporti obbligatori, il che se non stonava con i caratteri generali della giurisdizione del giudice ordinario, non pare coerente con i caratteri della giurisdizione amministrativa, nel cui ambito, come si è osservato, l'introduzione di una cognizione su rapporti obbligatori rappresenterebbe una incongruacomplicazione ed inoltre una ragione di illegittimità costituzionale<sup>265</sup>.

Pare dunque difficile inquadrare la posizione della p.a. nella categoria di

---

263 Cfr. L. Iannotta, *Atti non autoritativi ed interessi legittimi. Il sindacato sul comportamento della pubblica amministrazione nella giurisdizione sul pubblico impiego*, 219 ss. e dello stesso autore *Motivi di ricorso e tipologia degli interessi nel processo amministrativo*, Napoli 1989.

Questo autore muove dal presupposto che dal potere non si può pretendere per definizione direttamente un facere determinato, perchè altrimenti non sarebbe più potere ma obbligo. Peraltro, l'autore ritiene che nell'ambito del potere possano essere individuate due componenti, il potere in senso stretto e il dovere che non può essere rivolto esclusivamente verso l'interesse pubblico ma anche direttamente verso gli interessi dei privati; cosicchè il titolare del potere avrebbe nei confronti dei soggetti un obbligo specifico che per la ricorrenza della componente potere è di completa presa in considerazione degli interessi in funzione della realizzazione degli stessi.

264 In questi termini, G. Falcon, *La responsabilità dell'Amministrazione e il potere amministrativo*, in *Dir. proc. amm.* 2009, 241 e ss. che esclude si possa riconoscere “la natura di rapporto obbligatorio” al collegamento tra comportamenti dell'amministrazione e quelli dei privati.

Si potrebbe obiettare che la condizione della p.a., che si deve comportare in un certo modo nei confronti di chiunque si trovi in una data situazione, sia quella specifica di tutte le obbligazione ex lege; tuttavia l'autore citata replica nel senso che il significato del dovere della p.a. non consisterebbe nella costituzione di una specifica relazione tra essa ed il suo interlocutore, in quanto il trovarsi dell'interlocutore in quella determinata situazione costituisce soltanto un elemento di identificazione del destinatario del dovere: così G. Falcon, *La responsabilità cit.*, 250; nel senso che il procedimento non genera mai un obbligo specifico tra le parti, vd. anche F. Santoro Passarelli, *Intervento*, in *Atti del convegno nazionale sull'ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi*, 1965.

Il riferimento a situazioni obbligatorie di diritto pubblico si rinviene invece nell'elaborazione di C. Castronovo, *Responsabilità civile per la pubblica amministrazione*, in *Jus*, 1998, 647 e ss.

265 Atteso che, secondo la tesi in discussione, la responsabilità della p.a. deriverebbe dalla violazione del “diritto” corrispondente dell'obbligazione rimasta inadempita, è fondato chiedersi per quale ragione la cognizione dell'inadempimento dell'obbligazione dovrebbe spettare al giudice amministrativo: così G. Falcon, *La responsabilità dell'Amministrazione cit.*, 259.

obbligazione civilisticamente intesa, non solo per la mancanza di distacco tra interesse tutelato e titolarità della posizione obbligatoria<sup>266</sup>, ma anche per la compresenza, configurabile in capo allo stesso soggetto privato, di due qualificazioni apparentemente inconciliabili, una attiva, quella relativa alla titolarità di un diritto di credito ed una passiva, quella della soggezione.

Parimenti, dal lato passivo del rapporto, si è negata la sussistenza in capo al privato di una posizione giuridica soggettiva di interesse legittimo da porre in contrapposizione alle figure di doverosità dell'Amministrazione<sup>267</sup>.

In merito alla configurabilità dell'interesse legittimo come un diritto di credito in capo al privato, i dubbi riguardano l'applicabilità della disciplina civilistica, alla quale ostano ragioni come la specialità dell'obbligo provvedimentoale<sup>268</sup>, la natura funzionale dei poteri provvedimentali, la difficoltà di sussumere in termini di patrimonialità la prestazione collegata all'emanazione di un provvedimento amministrativo<sup>269</sup>, e la stessa identificazione tra il soggetto destinatario degli atti con cui si esprime l'esercizio del potere amministrativo e lo stesso ipotetico creditore<sup>270</sup>.

Queste difficoltà hanno spinto la dottrina verso altre possibili soluzioni definitorie: si pensi alla proposta di costruire una nuova figura giuridica soggettiva obbligatoria

---

266 Tant'è vero che la prestazione della p.a. non è finalizzata alla soddisfazione della sola pretesa del privato, ma alla contestuale soddisfazione dell'interesse pubblico e di quello privato intesi nella loro compenetrazione come fine unitario dell'azione amministrativa.

267 Sull'impossibilità di ricondurre l'interesse legittimo ad una figura giuridica unitaria: cfr. C. Cacciavillani, *Giudizio amministrativo di legittimità e tutele cautelari*, Padova 2002, 1219; F. Benvenuti, *Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo*, 232, V. Domenichelli, *Giurisdizione esclusiva op. cit.*, 197 e ss.; P. Stella Richter, *L'aspettativa di provvedimento*, in Riv. trim. dir. pubbl. 1981, 23 e ss.; M. Nigro, *Giustizia amministrativa cit.*, il quale parla di natura non omogenea e di multiformità ed elasticità dell'interesse legittimo.

268 Cfr. D. Vaiano, *Pretese al provvedimento e processo amministrativo*, Milano 2002, 246 e ss..

269 Per la distinzione tra obbligo e obbligazione fondata sul requisito della patrimonialità: cfr. M. Giannini, *Le obbligazioni pubbliche*, Roma, 1964, 51; invece, a favore della non essenzialità del requisito della patrimonialità del rapporto obbligatorio, cfr. M. Bianca, *L'obbligazione*, Milano 1991, 81.

Anche Falcone esclude che i comportamenti cui la p.a. è tenuta nell'ambito del procedimento possano inquadarsi nel classico modello dell'obbligazione, in quanto essi non sarebbero di per sé suscettibili di valutazione economica (*La responsabilità dell'amministrazione cit.*, 250).

270 Secondo un indirizzo dottrinale, tuttavia, l'interesse legittimo va distinto dal diritto di credito vero e proprio per cui non avrebbe senso parlare di incompatibilità tra credito (figura giuridica sicuramente vantaggiosa) e soggezione (figura giuridica non necessariamente vantaggiosa che dipende dagli effetti del potere esercitato).

Secondo questa tesi infatti al diritto di credito si contrappone solo ad un mero obbligo, mentre con riguardo all'interesse legittimo, accanto all'obbligo, vi sarebbe anche il potere cui corrisponde la soggezione: cfr. L. Iannotta, *Atti non autoritativi ed interessi legittimi cit.*, 228; di incompatibilità solo apparente parla altresì F. Volpe, *op. ult. cit.*, 274, secondo il quale nell'ipotesi di provvedimenti diminutivi della sfera giuridica del cittadino l'ipotizzato diritto di credito, essendo diretto ad evitare che gli effetti dell'atto si producano, avrebbe ragione di sussistere proprio solo in quanto coesista la soggezione agli effetti del provvedimento le cui conseguenze si vuole limitare o non appesantire.

qualificabile alla stregua di “atipica pretesa di provvedimento favorevole”<sup>271</sup>, nel contesto di un rapporto paritario con la p.a. “nel quale all'interesse fatto valere da colui che richiede l'adempimento a proprio favore di competenze amministrative viene riconosciuto il ruolo di componente essenziale dello stesso interesse pubblico”<sup>272</sup>. A fondamento di questa costruzione vi è l'idea di un necessario temperamento tra l'interesse privato, non concepibile come distinto dall'interesse pubblico, e l'interesse pubblico affidato alla cura dell'Amministrazione e protetto attraverso l'interesse legittimo anche contro l'interesse personale dell'Amministrazione se ciò corrisponde al superiore interesse al buon funzionamento dell'amministrazione<sup>273, 274</sup>.

A tali considerazioni si aggiunga, infine, il rilievo che nel diritto amministrativo non esistono norme definibili “relazionali” nel senso di norme adatte a disciplinare veri e propri rapporti giuridici<sup>275</sup>: solo in presenza di norme di azione costitutive di obblighi

---

271 Questa pretesa si caratterizzerebbe per il venir meno di quella posizione di istituzionale soggezione al potere di provvedere, per il suo riferirsi direttamente al bene della vita e per il suo porsi di correlazione con un dovere di rendere una prestazione che sia specificamente destinata a dare un vantaggio al titolare della pretesa; cfr. D. Vaiano, *op. cit.*, 246 e ss.; nello stesso senso, Cons. Stato sez. V, 8 luglio 2002 n. 3797.

272 Cfr. D. Vaiano, *La pretesa del provvedimento*, 251; R. Tassone, *I problemi di un problema. Spunti in materia di risarcibilità degli interessi legittimi diritto amministrativo*, 1997, 67 e ss..

Cfr. F. Benvenuti, *Per un diritto amministrativo paritario cit.*: “L'evoluzione della costituzione materiale, nel contrasto di norme legislative ordinarie che spesso si rifanno a concezioni autoritarie e centraliste, indubbiamente spinge, come dato della coscienza sociale, verso un riconoscimento al cittadino di una posizione di paritarietà nei confronti dell'amministrazione”.

In ordine al passaggio dal primato dell'autorità al primato del consenso, cfr. P. De Lise, “Lo statuto del provvedimento amministrativo”, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

273 Cfr. R. Tassone, *op. cit.*, 69 e ss..

Ed invero l'idea della contestualità della tutela di due interessi contrapposti, pubblico e privato, non è nuova negli studi di diritto amministrativo: si pensi al dibattito intorno al concetto di funzione o di discrezionalità amministrativa (cfr. M. Giannini, *Il potere discrezionale delle pubbliche amministrazioni*, Milano 1939); si pensi ancora all'importanza dell'obbligo di motivazione del provvedimento che deve dar conto sia del temperamento dei due interessi contrapposti sia dell'eventuale preferenza accordata all'uno oppure all'altro ed alle ricostruzioni; si pensi infine, allo stesso concetto di interesse legittimo, a cui la giurisprudenza ascrive la definizione di sintesi di un interesse pubblico e di un interesse privato o di compromesso solidaristico tra le esigenze collettive di cui è portatrice ex art. 97 e 98 cost. la P.a. e la pretesa del privato di vedere preservati i suoi beni giuridici che preesistono all'attività pubblica ovvero nel corso di questa si profilino” (Cfr. Cons. St. ad plen., 22 ottobre 2007, 12); per una critica al concetto di compromesso solidaristico, che viene definito “demolizione del principio della divisione dei poteri” ossia come l'espressione di una prospettiva di un giudizio che esprime un sindacato esteso fino al merito: cfr. F. Volpe, *Pregiudizialità amministrativa alla luce del principio di consequenzialità e del principio di eventualità*, *Foro amm. (Cons. st.)* 2008, 1934 e ss.

274 Si tratta a nostro avviso di una costruzione apprezzabile anche in relazione alla ricerca di una adeguata giustificazione alla proponibilità da parte del cittadino delle domande risarcitorie, ma che presenta profili di indubbio incertezza.

Si è in particolare affermato che, nell'ottica in esame, la tutela risarcitoria verrebbe ad assumere, oltre alla funzione reintegrativa della lesione subita dal privato, anche una funzione essenzialmente pubblica di riparazione della lesione arrecata dalla p.a. all'ordinamento con il suo comportamento ex lege (cfr. F. Volpe, *op. cit.*, 295). Ma, a ben vedere, la funzione riparatoria della tutela risarcitoria, rivolgendosi a favore degli interessi sostanziali del soggetto privatistico, va a beneficio anche dell'ordine giuridico leso dall'azione amministrativa illegittima, quello che più sopra si è chiamato l'interesse pubblico al rispetto della legalità.

275 Tali non sarebbero né le norme di relazione (che sono norme di carattere a-valutativo), né le norme di azione costitutive di doveri provvedimentali, ma solo le norme di azione costitutive di obblighi

provvedimentali, si può ammettere che l'oggetto del giudizio amministrativo cada sull'accertamento di un rapporto giuridico, sul rilievo che il collegamento tra la violazione di detto obbligo e la lesione di una figura giuridica sostanziale del privato vada inquadrato come vero e proprio rapporto di credito.

Tale ultimo rilievo richiede tuttavia una precisazione perchè la conclusione positiva impone di procedere ad un'operazione discrezionale con riguardo sia alle norme (a seconda che esse disciplinino l'attività dell'amministrazione in sé oppure il rapporto giuridico che l'Autorità intrattiene con il cittadino), sia alla figura dell'interesse legittimo (la cui natura viene sdoppiata, a seconda dei casi, in figura sostanziale assimilabile ad un vero e proprio diritto di credito direttamente tutelato oppure in figura giuridica processuale intesa come interesse solo occasionalmente protetto), con il rischio di relativizzare concetti generali, come quello di interesse legittimo, la cui configurazione andrebbe invece ricercata in un'ottica unitaria.

Tra le problematiche della tesi del giudizio sul rapporto, vi è infine l'incertezza di quale rapporto assumere come oggetto dell'accertamento giudiziale: se il rapporto creato dalla sentenza, come sostengono i suoi sostenitori, oppure quello inciso dal provvedimento di cui si chiede la rimozione con il ricorso al giudice amministrativo.

La prima ipotesi presuppone l'accettazione dell'idea che fa discendere il valore costitutivo del rapporto dall'accertamento operato dal giudice<sup>276</sup>, anziché dalla volontà della legge.

Premesso che di accertamento del rapporto si può discutere soltanto se esso sia stato dedotto in negativo in termini di vizi sostanziali dell'atto impugnato e nella misura in cui sui medesimi vizi si sia soffermato in concreto l'accertamento del giudice<sup>277</sup>, qualora si accettasse di identificare l'oggetto del giudizio col rapporto creato con la sentenza, si dovrebbe convenire sul fatto che gli effetti prodotti dalla sentenza, su cui si forma il giudicato, essendo quelli del provvedimento (in caso di rigetto del ricorso) e quelli

---

provvedimentali

Si pensi agli obblighi che derivano dagli accordi procedurali, all'obbligo di concludere il procedimento ed alla posizione del cittadino che abbia esperito l'azione di ottemperanza.

<sup>276</sup> La tesi, secondo cui sarebbe la sentenza costitutiva a causare l'effetto giuridico fissando questo per il futuro in modo incontestabile, è seguita da autori come M. Giannini e A. Piras, in *Giurisprudenza amministrativa cit.*, 254 e ss., B. Sassani, *Dal controllo del potere all'attuazione del rapporto*, 48 e ss..

In senso contrario, C. Consolo, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo*, Riv. trim. dir. proc. civ. 1991, 215 e ss.; A. Attardi, *In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata*, in *Studi in memoria di Cerino Canova*, pg. 349; M. Clarich, *op. ult. cit.*, 75; A. Cerini Canova, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto cit.*

<sup>277</sup> Così G. Greco, *op. cit.*, 180. Il rapporto viene cioè conosciuto nei limiti in cui è interessato dai vizi dell'atto e attraverso la configurazione che ne dà il ricorrente: in questi termini, F. Benvenuti, *Giudicato cit.*, 899; L. Mazarroli, *Processo amministrativo come processo di parti e l'oggetto del giudizio*, in *Dir. proc. amm.* n.3/1997, 463 e ss.

dell'annullamento giudiziale (nel caso di accoglimento del ricorso) potrebbero tradursi solo in figure di diritto soggettivo e mai di interesse legittimo, atteso che l'attività amministrativa si è ormai conclusa<sup>278</sup>.

### 3.3. *Le criticità della tesi del giudizio sul rapporto*

E' innegabile che la tesi del giudizio sul rapporto muova da un'esigenza di fondo apprezzabile: quella di estendere gli effetti della sentenza e del giudicato che, se limitati alla mera eliminazione dell'atto impugnato ed annullato, sarebbero di poca soddisfazione per il privato, dal punto di vista della non reiterabilità per il futuro del suddetto provvedimento<sup>279</sup>.

A tal fine, il giudizio amministrativo viene ricondotto nel più ampio genus dei giudizi di accertamento costitutivo<sup>280</sup> e si individua l'oggetto dell'accertamento (e quindi di giudicato) nell'assetto degli interessi conseguente all'effetto costitutivo, determinatosi automaticamente, alla ricorrenza dei suoi presupposti<sup>281</sup>: il giudice amministrativo viene investito del ruolo di individuare l'assetto definitivo che per legge il rapporto avrebbe dovuto assumere, così da vincolare l'Amministrazione ad assumere tutti i comportamenti positivi o negativi che l'accertamento impone.

Questo tentativo di inquadrare l'accertamento del rapporto amministrativo nel giudizio di annullamento può essere però criticato come una forzatura della struttura del medesimo giudizio<sup>282</sup>.

Desta perplessità anche l'utilizzo di strumenti interpretativi privi di un solido fondamento normativo: ossia, la presunzione secondo la quale il giudicato coprirebbe il dedotto ed il deducibile rispetto al rapporto<sup>283</sup>, e l'altra presunzione, secondo cui il giudice amministrativo accerta in via prioritaria la sussistenza dei vizi sostanziali e solo in via

---

278 Così, F. Volpe, *op. cit.*, 219.

279 Cfr. così M. Giannin-A. Piras, *Giurisdizione amministrativa cit.*, 255.

280 Sui profili generali di questo genere di giudizi, si veda C. Ferri, *Profili dell'accertamento costitutivo cit.*

281 Cfr. A. Piras, *Interesse legittimo cit.*, 169 e ss.

In tal maniera soltanto il titolare dell'interesse legittimo statico si vedrebbe garantita la non reiterabilità del provvedimento impugnato, mentre il titolare dell'interesse dinamico non ricaverebbe alcuna soddisfazione dall'annullamento dell'atto.

Per tale ragione, si propone di porre al centro dell'accertamento non il rapporto "modificato", ma quello sussistente prima dell'emissione del provvedimento amministrativo, perchè solo in tal maniera l'accertamento mediante l'introduzione di nuove qualificazioni giuridiche del rapporto può consentire una più ampia tutela anche degli interessi legittimi dinamici.

282 Cfr. G. Greco, *op. cit.*, 179 e ss.. A differenza dell'azione di adempimento dell'ordinamento tedesco, nel giudizio di annullamento previsto dal nostro ordinamento il rapporto amministrativo entra a far parte dell'accertamento operato dal giudice solo se è possibile dedurlo in negativo in termini di vizi sostanziali dell'atto impugnato e solo se sui vizi dedotti si sofferma in concreto l'accertamento del giudice.

283 Cfr. A. Piras, *op. cit.*; in senso contrario, R. Villata, *op. cit.*, 509 e ss.

subordinata i vizi formali, il cui accertamento implica comunque l'accertamento del rapporto in senso favorevole all'Amministrazione.

A parte la maggiore difficoltà di difesa in giudizio che deriva a carico del ricorrente, che a causa della preclusione dell'impugnazione del nuovo atto reiterato con gli stessi vizi si vedrebbe costretto a dedurre tutti i possibili vizi sostanziali dell'atto, compresi quelli di più difficile prova in giudizio, non sembra condivisibile sul piano dell'effettività della garanzia giurisdizionale la presunzione di definitivo accertamento del rapporto amministrativo in ragione della mancata deduzione dei vizi sostanziali da parte del ricorrente, ma anche del mancato accertamento degli stessi ad opera del giudice<sup>284</sup>.

Altra criticità della tesi del giudizio sul rapporto si manifesta in tema di vizi formali del provvedimento.

In particolare, non sembra accettabile l'assunto secondo cui l'annullamento per vizi di forma conterrebbe sempre un accertamento definitivo del rapporto amministrativo, ovvero un accertamento sulla legittimità sostanziale del provvedimento, sia quando il ricorrente abbia dedotto vizi sostanziali sia quando il vizio formale sia l'unico motivo del ricorso<sup>285</sup>.

Questa affermazione non sembra avere validità generale, perchè non spiega tutte le ipotesi di ricorso, ed in particolare la censurabilità della violazione di norme non connesse con la specifica protezione di un interesse individuale, come quelle sulla competenza e sull'organizzazione<sup>286</sup>.

In secondo luogo, appare evidente che in caso di ricorso per vizio di forma l'organo giudicante non può accertare altro che il vizio dedotto, perchè l'eventuale indagine sul rapporto sostanziale integrerebbe una violazione del principio della corrispondenza tra chiesto e giudicato e della correlata regola del vincolo del giudice ai motivi di parte<sup>287</sup>.

Non si esclude, infine, una violazione del principio della parità delle armi tra le parti in giudizio, non essendoci ragioni per ritenere che il preteso accertamento del rapporto operi solo a favore della p.a.<sup>288</sup>: se infatti l'accertamento del rapporto sostanziale non ha costituito oggetto di domanda giudiziale e quindi di giudizio, l'effetto del giudicato non dovrebbe

---

284 Sulla prassi dell'assorbimento dei motivi: cfr. B. Cavallo, *Processo amministrativo e motivi assorbiti*, Chieti, 1975, 207.

285 Cfr. A. Piras, *op. cit. vol. II*, 452 e ss..

286 Cfr. A. Romano, *Interesse legittimo e ordinamento amministrativo*, in *Atti Convegno celebrativo del 150° anniversario della istituzione del Consiglio di Stato*, 146 e ss..

287 Cfr. M. Giannini, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in Riv. dir. proc. 1963, 52236; F. Benvenuti, *Giudicato cit.*, 899; R. Villata, *op. cit.*, 510, il quale esclude che vi sia una subordinazione logica dei vizi di forma a quelli di sostanza e che il giudice non possa mai procedere all'esame dei primi senza aver accertato la mancanza dei secondi.

288 La p.a. rimane così libera di riemanare un atto di identico contenuto sia pure emendato dai vizi formali, con pregiudizio del cittadino che rimane privo di mezzi di gravame contro l'atto medesimo: per questa critica, cfr. R. Villata, *op. cit.*, 508; A.M. Sandulli, *op. cit.*

prodursi né a favore del ricorrente nè a favore della p.a..

Nel caso di deduzione di vizi formali dell'atto, vi è uno scarto tra la materia del contendere di detto giudizio ed il conflitto sostanziale degli interessi reso più marcato a causa del mancato accertamento del rapporto sostanziale<sup>289</sup>; *de iure condendo*, si potrebbe prevedere la possibilità per le altre parti del giudizio di riportare i termini del dibattito sul piano sostanziale mediante la proposizione di ricorsi incidentali o dell'eccezione di carenza dell'interesse a ricorrere<sup>290</sup>.

Più in generale, ad una completa cognizione del rapporto tra p.a. e cittadino si potrà addivenire solo attraverso una radicale riforma del sistema di giustizia che equipari il diritto soggettivo del rapporto amministrativo al diritto soggettivo proprio del rapporto di diritto comune, e legittimi la trasformazione del potere amministrativo al “*ruolo di una pretesa collocabile sul medesimo piano di quella del privato e a questa contrapposta*”<sup>291</sup>.

Finchè ciò non avvenga, la cognizione del rapporto in giudizio potrà assumere rilevanza soltanto in via mediata, nei limiti in cui detto rapporto sia interessato dai vizi dell'atto e attraverso la configurazione che ne dia il ricorrente dal punto di vista del suo interesse<sup>292</sup>.

---

289 Cfr. G. Greco, *op. cit.*, 193; *contra* A. Piras, *op. cit.*, 454, che ritiene accertato in senso favorevole il rapporto nel caso di annullamento per vizi formali.

290 Così si introduce un giudizio preliminare non previsto dall'ordinamento. Inoltre, qualora fossero fatti valere interessi statici, sarebbe difficile dedurre la carenza di interesse perchè l'annullamento ex tunc del provvedimento ablatorio per vizi formali effettivamente esistenti garantirebbe comunque al ricorrente una utilità sostanziale. Per un'analisi del concetto di interesse a ricorrere cfr. M. Giannini, *La giustizia amministrativa, Appunti dalle lezioni*, 1959, 196-200.

Da altra prospettiva, sempre legata all'ampia concezione del giudizio sul rapporto, si è prospettato il ritorno ad un sistema analogo a quello pensato nel 1885 per disciplinare il rapporto tra p.a. e amministrati, ove la tutela giurisdizionale era ricollegata alla *spettanza* di diritti “civili e politici”.

L'indirizzo muove sulla sentenza n. 550 del 1999, con la quale la Cassazione ha preso coscienza di un dato di fatto acquisito, e cioè che l'affermazione degli interessi legittimi come situazioni giuridiche soggettive sarebbe priva di significato rispetto a quella dell'illegittimità del provvedimento, e che la categoria degli interessi legittimi si rivelerebbe unitaria solo ai fini dell'annullamento del provvedimento illegittimo, diversificandosi invece per fini diversi, ivi compreso quello dell'eventuale tutela risarcitoria.

Nell'interpretazione della Corte, incentrata sul concetto della meritevolezza di tutela dell'interesse al bene della vita, l'azione di danno si fonderebbe su un giudizio di spettanza che tuttavia male si concilia con la struttura tradizionale del giudizio sull'atto.

Nell'attuale assetto processuale, essendo raramente già definita all'esito del giudizio impugnatorio la situazione in termini di spettanza, il giudice amministrativo deve attendere l'esito ultimo dell'azione amministrativa, con conseguente allontanamento nel tempo della definizione della spettanza e della prospettiva risarcitoria; viceversa il modello della giurisdizione di spettanza consentirebbe di emanare in tempi rapidi una pronuncia sui danni che residuano dopo l'annullamento di provvedimenti illegittimi.

La trasformazione dell'oggetto del giudizio dalla legittimità dell'atto alla spettanza del provvedimento importa alcune rinunce: la rinuncia alla tradizionale concezione dell'azione di annullamento quale azione rivolta a far valere qualunque illegittimità e l'adesione ad una nuova concezione del giudizio amministrativo avente ad oggetto la fondatezza sostanziale dell'atto; e la rinuncia alla figura dell'interesse legittimo per rubricare ogni situazione soggettiva di vantaggio verso l'Amministrazione sotto la voce diritti in senso ampio, come avviene nell'ordinamento tedesco.

291 Cfr. F. Benvenuti, *Giudicato cit.*, 911.

292 Cfr. F. Benvenuti, *Giudicato cit.*, 899; E. Capaccioli, *Interessi legittimi cit.*, 84-85.

#### 4. Verso il superamento della dicotomia tra giudizio sull'atto e giudizio sul rapporto

##### 4.1. La tesi della duplicità dell'oggetto del giudizio amministrativo

Nell'ambito della ampia teorica sull'oggetto del giudizio, si riscontrano nuove tendenze che, sulla falsariga della teoria di Capaccioli, spingono verso la configurazione del giudizio amministrativo come una sorta di controllo o come tutela esclusiva dell'interesse pubblico e ripristinazione della funzione pubblica<sup>293</sup>.

L'impostazione è sempre quella tradizionale che conserva alcuni elementi del modello della giurisdizione di tipo obiettivo, ma occorre non svilire in questo modo il ruolo del privato ricorrente – che invece è libero di ricorrere e di delimitare l'oggetto dell'accertamento attraverso l'individuazione dei motivi<sup>294</sup> – o per assimilarlo a quello del pubblico ministero che agisca a tutela del solo interesse pubblico al ripristino della legalità<sup>295</sup>.

Per evitare esiti di questo tipo, si è formata una tendenza innovativa al superamento della dicotomia tra la dimensione pubblicistica e quella privatistica e, sul piano processuale, tra giudizio sull'atto e giudizio sul rapporto<sup>296</sup>.

Questa tendenza si ispira al principio costituzionale sancito dall'art. 113 cost., secondo il quale la categoria dell'illegittimità non costituisce l'unica forma di patologia dell'azione amministrativa e la potestà giurisdizionale può esplicarsi con strumenti di tutela ulteriore rispetto all'annullamento, in primis mediante la tutela risarcitoria<sup>297</sup>.

---

293 Come ad esempio l'articolo 146, comma 11 del D.lgs. 22 gennaio 2004 n. 42 che prevede la possibilità che il giudizio possa proseguire anche in mancanza o contro l'interesse dell'originario ricorrente.

294 V. Caianiello, *Manuale cit.*, 106.

295 A favore della coincidenza tra lesione dell'interesse sostanziale ed interesse a ricorrere e del legame tra quest'ultima nozione e quella di legittimazione a ricorrere: cfr. F. Volpe, *op. ult. cit.*, 234 e 246 e ss..

296 Per tale via si riesce a pervenire ad un inquadramento compiuto di figura giuridica altrimenti inspiegabile secondo la concezione tradizionale del giudizio sull'atto, come quella del silenzio-inadempimento.

L'illegittimità è una categoria predicabile solo con riguardo ad un atto, ma non riferibile ad un fatto qual'è il comportamento inerte della p.a. Non mancano però tentativi di estendere la categoria di illegittimità all'intera attività della p.a.. Si veda sul punto, F. Scoca, *Per un'amministrazione responsabile*, in Giust. cost. 1999, 4051; R. Tassone, *La responsabilità della p.a. tra provvedimento e comportamento*, in Dir. amm. 2004, 209 e ss.

297 Cfr. Corte cost. sent. n. 204 del 2004.

Non solo l'effetto dell'annullamento proviene dalla legge che lo modella diversamente a seconda del rapporto controverso, ma la stessa legge può ricollegare alla violazione delle norme dell'agire amministrativo, effetti diversi dallo stesso annullamento: cfr. A. Travi, *Lezione di diritto amministrativo*, 104 ss.; A. Pajno, *Le norme costituzionali sulla giustizia amministrativa*, Dir. proc. amm. 2002, 26 ss..

Destano invece perplessità i tentativi di estendere l'oggetto all'accertamento al di là dell'illegittimità dell'atto fino a comprendere la verifica della generica legalità del comportamento, ossia della sua conformità all'ordinamento giuridico.

La stessa tesi dell'atto amministrativo illecito non convince non solo per le difficoltà connesse alla qualificazione dei rapporti tra illiceità e illegittimità in termini di indipendenza o di presupposizione, ma per la

Di essa è espressione, oltre la tesi che individua una nuova dimensione di provvedimento sostanziale sulla base della connessione tra atti, anche la teoria della duplicità dell'oggetto dell'accertamento del giudice amministrativo<sup>298</sup>, individuato sia nella legittimità dell'atto sia nel rapporto, ma solo in negativo, nei limiti di quanto dedotto.

Le due tesi hanno un fondamento comune, rappresentato dal convincimento che non basta ammettere l'occasionalità reciproca della tutela dei due interessi, pubblico e privato<sup>299</sup> ma occorre difendere la piena complementarietà della medesima tutela.

Nell'ambito di un "rapporto paritario" tra amministrazione e cittadino l'interesse privato non viene contrapposto a quello pubblico, ma viene riconosciuto quale componente essenziale dello stesso basilare interesse pubblico che l'amministrazione deve realizzare mediante l'esercizio del potere<sup>300</sup>.

Entrambi questi interessi privato e pubblico costituiscono oggetti principali del giudizio e non sono oggetti diversi, uno strumentale e l'altro finale<sup>301</sup>; alla sentenza di accoglimento del ricorso spetta il compito di tutelarli con la stessa intensità.

#### 4.2. La connessione e la nozione del c.d. provvedimento sostanziale

Secondo un diverso approccio, si è proposto di far riferimento all'istituto della connessione oggettiva come nuova chiave di lettura per la definizione dell'oggetto del giudizio, che consente una profonda alterazione dello schema processuale ed il passaggio

---

difficoltà di riferire ad un atto una qualifica, quella appunto della illiceità, riferibile soltanto ad un fatto giuridico in senso stretto (per la dottrina più risalente: cfr. F. Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, Roma 1940).

A conferma della inconfigurabilità della categoria dell'atto amministrativo illecito vanno evidenziate altre due circostanze: in primo luogo, l'inutilità di un'operazione di pluriquificazione dei fatti giuridici volta a definire l'atto, a seconda dei casi, illegittimo (quando consiste nella violazione di un dovere in senso stretto) o illecito (quando consiste nella violazione di un obbligo giuridico); in secondo luogo, l'impossibilità di ricondurre le due categorie dell'illegittimità e dell'illiceità ad un denominatore comune.

298 Cfr. G. Greco, *L'accertamento autonomo cit.*, 181; R. Villata, *L'esecuzione cit.*, 526; P. Stella Richter, *L'aspettativa di provvedimento cit.*, 23 e ss..

299 Così F. La Valle, *L'interesse legittimo cit.* e F. Volpe, *op. ult. cit.*, 240.

300 Per l'opinione che sostiene la non subordinazione dell'interesse privato alla funzione pubblica ma la compenetrazione del primo nell'interesse pubblico: cfr. D. Vaiano, *Pretesa di provvedimento cit.*, 251, R. Tassone, voce *Situazioni giuridiche soggettive, diritto amministrativo, Enc. dir.*, 974.

A favore di una giurisdizione mista sull'atto e sul rapporto, R. Villata, *L'esecuzione cit.*, 524.

Poiché al centro del processo come suo oggetto c'è il provvedimento ciò significa, secondo l'autore citato, indirizzare il processo alla tutela dell'interesse del ricorrente: il giudizio sull'atto è, contemporaneamente, anche giudizio di tutela di posizioni giuridiche soggettive.

Si è inoltre rilevato in dottrina che il diritto civile è concepito per regolare i rapporti tra soggetti che si trovano su un piede di parità, e ad esso sfuggano i rapporti tra privati e amministrazione ove a questa è riconosciuta una posizione di autorità, rapporti che ambiscono invece ad una disciplina pubblicistica: così L. Garofalo, *La responsabilità dell'amministrazione per l'autonomia degli schemi ricostruttivi*, in *Dir. proc. amm.* 2005;

301 Cfr. M. Nigro, *L'appello cit.*, 37; P. Vipiana, *Contributo allo studio del giudicato amministrativo*, Milano 1990 256 e ss.; S. Piraino, *L'azione nel processo amministrativo*, Milano 1981, 79 e ss.; R. Villata, *L'esecuzione cit.*, 416 in nota.

dal modello di giudizio sulla validità di un atto ad un giudizio ancorato alla tutela della pretesa sostanziale dedotta in giudizio.

Nelle ipotesi di atti impugnabili congiuntamente il giudizio non si appunta più solo sul rapporto tra interesse pubblico e interesse privato, ma anche sul rapporto tra interessi pubblici ed il giudice, giudicando sulla connessione tra atti, “costruisce in realtà un giudizio completo, oppure la premessa sostanziale e non solo processuale del giudizio finale”.

Nella connessione si scorge una nuova dimensione dell'atto, colto come garanzia sostanziale della legalità dell'amministrazione, come “*figura sostanziale di atto*”, definita non tanto in base al meccanismo norma-fattispecie-effetti, ma “*in base all'unità degli effetti sostanziali che possono trarsi da una pluralità di atti formali*”<sup>302</sup>, come “*espressione di garanzia sostanziale della legalità dell'amministrazione*”.

Attraverso la connessione tra atti, ciò che emerge è l'esercizio del potere in relazione ad un insieme di interessi, nella sua complessa ma unitaria dinamica nonché una visione allargata delle nozioni classiche di causa petendi e di petitum e dello stesso oggetto del giudizio, come istituto di “ricomposizione del diritto all'interno del processo”<sup>303</sup>.

E proprio questa connessione oggettiva, intesa come collegamento tra provvedimenti amministrativi diversi, viene considerata la caratteristica naturale del processo amministrativo, che rispecchia il modo normale dell'agire amministrativo per procedimenti e operazioni complesse<sup>304</sup>.

Insieme alla sopra richiamata teoria della duplicità dell'oggetto dell'accertamento, questa costruzione ha il pregio di proporre una visione del giudizio amministrativo meno formale e più ancorata alla tutela sostanziale del ricorrente.

Essa però incontra un limite nella struttura del processo, dal quale emerge il pericolo

---

302 Cfr. G. Berti, *Connessione e giudizio amministrativo*, 19 e ss.

303 In merito alla frammentazione dell'azione processuale amministrativa, si è osservato in dottrina che è proprio la possibilità di aggredire atomisticamente l'attività amministrativa a creare problemi di connessione. Lo stesso privato che vanta un interesse iniziale a frammentare l'azione amministrativa, ha successivamente l'interesse a ricomporre l'unitarietà dell'azione e quindi l'unitarietà del processo; a ciò soccorre la connessione quale “importante istituto di transizione dal diritto al processo”: cfr. M. Romajoli, “*La connessione nel processo amministrativo*”, 2003, 79.

304 Cfr. V. Caianiello, *Diritto processuale amministrativo cit.*, 387; M. Romajoli, *op. cit.*, 52.

Alla concezione di connessione oggettiva tra atti nel processo amministrativo non è sufficiente obiettare che esiste un breve termine di decadenza per proporre ricorso e che non è consentito ad un nuovo provvedimento riaprire i termini già trascorsi, attesa la non sempre immediata lesività ed impugnabilità dei provvedimenti amministrativi (così V. Domenichelli, *Lesione differenziata e impugnazione nell'ad. pl. n. 1/83* in *Dir. proc. amm.* 1983, 472 e ss.)

Si richiama sul punto la giurisprudenza amministrativa che considera rilevante nel processo amministrativo non la connessione oggettiva come tradizionalmente intesa nel processo civile ossia come connessione per identità del titolo e/o del petitum, ma una connessione per così dire “funzionale” tra i provvedimenti impugnati, che ha riguardo all'unitarietà della lesione dell'interesse del ricorrente, senza escludere la rilevanza di una forma di connessione fattuale fondata su un legame di mero fatto tra le varie controversie, priva di un evidente legame con la realtà sostanziale (M. Romajoli, *op. cit.*, 57).

di disparità di trattamento tra le parti: infatti, ammettendo la facoltà per il ricorrente di stabilire una connessione oggettiva, l'amministrazione si troverebbe in una condizione impari quanto al giudizio sostanziale, perchè ad essa il processo dà solo la possibilità di difendere atti singolarmente presi e non più atti tra loro connessi.

Per tale ragione, al fine di garantire un contraddittorio efficace, la parte pubblica, proprio perchè opera nel giudizio come punto di imputazione della attività amministrativa e sede di confronto tra interessi pubblici, dovrebbe essere abilitata ad introdurre nel giudizio più sostanza o più materia di quanto è racchiusa nell'atto formale.

Se si aderisce a questa impostazione dottrinale, pare condivisibile la definizione del giudizio amministrativo come “punto di unione tra una realtà congegnata esclusivamente in vista del fine pubblico e una realtà congegnata anche, se non esclusivamente, per la tutela dell'interesse particolare ovvero dei destinatari dell'atto”; ossia come mezzo di qualificazione sostanziale della congiunzione del momento oggettivo (l'atto) con il momento soggettivo (interesse sostanziale del ricorrente) e quindi ambiente in cui si definisce in concreto l'oggetto della tutela<sup>305</sup>.

Nella costruzione di questa nuova figura di rapporto amministrativo che autorizza la ricerca di un unico atto sostanziale sotto la copertura formale di più provvedimenti, si stempera la distinzione tra atto e rapporto ed entra in crisi la stessa imperatività del provvedimento formale, nel senso che la pluralità degli atti arriva ad un “punto di fusione” e consente di definire nella sostanza un rapporto attuale<sup>306</sup>.

Il giudizio viene visto come la sede privilegiata per l'esame, il confronto e la sintesi tra l'interesse individuale e l'interesse pubblico; questo confronto, per essere efficace, richiede che entrambi questi interessi coesistano e si misurino alla stregua del potere e non del singolo atto formale.

Nell'ambito di questa concezione innovativa del giudizio, inteso non come mezzo di tutela di un interesse piuttosto che di un altro, ma come strumento per la definizione del coordinamento istituzionale degli interessi pubblici, l'amministrazione diventa destinataria della sentenza non nel senso che il giudizio sia obiettivo, ma nel senso che la sentenza obbliga l'amministrazione in quanto traduce per essa una misura di organizzazione degli interessi rimasta inattuata nel corso dell'attività sostanziale<sup>307</sup>.

In caso di connessione, la pronuncia rivela il suo carattere più spiccatamente di

---

305Cfr. G. Berti, *op. cit.*, 27.

306 Solo questa pluralità di provvedimenti concepiti nel loro intreccio, e non invece il singolo atto formale, può dare la definizione completa della imperatività, come definizione del rapporto tra interesse pubblico e quello particolare: G. Berti, *op. cit.*, 57.

307 Cfr. Berti., *op. cit.*, 78.

accertamento e non costitutivo, anche se i risultati conseguibili tramite essa sono due: l'annullamento dell'atto e l'accertamento del rapporto.

Accertare la connessione tra atti significa accertare il rapporto tra l'interesse pubblico, (fisso) definito dalla p.a. nell'atto e interesse individuale (mobile) definito dal ricorrente per il giudizio, e rispetto a questo rapporto il problema di validità finisce con l'essere successivo e consequenziale, fornendo le regole del rapporto stesso.

Si evidenzia così la differenza tra i rapporti privatistici, dove la protezione di un interesse comporta la negazione di un altro interesse secondo la logica del diritto soggettivo, ed il campo del diritto amministrativo dove la tutela contemporanea di due interessi si risolve nella ricerca del coordinamento.

Secondo questa ricostruzione, il giudizio amministrativo non dovrebbe limitarsi al problema di validità formale di un atto, perchè se così fosse non avrebbe come presupposto un vero conflitto di interessi, ma un conflitto di opinioni<sup>308</sup>, configurandosi non come un vero giudizio, ma come un processo senza lite effettiva che nasconde una controversia di "comune interesse", secondo la concezione antica del giudizio amministrativo non vertente su rapporti tra interessi, ma solo sull'interesse pubblico<sup>309</sup>.

Il vero provvedimento cui si lega la tutela dell'interesse legittimo e che costituisce l'oggetto del giudizio viene dunque individuato nel provvedimento sostanziale, corrispondente alla procedura amministrativa intesa come funzione, ossia come contenitore di rapporto tra interessi.

La connessione assume valore processuale, fornendo il limite della facoltà del ricorrente di istituire un giudizio in ordine a più atti, in quanto ad essi si faccia risalire l'effetto lesivo attuale.

#### *4.3. Connessione, principio dell'economia processuale e rapporto tra potere del parte e dovere decisorio del giudice*

La connessione, come mezzo naturale del giudizio amministrativo, rappresenta uno strumento necessario per costruire l'oggetto formale e sostanziale dell'accertamento ad opera del giudice e l'importanza del tema si evidenzia anche a proposito del rapporto tra potere delle parti e dovere del giudice.

Dal dominio delle parti in tema di oggetto del giudizio discende direttamente il

---

308 Cfr. Berti, *op. cit.*, 118.

309Cfr. S. Spaventa, *Giustizia nell'amministrazione*, Torino 1949, 55 ss.

dominio della parte anche in ordine all'attribuzione di rilevanza giuridica alla connessione<sup>310</sup>, ma accanto ad esso va considerato il potere del giudice di identificare le ipotesi di connessione e di identificare l'oggetto del giudizio<sup>311</sup>.

Grazie alla connessione, la ricerca sul tema dell'oggetto del processo non si muove più secondo la direttrice del confronto tra giudizio sull'atto/giudizio sul rapporto, ma nella direzione dell'alternativa (ma si dovrebbe trattare piuttosto di un rapporto di correlazione improntato alla “*logica collaborativa*”) tra potere della parte e dovere decisorio del giudice nell'individuazione della materia del contendere<sup>312</sup>.

Costituisce una importante premessa la ricostruzione della correlazione tra iniziativa delle parti e dovere decisorio del giudice alla luce di un principio generale di collaborazione, ai fini del raggiungimento di un “utile” risultato finale.

Ciò consente di reinterpretare il ruolo del giudice nella conduzione del processo fin dal suo inizio e di precisare che la ricognizione preliminare dell'utilità strumentale del processo non mina il principio della domanda ma lo integra, proponendosi di garantire un contenuto positivo all'elemento teleologico che qualifica il rapporto tra azione e situazione sostanziale da tutelare, accertando l'idoneità del mezzo processuale prescelto<sup>313</sup>.

Secondo l'interpretazione conforme alla logica collaborativa, vi è ampio spazio per

---

310Cfr. F. Benvenuti, *L'istruzione cit.*, 34 e ss.,

311 In giurisprudenza si è affermato che al giudice amministrativo è consentito accogliere una domanda che, pur se non espressamente formulata, sia in rapporto di “necessaria connessione” con l'oggetto della lite, configurandosi come “virtualmente contenuta nella domanda dedotta in giudizio, escludendo in ipotesi il vizio di ultrapetizione: cfr. Cons. st., sez. IV, 21 agosto 2006 n. 4831.

In particolare la dottrina ha sollevato critiche nei confronti dell'eccessivo potere discrezionale dei giudici nella scelta delle ipotesi di connessione da ritenere rilevanti e della riduzione della connessione ad una pura questione di opportunità e di economia processuale (M. Romajoli, *op. cit.*, 66).

A riprova dell'ampio potere esercitato dai giudici, l'autore richiama la tendenza degli stessi giudici, di fronte ad un unico ricorso avverso atti non connessi, di temperare il divieto di cumulo oggettivo con la tendenza a ritenere ammissibile solo l'impugnativa “principale”, ossia l'impugnativa avverso l'atto maggiormente lesivo rispetto all'altro dichiarando di conseguenza irricevibile le domande cumulative non ammesse (Cons. st. sez. IV 1991 n. 284).

I giudici nella loro discrezionalità inoltre individuano in concreto le figure di connessione c.d. fattuale: domina cioè la convinzione del giudice circa l'opportunità nel caso concreto di trattare una o più cause congiuntamente.

Il divieto di cumulo viene superato in nome di esigenze di semplificazione e di economia processuale mediante la creazione nel concreto di figure estese di connessione, tant'è che il criterio di identificazione della connessione diviene la possibilità di realizzare il simultaneo processo indipendentemente dalla causa (la connessione) che possa determinarlo.

312 Per l'affermazione che tra l'iniziativa delle parti e quella del giudice esiste un rapporto di correlazione/esclusione, condizionato da fattori storici variabili, si rinvia a G. Chiovenda, *Principii cit.*, 723 e ss.

313Cfr. M. Comoglio, *Il principio di economia processuale*, Padova 1982, 137, ove si sottolinea che la dinamica dell'interesse ad agire è data dal limite esterno imposto dalla prevenzione di procedimento inutili, per cui il problema sta nel non “forzare i confini naturali della discrezionalità del giudice, mediante concessioni eccessive o restrizioni controproducenti” (*op. cit.*, 140) ; per una revisione del principio della domanda alla luce della valorizzazione dell'economia processuale: A. Proto Pisani, *Appunti sulla tutela di mero accertamento*, Riv. trim. proc. civ., 1979, 620 e ss.

utilizzare il principio di economia dei giudizio che merita di essere riconsiderato, anziché come pretesto di ingerenza nelle aree di politica processuale riservate al legislatore, alla stregua dell'esigenza di fornire al giudice un criterio flessibile capace di razionalizzare il "giudizio di utilità" in termini funzionali e di indirizzare il dovere decisorio del giudice stesso verso la definizione del processo con una pronuncia sul merito della domanda, senza preclusione di riconoscere la capacità convalidante del *factum superveniens*, quali siano i requisiti o le condizioni inizialmente mancanti<sup>314</sup>.

Il principio di economia andrebbe dunque rivisto sia nella fase istruttoria, come libertà per il giudice, in forza del principio *jura novit curia*, di graduare le questioni controversie e di abbandonare l'ordine loro assegnato dalle parti, quando non sia giustificato da esigenze di natura logica-giuridica; sia nella fase decisoria, come strumento di semplificazione dell'iter argomentativo della decisione e dovere del giudice di prendere in considerazione solo le questioni decisive ai fini dell'economia della decisione<sup>315</sup>.

Alla luce delle esigenze di economia processuale si può affermare che lo stesso principio di cui all'art. 112 c.p.c. non impone al giudice un obbligo inderogabile di esaminare e decidere espressamente tutte le domande ed eccezioni, sol perchè ritualmente proposte, né riconosce alle parti un diritto soggettivo alla pronuncia esplicita per le domande che devono intendersi assorbite.

Il problema è complesso, perchè non esiste la possibilità di stabilire una corrispondenza perfetta né tra pronuncia e motivazione implicita, né tra assorbimento ed omissione di pronuncia.

In particolare, facendo leva sull'art. 161 c.p.c., si dovrebbe ammettere che l'omissione parziale di pronuncia come vizio della sentenza, se non dedotta come motivo d'impugnazione, rimanga coperta dal giudicato; diversamente, volendo circoscrivere la forza di giudicato alle sole statuizioni decisorie, si dovrebbe concludere che, pur integrando l'omissione di pronuncia un motivo di gravame, la mancata impugnazione dia luogo non al giudicato, ma solo ad una preclusione interna che non impedisce la riproposizione delle stesse domande in un nuovo processo.

L'obiettivo della economia ultra-processuale può essere raggiunto solo stabilendo un'equivalenza tra omessa pronuncia e rigetto implicito: tuttavia, se si estende alle domande assorbite il giudicato al fine di impedire la proposizione della domanda in un nuovo processo si può, si finisce per sacrificare il diritto della parte alla pronuncia giurisdizionale.

---

314 Cfr. Comoglio, *op. ult. cit.*, 140 e ss.

315 Cfr. Comoglio, *op. ult. cit.*, 221.

#### 4.4. Le nuove esigenze di ampliamento dell'oggetto dell'accertamento giudiziale: in particolare l'azione autonoma di accertamento del rapporto

Particolari esigenze di ampliamento dell'accertamento emergono quando si affrontano problemi come l'assorbimento dei motivi o il coordinamento tra giudizio di legittimità e giudizio di ottemperanza<sup>316</sup>; con riguardo a tale secondo problema, si può preferire l'estensione del giudizio di ottemperanza o, in alternativa, l'ampliamento dell'oggetto dell'accertamento già in sede di giudizio di legittimità, riconoscendo una nuova azione di cognizione, come quella dell'accertamento autonomo del rapporto.

L'accertamento, com'è noto, costituisce un potere connaturato al concetto stesso di giurisdizione, intesa come “attuazione della volontà della legge che non necessita di una espressa previsione normativa”<sup>317</sup>; esso ha carattere tendenzialmente generale e non limitato alle sole ipotesi tipiche previste con riferimento a talune materie di giurisdizione esclusiva e anche di merito<sup>318</sup>.

Non si può a priori escludere che un potere generale di accertamento giurisdizionale esista anche nel sistema di giustizia amministrativa, ma ciò non basta per concludere che questo potere abbia ad oggetto il rapporto amministrativo<sup>319</sup>.

La tesi che propone l'inserimento nel giudizio amministrativo di un'azione autonoma di accertamento rinviene il fondamento giuridico di siffatta azione, a livello costituzionale, nell'art. 24 della Costituzione (che sancisce il diritto d'azione per la tutela degli interessi

---

316 Così M.Giannini-A.Piras, *Giurisdizione amministrativa cit.*, 265, ove si ricostruisce il giudizio di ottemperanza in termini di sussidiarietà, come giudizio chiamato a realizzare quella tutela giurisdizionale che il giudizio di legittimità non è stato in grado di fornire.

Due sono i problemi che riguardano la problematica dell'estensione del giudizio di ottemperanza: l'individuazione dell'esatto contenuto dell'obbligo di conformarsi al giudicato e quello dei confini cognitori del giudizio di ottemperanza, con l'eventuale rischio che, una volta riconosciuti poteri cognitori e decisori troppo ampi al giudice di ottemperanza, il giudizio si trasformi in un vero giudizio di legittimità, senza peraltro avere di questo le medesime garanzie del contraddittorio e del doppio grado del giudizio: esprime questo timore G. Greco, *op. cit.*, 209.

317 Anche nel sistema processuale civile manca un riconoscimento espresso del potere di accertamento, ma non sono stati sollevati dubbi sulla sua ammissibilità cfr. G. Chiovenda, *Principi cit.* 170 e ss.: “l'azione di accertamento... è dunque un diritto per sé stante: che ha per presupposto un interesse e mira ad un effetti giuridico utile”; E.T. Liebman, *Manuale di diritto processuale civile*, vol. I, 7.

318 Cfr. A.M. Sandulli, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato cit.*, 143.

L'ordinamento processuale civile riconosce portata residuale all'azione di accertamento, in tutti quei settori che sono lasciati scoperti dagli altri tipi di azione processuale: cfr. E. Cannada Bartoli, *La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica amministrazione. Appunti dalle lezioni*, Milano 1964 162.

319 Né pare che l'interesse legittimo stia fuori dall'accertamento, tenuto conto che nel giudizio amministrativo la richiesta tutela non è preventiva ma “a posteriori”, in conseguenza all'asserita lesione dell'interesse stesso. Non convince neppure la tesi secondo cui in caso di lesione dei diritti di credito l'unica azione esperibile sarebbe l'azione di condanna, dotata di maggiore incisività rispetto all'accertamento mero: cfr. A. Proto Pisani, *Appunti sulla tutela di mero accertamento*, Riv. trim. proc. civ., 1979, 620 e ss.

legittimi in sé considerati, indipendentemente dal problema dell'impugnativa dell'atto<sup>320</sup>) e, a livello di normativa primaria, nell'art. 4 della legge TAR.

L'adesione a questa teoria impone l'abbandono definitivo dello schema del tradizionale giudizio di annullamento come giudizio sull'atto ed il riconoscimento al giudice di un potere di ingerenza negli ambiti riservati al potere amministrativo.

Questa conseguenza però non è accettabile, perché il potere di accertamento del giudice, oltre ad essere circoscritto dai vizi dedotti in giudizio, incontra un limite invalicabile nelle componenti discrezionali del rapporto che restano fuori dal suo sindacato.

In altri termini ciò che il giudice amministrativo può accertare sono solo le c.d. componenti rigide del rapporto amministrativo, ossia i presupposti di fatto e di diritto richiesti dalla legge per l'emissione del provvedimento amministrativo, mentre gli rimane precluso l'accertamento del fatto, la cui valutazione rientra nel c.d. merito amministrativo<sup>321</sup>.

Di ciò sono consapevoli gli stessi sostenitori della teoria in esame che riconoscano all'istituto dell'accertamento del rapporto un'utilità limitata ai caratteri della fattispecie normativa sostanziale che disciplina il potere amministrativo e circoscritta alle ipotesi di esercizio di poteri vincolati<sup>322</sup>.

Altro ostacolo all'accoglimento della tesi in esame è rappresentato dall'impossibilità di ritenere le direttive contenute nella pronuncia sempre vincolanti per il successivo agire provvedimentale dell'Amministrazione, essendo, quello amministrativo, un rapporto in continua evoluzione, che quindi può non essere più lo stesso quando la p.a. esercita di nuovo il suo potere: la regola giudiziale è vincolante cioè solo *rebus sic stantibus*, ossia permanendo la situazione concreta con riferimento alla quale la sentenza è stata pronunciata.

##### 5. Le questioni pregiudiziali e la cognizione del giudice amministrativo

Si è discusso se una questione pregiudiziale contenuta nella sentenza che definisce il

---

320 Così G. Greco, *op. cit.*, 221.

321 A titolo esemplificativo, nel sindacare sull'eccesso del potere il giudice accerterà se nel caso concreto sono stati violati i limiti dell'agire amministrativo (come il principio di imparzialità di non contraddizione il c.d. vincolo allo scopo), ma non potrà procedere ad una nuova valutazione dei fatti già valutati dalla p.a. né indicare i criteri in base ai quali la p.a. avrebbe dovuto provvedere.

322 Cfr. G. Greco, *op. cit.*, 241; F. Cammeo, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, 407.

Mentre in presenza di atti non discrezionali il giudice può ordinare all'amministrazione di fare o di non fare, di revocare determinati atti e di emettere nuovi, in caso di atti a contenuto discrezionale, il giudice nel caso di atto emesso fuori dai casi previsti o annulla semplicemente l'atto oppure provvede in modo positivo e come occorre, constatando che il caso comporti un diverso provvedimento in virtù di altra autorizzazione legislativa.

giudizio<sup>323</sup> possa essere ricondotta, anziché all'elemento logico, a quello imperativo della sentenza che, a differenza del primo, è coperto dal giudicato<sup>324</sup>.

La scelta di estendere il giudicato a tutte le questioni decise, siano esse principali o pregiudiziali, previene il rischio di decisioni contraddittorie, ma non supera inconvenienti quali l'incerta definizione dei confini della lite e la necessaria sospensione dei processi sulle questioni pregiudiziali di competenza di altro giudice.

La forza di giudicato non può cadere sulla decisione delle pregiudiziali (salva espressa richiesta delle parti che trasforma la questione pregiudiziale in causa pregiudiziale<sup>325</sup>), le quali non hanno costituito oggetto della domanda giudiziale e pertanto oggetto di accertamento della volontà concreta della legge.

La dottrina degli accertamenti incidentali è stata criticata sotto vari profili.

Una prima contestazione riguarda la restrizione della qualità di giudicato materiale alle sole decisioni delle questioni pregiudiziali che si trasformano in cause pregiudiziali, anziché sulla decisione di ogni questione pregiudiziale.

Si obietta in proposito che, poiché le questioni pregiudiziali attinenti al processo e quelle preliminari di merito possono costituire oggetto di autonoma sentenza, sarebbe arbitrario ritenere che questioni pregiudiziali in senso tecnico siano solo quelle suscettibili di costituire oggetto di autonomo processo, posto che l'accertamento giudiziale può cadere su tutte le questioni che possono costituire oggetto di autonoma pronuncia<sup>326</sup>.

Sempre con l'intento di ampliare l'oggetto del giudicato materiale in forza della riduzione dell'ambito applicativo dell'art. 34 c.p.c., si è affermato che, per aversi

---

323 Per questione pregiudiziale si intende una questione che si pone in una posizione di pregiudizialità rispetto a quella che costituisce oggetto della domanda.

La costruzione di A. Romano (*La pregiudizialità cit.*, 346) è connessa all'individuazione dell'oggetto del giudizio nella questione della legittimità del provvedimento impugnato alla stregua dei motivi dedotti, con la conseguenza che riveste natura meramente preparatoria della decisione finale ogni accertamento che non sia accertamento dell'illegittimità del provvedimento impugnato.

Non è ignota al processo amministrativo la figura delle sentenze di merito non definitive, con possibilità di appello per tutte le sentenze interlocutorie, cfr. O. Ranelletti, *Le garanzie della giustizia nella pubblica amministrazione cit.*, Milano 1937, 492; G. Zanobini, *Corso cit.*, II, 383.

Sul problema dell'efficacia extraprocessuale di tali sentenze non solo verso futuri giudici ma anche verso la p.a. il cui potere ne risulta conformato, cfr. C. Cacciavillani, *op. cit.*, 121 e ss., dove si osserva che l'art. 310 c.p.c. non è decisivo per ritenere che tutte le sentenze non definitive di rito producano soltanto effetti endoprocessuali. Sul punto si veda anche G. Pugliese, *Giudicato civile cit.*, 845 e ss.

324 Secondo Chiovenda, la discussione sui limiti oggettivi della cosa giudicata si traduce in definitiva nella valutazione dell'elemento logico nel processo che non è compreso nell'imperatività della pronuncia: G. G. Chiovenda, *Principii*, 1156.

325 E' questa la dottrina chiovendiana degli accertamenti incidentali recepita dall'art. 34 c.p.c..

326 V. Denti, *Questioni pregiudiziali*, *Nov. dig. it.*, vol. XIV, Torino, 1967, 676 e ss. Si è obiettato però che così ragionando si svuota di contenuto precettivo l'art. 34 c.p.c. e si riconduce ad un unico fenomeno le diverse ragioni per le quali può accadere che una questione venga decisa con precedenza rispetto ad altra, mentre invece soltanto l'antecedenza logica (escluse ragioni connesse al principio di economia processuale) esprimono un legame tra questioni tale per cui una questione condiziona la decisione di un'altra: cfr. A. Attardi, *In tema di questioni pregiudiziali e giudicato*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi*, Padova 1975.

accertamento con forza di giudicato, la relativa questione potrebbe essere sollevata sia con domanda sia con eccezione<sup>327</sup>, in spregio alla lettera dell'art. 34<sup>328</sup> ed all'inidoneità dell'eccezione di ampliare l'oggetto della domanda, in quanto mezzo di difesa<sup>329</sup>.

Da altro punto di vista, si è affermato che l'efficacia del giudicato sulla decisione delle questioni pregiudiziali dipende non dalla domanda di parte ma dalla sussistenza dei requisiti della competenza del giudice e della legittimazione delle parti<sup>330</sup>.

Questi rilievi non bastano tuttavia a scalfire l'insegnamento tradizionale che ritiene l'art. 34 una norma imprescindibile, dalla quale si ricava l'estensione dell'oggetto del giudicato che inizia la dove finisce la pregiudizialità<sup>331</sup>.

L'art. 34 c.p.c., a ben vedere, costituisce una norma in bianco che non chiarisce che cosa si debba intendere per questione pregiudiziale, rinviando ad altre norme positive per la determinazione degli esatti confini dell'oggetto della pronuncia<sup>332</sup>.

In nome dell'esigenza di garantire la stabilità del giudicato, si è affermato che alla disciplina processuale dell'art. 34 c.p.c. sarebbe soggetta la sola pregiudizialità tecnica (che descrive una relazione tra due rapporti distinti tale per cui l'uno è fatto costitutivo dell'altro) e che, di conseguenza, le questioni pregiudiziali in senso logico (intendendo per la pregiudizialità in senso logico il nesso interno ad una situazione complessa corrente tra il più vasto ente aggregatore ed uno tra i molti effetti che in questo trovano la propria fonte)<sup>333</sup> costituirebbero oggetto di accertamento giudiziale con forza di giudicato e mai di una cognizione incidentale secondo quanto previsto dall'art. 34 c.p.c.<sup>334</sup>.

Secondo questa dottrina, in caso di accoglimento della domanda si avrebbe giudicato sia sul singolo diritto sia sul rapporto complesso, mentre in caso di rigetto pronunciato con riferimento soltanto al *petitum*, la sentenza avrebbe contenuto di accertamento implicito dell'esistenza di esso (e non dell'inesistenza del rapporto complesso)<sup>335</sup>.

Questa conclusione si ritiene poco plausibile perchè, stando al principio della parità delle armi, la sentenza (anche di rigetto) dovrebbe garantire al convenuto una tutela qualitativamente uguale a quella garantita dalla sentenza di accoglimento all'attore

---

327 Così S. Satta, *Domanda giudiziale*, pg. 822.

328 S. Menchini, *I limiti oggettivi cit.*, 80 e ss..

329 A. Attardi, *In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata*, in Riv. trim. dir. proc. civ. 1990, 510.

330 G. Pugliese, *Giudicato civile cit.*

331 C. Cacciavillani, *op. cit.*, pg. 140.

332 S. Menchini, *I limiti oggettivi cit.*, 96.

333 S. Satta, *Accertamento incidentale*, *Enc. del diritto*, IV, Milano 1959

334 L'interpretazione restrittiva dell'art. 34 c.p.c. ci rinvia anche in numerose massime giurisprudenziali di cui la dottrina sottolinea l'ambiguità: cfr. A. Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, Jovene, Napoli 2002; E.T. Liebman, *Giudicato, cit.*, 13, C. Mandrioli, *Diritto processuale civile*, I, 165, nota 57.

335 S. Menchini, *I limiti oggettivi cit.*, 114.

vittorioso, ossia la dichiarazione in modo definitivo dell'infondatezza della pretesa altrui nei propri confronti<sup>336</sup>.

In realtà, anche le massime giurisprudenziali che sembrano recepire siffatto orientamento dottrinale intendono sottolineare come per identificare l'oggetto del giudicato occorre ricercare nella motivazione della sentenza gli elementi identificatori della domanda, ossia causa petendi e petitum.

Se è vero che le leggi processuali danno rilievo all'accertamento dei vizi dedotti il quale esprime il contenuto decisorio della sentenza<sup>337</sup> si può anche condividere l'affermazione che il giudicato cade sulla motivazione della sentenza<sup>338</sup>, ma a condizione che non si voglia dire che il giudicato cada sui motivi della decisione intesi come antecedenti logico-giuridici della decisione.

L'interpretazione in esame, che ricava dalla deduzione di un diritto l'estensione dell'oggetto del giudizio al rapporto dal quale esso deriva, contrasta con il principio di cui all'art. 24 cost., con riferimento agli altri diritti derivanti dal rapporto fondamentale non azionati nello stesso processo<sup>339</sup>.

Si dubita inoltre che in tal maniera si riesca ad eliminare il rischio di contrasto tra giudicati - rischio che sembra, peraltro, più logico che pratico, considerato che esso non si profila tra la decisione incidentale su una questione relativa alla sussistenza in capo al convenuto di un diritto incompatibile con quello affermato dall'attore e la sentenza successiva che solo su quel diritto con forza di giudicato statuisca.

Diversamente, se si includesse le questioni di pregiudizialità in senso logico nell'art. 34, sarebbe pratica e risolvibile - tramite appunto lo strumento dell'art. 34 c.p.c. - la possibilità di conflitto tra un giudicato che afferma esistente il diritto che deriva dal rapporto complesso ed un secondo giudicato che afferma inesistente il rapporto dal quale quel diritto deriva<sup>340</sup>.

Affermando la regola della cognizione incidentale sulle questioni pregiudiziali, non si mina la stabilità del giudicato formatosi sulla questione principale: invero, se si ripropone come principale in un successivo processo la questione pregiudiziale decisa in un processo senza forza di giudicato, non si mette in discussione l'accertamento formatosi sulla questione principale del precedente processo, il quale rimane intangibile nella misura in cui

---

336 Cfr. S. Menchini, *I limiti oggettivi cit.*, 282.

337 Cfr. B. Sassani, *Impugnativa dell'atto*, 124 e ss.; 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, 171.

338 Cfr. A. Andreani, *La motivazione della sentenza amministrativa*, in *dir. proc. amm.* 1986, 5.

Critico, invece, B. Sassani, *Impugnativa dell'atto cit.*, 22 e ss.

339 Cfr. C. Cacchiavillani, *op. cit.*, 147.

340 Cfr. A. Attardi, *In tema di limiti oggettivi cit.*, 496 e ss..

esso si è formato su una situazione affermata in relazione ad una concreta fattispecie costitutiva della situazione giuridica fatta valere.

Per garantire la stabilità del giudicato non c'è dunque bisogno di accogliere l'interpretazione restrittiva dell'art. 34, mediante l'estensione della forza di giudicato a tutte le questioni decise, anche oggetto di mera cognizione, bensì occorre l'applicazione rigorosa del principio della domanda<sup>341</sup>.

L'orientamento della giurisprudenza amministrativa è favorevole ad accogliere una ampia concezione in tema di oggetto dell'accertamento principale e del giudicato esteso fino a comprendere tutti gli accertamenti del rapporto in sede di cognizione dei vizi sostanziali, e persino la motivazione della sentenza; a meno che non sia in discussione il tema di ius superveniens dove invece si privilegia il carattere incidentale dell'accertamento del rapporto affermandosi che solo su un rapporto non accertato con forza di giudicato sia applicabile la nuova disciplina normativa con efficacia non retroattiva.

Secondo l'insegnamento tradizionale della dottrina processualcivilistica<sup>342</sup>, l'oggetto del giudizio e del giudicato si estende a quelle questioni pregiudiziali di merito che risultano dibattute e risolte “*con la serietà ed il ragionevole approfondimento delle normali decisioni giurisdizionali, e non in modo sommario e marginale*”.

Si tratta di valutare se l'accertamento compiuto su taluni profili del rapporto sostanziale amministrativo assuma carattere di accertamento principale e sia suscettibile di passare in giudicato.

Se è vero infatti che il rapporto entra nel giudizio amministrativo “in negativo” sotto forma di prospettazione di vizi sostanziali dell'atto<sup>343</sup>, due sono le alternative che si pongono. O si ritiene che i vizi medesimi sono elementi costitutivi della causa petendi così come tutte le questioni attinenti al titolo su cui si fonda la domanda, ovvero al fatto costitutivo del diritto controverso<sup>344</sup> e che quindi su di essi si forma il giudicato.

Oppure viceversa si ritiene che i vizi sostanziali dedotti dall'ambito degli elementi costitutivi della domanda siano oggetto di un accertamento soltanto incidentale, rinviando

---

341 E' questa la soluzione proposta da Chiovenda. Secondo questo autore (*Principii cit.*, 918), “*oggetto del giudicato è la conclusione ultima dei ragionamenti del giudice, e non le loro promesse; l'ultimo ed immediato risultato della decisione e non la serie di fatti, di rapporti o di stati giuridici che nella mente del giudice costituiscono i presupposti di quei risultati*”.

342 Cfr. G. Chiovenda, *Istituzioni di diritto civile*, vol. I, Napoli, 1933, 350, P. Calamandrei, *Istituzioni di diritto processuale civile Padova*, 1943, 147; E. Betti, *Diritto processuale civile*, Roma 1936, 466 e ss.; Mandrioli, *Corso di diritto processuale civile*, vol. I, Torino 1975, 151 e ss; V. Denti, *Questioni pregiudiziali*, Nov. dig. it., Vol. XIV, Torino, 1967, 676 e ss..Tra i più recenti studi in tema di pregiudizialità si segnala l'opinione di Pugliese, voce *Giudicato civile (diritto vigente)*, *Enc. dir.*, XVIII Milano, 1969, 866 e ss..

343 Cfr. F. Benvenuti, *Giudicato (diritto amministrativo) cit.*, 903.

344 Cfr. R. Villata, *Disapplicazione dei provvedimenti amministrativi e processo penale*, Milano 1979.

così la soluzione al problema della coazione della P.A. al momento del giudizio di ottemperanza.

Al riguardo, stante l'analogia tra la disposizione di cui all'art. 37 legge Tar e quella contenuta nell'art. 4 co. 2 della legge abolitiva del contenzioso amministrativo, si è sostenuto che l'obbligo del giudice amministrativo di conformarsi al giudicato andrebbe ricostruito negli stessi termini con cui la dottrina dominante<sup>345</sup> ha ricostruito l'obbligo di conformarsi al giudicato del giudice ordinario.

In altri termini, la p.a. sarebbe vincolata a conformarsi a tutti gli accertamenti incidentali del giudizio di annullamento nella stessa misura in cui il giudice di rinvio è vincolato al rispetto del principio di diritto accolto dalla Cassazione, così come desumibile dalla motivazione e dagli accertamenti incidentali in essa contenuti.

Questa tesi non convince per una serie di motivi.

A parte la dubbia assimilabilità del rapporto tra giudice amministrativo e autorità amministrativa a quello tra giudice di cassazione e giudice di rinvio, pare difficile sostenere che l'obbligo di conformarsi al giudicato si estenda agli accertamenti incidentali, sia con riferimento al giudice amministrativo, al quale compete il sindacato sulla legittimità dell'atto amministrativo soltanto in via principale, sia con riguardo al giudice ordinario, i cui accertamenti incidentali, in quanto tali, restano fuori dall'oggetto del giudizio e del giudicato.

La debolezza della tesi emerge anche sotto un altro profilo, laddove prima si afferma che l'obbligo di conformarsi al giudicato si estende agli accertamenti incidentali e poi, riducendo la portata della precedente affermazione, si precisa che detti accertamenti incidentali operano come mere circostanze di fatto, perchè in realtà sarebbe la norma di legge (l'art. 37 legge tar.), e non invece l'accertamento giudiziale, la vera fonte dell'obbligo di conformarsi al giudicato<sup>346</sup>.

In realtà, l'obbligo di conformarsi al giudicato si legittima entro i limiti dell'accertamento principale, in conformità al principio della libera determinazione delle parti sulla materia del contendere.

---

345 Per tutti cfr. G. Virga, *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, Milano, 2003, 135; e A. Albini, *Diritti e interessi all'ottemperanza: estensione dei limiti del giudicato del giudice ordinario? Atto convegno sull'adempimento del giudicato amministrativo*, 65 e ss.; G. Greco, *op. cit.*, 201.

346 L'opinione che la sentenza operi come fatto e non come fonte dell'obbligo è stato sostenuto più volte in dottrina: cfr. F. Ledda, *Il rifiuto di provvedimento amministrativo*, Torino 1964, 287; F. Benvenuti, *Giudicato (diritto amministrativo) cit.*, 893 e ss.; R. Villata, *L'esecuzione cit.*, 236.

6. *Pregiudizialità amministrativa e giudizio sul rapporto, dall'illegittimità del provvedimento amministrativo all'illiceità della condotta della p.a.: esame dell'ammissibilità dell'azione autonoma di risarcimento dei danni da provvedimento illegittimo*

6.1. *Il principio della pregiudiziale nell'esperienza dell'ordinamento interno italiano*

Fino alla direttiva ricorsi<sup>347</sup>, l'ordinamento italiano riconosceva la tutela risarcitoria solo nei confronti degli interessi oppositivi e l'ammetteva, previo annullamento di provvedimenti restrittivi della sfera giuridica dell'interessato, attraverso il complicato meccanismo della doppia tutela, incentrato su due ordini giurisdizionali diversi; da tale meccanismo rimanevano invece esclusi gli interessi pretensivi che, nonostante l'annullamento del provvedimento negativo, non sono in grado di assurgere al rango di diritti.

La legge n. 142 del 1992, attuativa della direttiva ricorsi, ha ammesso per la prima volta il principio della risarcibilità degli interessi legittimi nel campo degli appalti pubblici.

Occorrerà però attendere la sentenza n. 500 del 1999 della Cassazione per il definitivo superamento del rigido principio dell'irrisarcibilità dell'interesse legittimo e l'affermazione della piena autonomia del rimedio risarcitorio<sup>348</sup>.

La riforma del 2000, affermando la concentrazione delle controversie risarcitorie derivanti dall'attività illegittima della p.a. in capo al giudice amministrativo, ha complicato la questione dell'autonomia o meno dell'azione risarcitoria: da un lato, si è sostenuto che la riforma avrebbe escluso l'autonomia dell'azione risarcitoria e favorito il ritorno al modello della pregiudizialità<sup>349</sup>; d'altro lato, si è sostenuto che il giudice amministrativo è diventato giudice unico del risarcimento del danno, senza invocare la pregiudizialità<sup>350</sup>.

L'ordinamento giuridico italiano nulla dispone in merito alla proponibilità in forma autonoma dell'azione risarcitoria da provvedimento amministrativo illegittimo; in particolare, pare grave l'assenza della previsione di un autonomo termine decadenziale per

---

347 Cfr. Direttiva del Consiglio CEE 21 dicembre 1989, n. 665.

348 Per un commento della storica sentenza n. 500 del 1999, cfr. S. Giacchetti, *La responsabilità degli interessi legittimi è in coltivazione*, in Cons. st. 1999, II, 1606; R. Caranta, *Responsabilità extracontrattuale della pubblica amministrazione, Sistemi e tecniche*, Milano, 1993, 368; L. Montesano, *I giudizi sulla responsabilità per danni e sulle illegittimità della pubblica Amministrazione (dopo la sentenza delle Sezioni Unite della Cass. 22 luglio 1999 n. 500)*, in Dir. proc. amm. 2001, 583 e ss.; A. Romano Tassone, *Risarcimento del danno per lesione degli interessi legittimi*, in *Enc. dir.*, agg. VI, Milano, 2002, 985 e ss..

349 Tra gli altri, G. Falcon, *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, 239; D. Vaiano, *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, Milano 2002, 380; R. Villata, *Il processo davanti al giudice amministrativo. Commento sistematico alla l.n. 205/2000*, 19-23.

350 Cfr. R. Caranta, *Attività amministrativa ed illecito aquiliano*, 41 e ss.; A. Pajno, *La giurisdizione concentrata*, in Gior. dir. amm. 2000, 1043 e ss.

l'esercizio dell'azione medesima.

Tale vuoto normativo alimenta l'attuale dibattito giurisprudenziale sulla problematica del rapporto tra azione caducatoria ed azione risarcitoria<sup>351</sup>.

Un ulteriore elemento di riflessione emerge dalla recente disposizione contenuta nell'art. 20 del d.l. n. 185 del 2008, conv. dalla legge n. 2 del 2009, ed in particolare nell'inciso “*in caso di annullamento degli atti della procedura*”.

Al riguardo si osserva che siffatta previsione normativa, ove venisse intesa come conferma della volontà del legislatore nazionale di affermare in maniera inequivocabile la regola della pregiudizialità amministrativa, non sembra porsi in conflitto né con l'ordinamento interno che nulla prevede in senso contrario, né con quello comunitario che anzi riconosce in modo esplicito la compatibilità con esso delle previsioni nazionali di contenuto simile (cfr. art. 2 Direttiva CE n. 66 del 2007, commi 6 e 7)<sup>352</sup>.

## 6.2. *L'azione autonoma di risarcimento e il nuovo modello del giudizio sulla responsabilità dell'Amministrazione*

Sulla questione dell'autonomia dell'azione risarcitoria il Consiglio di Stato ha sempre assunto un atteggiamento di chiusura, con l'intento di mantenere inalterato il modello tradizionale del processo di legittimità e contenere la forza “eversiva” del giudizio risarcitorio, a difesa della posizione di sovraordinazione e di privilegio per la cura dell'interesse pubblico, riconosciuta all'amministrazione.

Nell'ambito della tradizionale concezione “autoritativa” dei rapporti tra cittadino e amministrazione, lo statuto peculiare dei provvedimenti amministrativi ed in particolare la c.d. *presunzione di legittimità* si ergevano a baluardo dell'interesse pubblico nei confronti degli interessi privati<sup>353</sup>.

---

351 Cfr. F. Cortese, *La questione della pregiudiziale amministrativa. Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo tra diritto sostanziale e diritto processuale*, Cedam Padova, 2007; L. Torchia, *La pregiudizialità amministrativa dieci anni dopo la sentenza 500/99: effettività della tutela e natura della giurisdizione (n.d.r. commento a Cassazione civile, sez. unite, sentenza 23 dicembre 2008, n. 30254)*, in *Giorn. dir. amm.* 2009, 385-393; E. PICOZZA, *La tutela giurisdizionale si dimensiona su quella sostanziale e non viceversa (n.d.r. commento a Cassazione civile, sez. un., 23 dicembre 2008, n. 30254)*, in *Corr. giur.* 2009, 59-667.

352 I citati commi così recitano: “*Gli Stati membri possono prevedere che, se un risarcimento danni viene domandato a causa di una decisione presa illegittimamente, per prima cosa l'organo che ha la competenza necessaria a tal fine annulli la decisione contestata*”; “*...tranne i casi in cui una decisione debba essere annullata prima della concessione di un risarcimento danni, uno Stato membro può prevedere che, dopo la conclusione di un contratto...i poteri dell'organo responsabile delle procedure di ricorso si limitino alla concessione di un risarcimento danni a qualsiasi persona lesa da una violazione*”.

353 Queste preoccupazioni possono risultare un po' eccessive, radicalizzando un esasperato conservatorismo. In dottrina si è obiettato che non esisterebbe il paventato rischio di disapplicazione larvata, in quanto

L'avvenuta attribuzione al giudice amministrativo della possibilità di compiere un giudizio sul comportamento illecito dell'Amministrazione ha posto il fondamento per l'abbandono degli stereotipi del processo amministrativo di legittimità.

Nel giudizio risarcitorio non si compie un giudizio sull'atto e sul corretto uso del potere, perchè ciò che viene in gioco non è più l'illegittimità del provvedimento amministrativo ma la liceità della condotta della p.a.; ciò vale anche sul piano delle situazioni giuridiche, dove non viene più in gioco l'interesse legittimo, ma un diritto soggettivo di credito<sup>354</sup>.

A sganciare dallo schema attizio la responsabilità della p.a. ed a configurarla come conseguenza di un comportamento scorretto e non come un danno consequenziale, concorrono i frequenti richiami giurisprudenziali al principio della buona fede oggettiva ed alla distinzione tra regole di validità e regole di comportamento, a conferma che validità dell'atto e illiceità della condotta possono coesistere<sup>355</sup>.

L'evoluzione giurisprudenziale della teoria delle situazioni giuridiche tende ad allargare il raggio di tutela ad un novero sempre più ampio di figure risarcibili<sup>356</sup>, a valori che non sono più solo i beni della vita ma anche altri valori, come la *chance*<sup>357</sup>, l'affidamento nei rapporti giuridici e l'adempimento degli obblighi di protezione.

In tema di responsabilità si confrontano due modelli aventi fondamenti contrapposti: il primo evoca il *favor* per il paradigma extracontrattuale (prendendo a riferimento il potere

---

l'autonomia del rimedio risarcitorio richiederebbe l'applicazione e non la disapplicazione del suo provvedimento; non sono stati ritenuti pertinenti neppure i richiami alla certezza dei rapporti giuridici e al rischio del contrasto tra giudicati.

Come si è affermato, una volta ammessa l'autonomia dell'azione risarcitoria, il provvedimento continuerebbe a produrre effetti; inoltre i due accertamenti relativi all'illegittimità e al fatto illecito avrebbero oggetti diversi: cfr. R. Romano Tassone, *op. cit.*, 991; A. Travi, *Questioni attuali di responsabilità dell'amministrazione: giurisdizione, risarcimento dei danni, pregiudizialità*, 662-665.

354 Sul legame tra la concezione dell'azione risarcitoria autonoma e l'oggetto del giudizio risarcitorio come diritto di credito, cfr. D. De Pretis, *Azione di annullamento e azione di risarcimento nel processo amministrativo*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

355 Anche al di fuori dell'ambito della c.d. responsabilità da affidamento, il cui inquadramento (come ipotesi di responsabilità precontrattuale regolata dall'art. 1337 c.c., o come ipotesi di responsabilità contrattuale della p.a. conseguente all'inadempimento all'obbligo normativo di correttezza) rimane ancora incerto, si va affermando una linea evolutiva che, valorizzando la figura del rapporto obbligatorio *tout court*, giunge a riconoscere adeguate garanzie pure alle situazioni strumentali che stanno al di fuori del procedimento amministrativo, sul presupposto della rilevanza di tutti i vincoli normativi cui è sottoposta l'Amministrazione, non solo degli interessi coinvolti dal procedimento amministrativo, ma anche di quelli operanti nella *fase preprocedimentale*.

Per la tesi che configura la situazione protetta come diritto ad un comportamento corretto, a prescindere dal collegamento con il bene della vita: cfr. R. Tassone, *La responsabilità della p.a. tra provvedimento e comportamento cit*, 211.

356 Accanto all'indirizzo maggioritario, che si fonda sul paradigma di riferimento nell'art. 2043 c.c. e ritiene la risarcibilità circoscritta alle sole situazioni di spettanza, la nuova teoria contrattualistica mira ad estendere l'ambito della risarcibilità anche alle situazioni procedimentali e strumentali.

357 Per le questioni problematiche connesse al risarcimento della chance, si rinvia a F. Trimarchi Banfi, *Tutela specifica e tutela risarcitoria*, Torino 2000, 75 e s.

amministrativo che, frapponendosi tra privato e p.a., impedisce la configurazione di un rapporto giuridico), mentre il secondo richiama la figura del rapporto obbligatorio e la diade “diritto-obbligo”, muovendo dalla c.d. procedimentalizzazione dell'attività amministrativa<sup>358</sup>.

\* \* \*

La tesi della pregiudizialità amministrativa affonda le sue radici in un momento storico in cui dominava il dogma dell'irrisarcibilità dell'interesse legittimo e la teoria della degradazione del diritto soggettivo ad interesse legittimo ad opera del provvedimento amministrativo<sup>359</sup>.

Dal dibattito iniziato dopo la storica sentenza n. 500 del 1999 della Cassazione<sup>360</sup> è emerso un contrasto tra la giurisprudenza amministrativa favorevole all'ammissibilità della regola della pregiudizialità amministrativa<sup>361</sup> e l'orientamento delle Sezioni Unite della

---

358 Secondo questa seconda impostazione che non pare lontana dalla teorica tedesca del c.d. danno da contatto anche l'interesse legittimo dovrebbe essere rivisitato, valorizzandone la sua dimensione strumentale di interesse al provvedimento che impone all'Amministrazione doveri finali ma anche strumentali, così da garantire che il rapporto amministrativo sia improntato in termini di correttezza.

Cfr. C. Castronovo, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *Scritti in onore di L. Mengoni*, I, Milano, 1995, 147 e ss.

La tesi del danno da contatto è ancora in evoluzione ma trova un certo seguito in giurisprudenza, che vede in essa una forma avanzata di tutela.

359 Anche se non mancano utilizzi recenti dell'istituto, come in tema di appalti: cfr. art. 13 legge 19 febbraio 1992 n. 42; per un profilo generale, cfr. Corte Cost. 8 maggio 1998 n. 165; Cons. st., ad plen. 26 marzo 2003 n. 4.

360 La dottrina ha approfondito l'argomento, assumendo però posizioni differenziale.

In senso favorevole alla tesi della necessaria pregiudizialità si è posto in evidenza il rischio di contrasto di giudicati connesso alla devoluzione al danneggiato della scelta del tipo di tutela offerta e del giudice al quale affidare il giudizio sull'illegittimità del provvedimento: così G. Falcon, *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza* e R. Villata, *La riforma in Processo davanti al giudice amministrativo*; Vaiano, *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*; E.M. Barbieri, *Il risarcimento che si addice*; in giurisprudenza, cfr. Cons. st. sez. V, n. 87 del 22 ottobre 2002; Cons. st., sez. V, n. 87 del 14 gennaio 2003.

Sul fronte contrario, vi è una maggiore ampiezza di vedute: qualcuno propone l'autonoma esperibilità del giudizio risarcitorio vincolato ai medesimi termini decadenziali di impugnabilità del provvedimento (cfr. Francario, *Inapplicabilità del provvedimento amministrativo ed azione risarcitoria*, in *Dir. proc. amm.* 2002); altri propongono l'esperibilità avanti al giudice ordinario quando non si voglia impugnare l'atto o quando sia scaduto il termine per impugnarlo (cfr. C. Consolo, *Il processo amministrativo fra snellezza e civilizzazione*, in *Corr. giur.* 2000, 1266).

361 Cfr. Cons. st. ad. plen., n. 4 del 2003; Cons. st., sez. V, 25 luglio 2006 n. 4645; Cons. st., sez. V, 8 marzo 2006 n. 1229; Tar Piemonte, sez. I, 13 marzo 2006 n. 1183.

Gli argomenti portati a difesa della pregiudiziale amministrativa da parte della giurisprudenza amministrativa sono noti: il richiamo all'art. 7 legge Tar per giustificare la qualificazione del potere risarcitorio come rimedio a carattere ulteriore ed eventuale rispetto a quella impugnatoria; i rischi connessi alla contrapposta tesi civilista (ovvero l'incertezza per gli atti amministrativi, l'effetto dirompente anche sul bilancio dello Stato, il pericolo di accertamenti incidentali superficiali specie a fronte di azioni proposte con largo ritardo rispetto all'atto stesso); la difficile posizione della p.a. stretta tra un dovere giuridico penalmente sanzionato di eseguire comunque l'atto illegittimo e non annullato e un obbligo di autoannullamento normativamente non previsto ma fatto discendere dal giudicato risarcitorio; e ancora, la preclusione per il giudice amministrativo di accertare in via incidentale e senza effetto di giudicato l'illegittimità di provvedimenti amministrativi, quale elemento costitutivo della fattispecie della responsabilità aquiliana ex art. 2043 c.c., sul presupposto che all'accertamento si possa giungere con l'unico strumento a disposizione, ovvero mediante la cognizione diretta nel corso del giudizio di annullamento: cfr. Cons. st., sez. VI, 18 giugno 2003 n. 3338; Cons. st. n. 3717 del 21

Cassazione che, con le due note ordinanze del giugno 2006<sup>362</sup> e con pronuncia del 28 dicembre 2008 n 30254, si sono schierate apertamente a favore dell'autonoma proponibilità delle due azioni, configurando come “diniego di giurisdizione” la pronuncia di rigetto della tutela risarcitoria autonoma.

Dubbi sull'ammissibilità dell'autonoma tutela risarcitoria sono stati espressi sia in giurisprudenza<sup>363</sup>, sia in dottrina<sup>364</sup>.

Sulla scorta della decisione dell'Adunanza Plenaria del 22 ottobre 2007 n. 12, la Sezione V del Consiglio di Stato ha ribadito che la pronuncia di annullamento, tanto nei casi di giurisdizione esclusiva che in quelli di giurisdizione di legittimità, è sempre pregiudiziale rispetto a quella di risarcimento, trattandosi di un'opzione ermeneutica aderente alla "ratio" della riforma del processo amministrativo culminata con la L. 21 luglio 2000 n. 205, giusta la quale il legislatore ha attribuito al giudice amministrativo in via generale la cognizione "anche" sul risarcimento del danno, senza alcuna distinzione tra la stessa giurisdizione esclusiva e quella di legittimità<sup>365</sup>.

Secondo l'insegnamento tradizionale della giurisprudenza amministrativa<sup>366</sup>, la regola della pregiudiziale amministrativa poggia su ragioni formali e sostanziali, quali:

a) *la struttura stessa della tutela del giudice amministrativo* che è specialmente articolata nel senso che il provvedimento amministrativo lesivo di un interesse sostanziale può essere aggredito e in via impugnatoria, per la sua demolizione, e "con sequenzialmente" in via risarcitoria, per i suoi effetti lesivi, ponendosi nell'uno e nell'altro caso, la questione della sua legittimità;

---

giugno 2006; Cons. st., sez. IV 31 marzo 2009 n. 1917; il Consiglio di Stato osserva che, ove si ammettesse l'accertamento dell'illegittimità del provvedimento ai soli fini dell'esame di una domanda risarcitoria, l'obbligo di conformazione al giudicato dovrebbe implicare l'annullamento dell'atto ritenuto illegittimo, con conseguente elusione del termine decadenziale.

362 Cfr. Cass. ord. n. 13659 e 13660 del 13 giugno 2006; la Corte di Cassazione compie un'analisi approfondita delle due principali tesi dottrinarie, quella c.d. amministrativa e quella civilistica, evidenziando i pregi e limiti di entrambe, sotto il profilo del rispetto del principio costituzionale dell'effettività della tutela avanti al g.a..

363 Cfr. Cons. st., ad. plen. n. 12 del 2007; Cons. st., sez. VI, n. 3338 del 2002; Tar Lecce n. 3710 del 2006; Tar Veneto, Sez. I - sentenza 26 maggio 2009 n. 1609; Cons. st. sez. VI, n. 587 del 3 febbraio 2009.

Da ultimo, con ord. 21 aprile 2009 n. 2436, la Sezione VI del Consiglio di Stato ha rimettere di nuovo all'Adunanza Plenaria la questione della pregiudizialità amministrativa, investendola della verifica della compatibilità della medesima con i principi costituzionali della corretta programmazione della spesa pubblica (art. 81, ult. co. cost.), della legalità dell'azione amministrativa (art. 97 cost.) e del primato della tutela impugnatoria (art. 103 e 113 cost.).

364 Cfr. V. Cerulli, *Prime osservazioni sul riparto delle giurisdizioni dopo la pronuncia delle Sezioni Unite*, in Giust. amm. 2006, 569; M.A. Sandulli, *Finalmente “definitiva certezza” sul riparto di giurisdizione in tema di comportamenti e sulla c.d. pregiudiziale amministrativa? Tra i due litiganti vince la garanzia di piena tutela*, in Riv. giur. ed. 2006, 898; G. Greco, *Inoppugnabilità e disapplicazione dell'atto amministrativo nel quadro comunitario e nazionale*, in Riv. it. dir. pubbl. comun. 2006, 513.

365 Cfr., ad es., Cons. Stato, sez. V, 12 luglio 2007 n. 3922.

366 Tra le altre, cfr. Cons. st., ad. plen. n. 12 del 2007; Tar Veneto, sez. I, 26 maggio 2009 n. 1609.

b) *diritto ed interesse*, benché molto spesso partecipi di una assimilabile pretesa ad un cd. "bene della vita", sono situazioni soggettive fortemente differenziate: mentre il primo è infatti assistito da una tutela tendenzialmente piena e diretta e nei suoi confronti è sempre circoscritta la eventualità di condizionamenti esterni, anche se imputabili ad una Pubblica Amministrazione e, perciò ad interessi generali, il secondo trae origine da un compromesso, chiaramente solidaristico, tra le esigenze collettive di cui è portatrice l'amministrazione e la pretesa, di colui che dalla loro legittima soddisfazione è coinvolto, di veder preservati quei suoi beni giuridici che preesistono all'attività pubblica ovvero che nel corso di questa si profilino;

c) *la natura principalmente impugnatoria dell'azione dinanzi al giudice amministrativo*, cui spetta non solo di tutelare l'interesse privato ma di considerare e valutare gli interessi collettivi che con esso si confrontano e non solo di annullare, bensì di conformare l'azione amministrativa affinché si realizzi un soddisfacente equilibrio tra l'uno e gli altri interessi.

Rileva ancora il giudice amministrativo che, con una formula che privilegia le esigenze di concentrazione dei giudizi, il legislatore ha stabilito due criteri: quello della *consequenzialità* - inteso a confermare la priorità del processo impugnatorio e in vista della prevalenza dell'interesse collettivo al pronto e risolutivo sindacato dell'agire pubblico e in vista della convenienza, per la collettività, dell'esercizio del sindacato stesso secondo criteri e modalità che, essendo positivamente propri del giudizio di annullamento, da esso non consentono di prescindere -, e quello della *eventualità* del risarcimento del danno arrecato all'interesse legittimo - criterio rafforzato dalla diversa prescrizione in tema di giurisdizione esclusiva e che, perciò, non solo esclude automatismi ma impone i predetti apprezzamenti specifici, possibili soltanto allorché sia in causa, siccome suo oggetto principale e diretto, il provvedimento, con le sue ragioni ed i suoi effetti.

\* \* \*

I punti controversi riguardano anzitutto il rapporto tra inoppugnabilità del provvedimento illegittimo ed illiceità della condotta dell'amministrazione, se cioè si debba escludere la possibilità di qualificare come illecita la condotta tenuta dall'Amministrazione in esecuzione dell'atto inoppugnato che anche dopo la scadenza del termine decadenziale continua ad *operare in modo precettivo* dettando la regola del caso concreto<sup>367</sup>; inoltre, il

---

367 Ad avviso dei giudici amministrativi, la mancata impugnazione dell'atto fonte del danno varrebbe come autorizzazione dei relativi effetti ed imposizione dell'osservanza della regola del caso concreto ai consociati; di conseguenza, si dovrebbe respingere la domanda risarcitoria siccome infondata nel merito.

A favore dell'infondatezza nel merito della domanda di risarcimento del danno derivante da provvedimento non impugnato, attesa l'idoneità dell'atto non impugnato tempestivamente di operare in modo precettivo: cfr.

riconoscimento al soggetto privato leso del potere di scegliere tra tutela risarcitoria e quella demolitoria<sup>368</sup>.

Nelle more di un tempestivo intervento legislativo che regoli il rapporto tra azione caducatoria e azione di annullamento, la Corte di Cassazione è orientata a ritenere che la fruizione della tutela risarcitoria “autonoma” non debba essere condizionata da un presupposto attinente alla tutela demolitoria, in base al principio secondo cui è la tutela giurisdizionale a dimensionarsi su quella sostanziale e non viceversa.

A parte la petizione di principio insito nel ragionamento della Corte (non si vede infatti perchè non possa ritenersi in astratto compatibile con la natura sostanziale dell'interesse legittimo anche una tutela di completamento e non autonoma rispetto a quella demolitoria<sup>369</sup>), suscita critiche l'assimilazione tra l'asserito effetto preclusivo discendente dalla pregiudizialità amministrativa (e privo di fondamento normativo) e quello, ben diverso, derivante dalla tardività del ricorso<sup>370</sup>.

L'estensione all'azione risarcitoria del termine decadenziale previsto per l'azione di annullamento, che pure può ritenersi “congruo” dal punto di vista del diritto comunitario trattandosi di un termine di durata ben superiore a quello minimo di dieci giorni previsto dall'art. 2, par. 6 e art. 2 quater della Direttiva n. 66 del 2007<sup>371</sup>, non convince, perchè a differenza dell'azione di annullamento, l'azione risarcitoria non si confronta con l'esigenza di stabilità e di certezza delle situazioni giuridiche rimanendo intatta, anche quando sia diventata definitiva la regolazione degli interessi compiuta con il provvedimento degli interessi, la lesione subita dal danneggiato, e con essa anche la possibilità di accertare la sussistenza di un danno ingiusto<sup>372</sup>.

Come la tutela di annullamento, anche quella risarcitoria richiede dunque la puntuale

---

Cons. st. 3 febbraio 2009 n. 578; Cons. st., sez. IV 31 marzo 2009 n. 1917; Cons. st., sez. VI, 3 febbraio 2009 n. 587; Cons. st., sez. VI, 19 giugno 2008 n. 3059; Cass. civ., sez. II, 27 marzo 2003 n. 4538.

In altre occasioni il Consiglio di Stato si era schierato sempre in favore della c.d pregiudizialità amministrativa, ma dichiarando inammissibile, anziché infondata, l'azione risarcitoria in presenza di un provvedimento inoppugnabile: cfr. Cons. st., ad. plen. n. 4 del 2003.

368 In senso affermativo Cass. sez. un. ord. n. 5464 del 2009, depositata il 6 marzo 2009, avverso la pronuncia del Cons. st. n. 2136 del 2007.

369 Per questo rilievo, cfr. A. di Majo, *Il risarcimento in via autonoma contro gli atti della p.a.*, in Corr. giur. n. 5 del 2009, 654.

370 La regola processuale prevista dalla legge per l'azione impugnatoria non può essere estesa a differenti azioni, senza cozzare contro il principio generale dell'eccezionalità dei termini decadenziali e tradursi in una menomazione della tutela del cittadino leso, che si vedrebbe così privato della possibilità di scegliere quale azione giudiziale esperire.

Tale principio subordina a previsioni espresse l'estensione del regime decadenziale previsto per una tecnica di tutela ad un'altra. Sul punto, cfr. L. Torchia, *op. cit.*, pg. 389; F. Caringella, *La pregiudiziale amministrativa: una soluzione antica per un problema attuale*, in (a cura di) G. Pellegrino, *Le nuove frontiere del giudice amministrativo*, Giuffrè, 2008, 99.

371 Cfr. Cass. sez. un. ord. 9 ottobre 2008 n. 24883.

372 Cfr. L. Torchia, *op. cit.*, 393.

definizione dei propri presupposti, sia sostanziali sia processuali, che non possono essere traslati da quelli dell'azione di annullamento, a pena di realizzare un'indebita estensione degli effetti dell'inoppugnabilità.

\* \* \*

Rimane inoltre incerto quale relazione vi sia tra la perdurante efficacia dell'atto illegittimo inoppugnabile e la qualificazione in termini di illiceità del comportamento tenuto dall'Amministrazione.

La Cassazione esclude che sia possibile trasformare l'attitudine a produrre effetti, indipendentemente dalla validità in una sorta di *convalidazione* del provvedimento illegittimo: quest'ultimo rimane infatti sempre annullabile in via di autotutela<sup>373</sup> e non si vede come esso possa operare al tempo stesso come fonte della lesione e sua causa di giustificazione<sup>374</sup>.

Il Consiglio di Stato si richiama invece alla categoria dogmatica della presunzione di legittimità del provvedimento per affermare che detta presunzione, trasformandosi alla scadenza del termine impugnatorio da relativo ad assoluta, produrrebbe l'effetto di escludere l'ingiustizia del danno e la stessa proponibilità dell'azione risarcitoria<sup>375</sup>.

Al riguardo pare condivisibile l'affermazione che gli effetti prodotti dal provvedimento illegittimo divenuto inoppugnabile non possano essere qualificati in termini di danno ingiusto ai fini risarcitori perchè, come si è osservato in dottrina, non è corretta *la conversione tout court dell'illegittimità in illiceità*<sup>376</sup>: ciò infatti equivale ad espungere dal parametro di illiceità le norme dell'ordinamento che conferiscono al provvedimento la

---

373 Il sistema dell'autotutela evidenzia come non ha ragione d'essere un principio di assolutezza della presunzione di legittimità degli atti amministrativi di cui non sia stato chiesto l'annullamento: cfr. Cass. sez. un. 28 dicembre 2008 n. 30254.

Nel diritto civile, la parte non perde il diritto di far valere l'invalidità se l'altra pretende l'esecuzione del contratto (art. 1442, quarto comma, cod. civ.) e d'altro canto può sempre chiedere il risarcimento del danno derivato dal comportamento che l'altra ha tenuto nell'indurla a contrarre.

374 Inoltre, secondo la Corte si giungerebbe a negare la stessa autonomia fra norme di validità e norme di comportamento. Sul tema, cfr. F. Merusi, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni trenta all'alternanza*, Milano, 2001.

375 Cfr. Cons. st., ad. plen. n. 12 del 2007.

376 In dottrina, cfr. G. Greco, *La trasmissione dell'antigiuridicità dell'atto amministrativo illegittimo*, Dir. proc. amm. 2008, 326 e ss.; in giurisprudenza, cfr. Cass. n. 4538 del 27 marzo 2003.

Questo indirizzo giurisprudenziale suscita perplessità specie laddove ricollega la conformità alla legge al prolungarsi degli effetti del provvedimento stesso.

Vale infatti il principio della dissociazione tra validità ed efficacia del provvedimento con i suoi corollari: la sussistenza dell'obbligo di adeguarsi alla regola del caso concreto posta in essere dall'Amministrazione con l'emanazione del provvedimento amministrativo, indipendentemente dalla sua conformità alla legge e fino a quando l'invalidità non sia accertata secondo le procedure previste; l'irrelevanza del prolungarsi dell'efficacia di un provvedimento invalido rispetto alla verifica della conformità a legge di un provvedimento.

La stessa giurisprudenza amministrativa è del resto orientata ad escludere ogni facile equivalenza fra illegittimità dell'atto e illiceità, fra inoppugnabilità dell'atto e presunzione di legittimità, pretendendo ai fini dell'accoglimento della domanda risarcitoria la prova della colpa dell'amministrazione: cfr. Cons. st. 23 ottobre 2007 n. 5539.

capacità di produrre effetti giuridici (correlati alla sua esistenza e non alla sua validità) e comprendervi solo la patologia dell'atto e gli altri elementi costitutivi dell'illecito (nesso di causalità e elemento psicologico)<sup>377</sup>.

La *vigenza* del provvedimento ed in particolare la sua specifica efficacia, essendo imposta e quindi sempre consentita dall'ordinamento, non può mai ritenersi *di per se* illecita.

Invocando a tal proposito il principio di coerenza dell'ordinamento si può affermare che sia esso che preclude la qualificazione della situazione come antiggiuridica, oppure in altra prospettiva si potrebbe far leva sull'*inoppugnabilità* della regolazione concreta, e ritenere dunque che solo il tempestivo esercizio dell'azione di annullamento abiliti il giudice a sindacare la legittimità del provvedimento deducendo che qualora non vi sia più interesse all'annullamento, il giudice possa accogliere l'istanza risarcitoria senza annullare, cosa non possibile se si ritenesse che l'efficacia del provvedimento precludesse ogni diversa valutazione della situazione giuridica<sup>378</sup>.

### 6.3. *L'oggetto del giudizio risarcitorio e nuova ipotesi di giurisdizione esclusiva*

La questione che si pone allora è capire come si pone la valutazione dell'illegittimità dell'atto in relazione all'oggetto del giudizio risarcitorio.

Suscita perplessità l'affermazione della Cassazione, secondo cui l'oggetto del giudizio risarcitorio va individuato nel *diritto* ad ottenere il risarcimento del danno, mentre i singoli aspetti della situazione di fatto che genera responsabilità costituiscono oggetto di un accertamento solo incidentale.

Qualificare come pregiudiziale al giudizio risarcitorio la questione relativa all'accertamento dell'illegittimità dell'atto, significa affermare che essa stia al di fuori dell'oggetto del giudizio nell'ambito del quale la medesima questione è sollevata.

L'illegittimità dell'atto costituisce invece una componente principale del *thema decidendum* e, proprio perchè appartiene all'oggetto del giudizio, non può costituire oggetto di una questione pregiudiziale.

---

377 Il regime dell'atto precettivo è sempre il medesimo, sia ai fini dell'annullamento sia ai fini dell'illiceità, mentre ciò che diverge è solo la diversa tecnica di valutazione dell'atto conseguente (ai fini dell'annullamento) e del comportamento esecutivo (ai fini dell'illiceità).

L'accantonamento della pregiudiziale amministrativa non è parsa dunque sorretto da esigenze di tutela tali da giustificare la grave forzatura del sistema e la compromissione dell'intero impianto del regime dell'atto amministrativo: cfr. G. Greco, *op. ult. cit.*, 357.

378 Cfr. Cons. st. sez. VI, 14 marzo 2005 n. 1047. In tale caso si può ipotizzare la possibilità di pronunce della illegittimità senza annullamento; tale soluzione postulerebbe però che si accetti come conseguenza che il dovere della p.a. di conformarsi al giudicato non includa l'annullamento del provvedimento: per tale opinione G. Falcon, *La responsabilità dell'amministrazione e il potere amministrativo cit.*, 270.

Nel giudizio risarcitorio, il giudice amministrativo esamina il provvedimento illegittimo come un elemento che, insieme al danno contra jus e all'elemento soggettivo, contribuisce alla valutazione complessiva sul comportamento del responsabile.

L'illegittimità costituisce un tassello di una più ampia valutazione in termini di anti giuridicità, ovvero elemento costitutivo della fattispecie di cui all'art. 2043 c.c. e non mero presupposto esterno, sicchè tra illegittimità e fattispecie risarcitoria corre una relazione di pregiudizialità in senso logico e non tecnico<sup>379</sup>.

Una volta chiarito che l'accertamento dell'illegittimità dell'atto rientra nell'oggetto del giudizio vertente sul "diritto al risarcimento", dall'affermazione che nel giudizio risarcitorio il soggetto leso dal provvedimento fa valere *un vero e proprio diritto di credito* mentre in alcun modo è coinvolto un interesse legittimo, si evince un ulteriore profilo problematico che attiene alla giurisdizione del giudice amministrativo<sup>380</sup>.

In coerenza ai principi affermati dalla Corte costituzionale con sentenza n. 204 del 2004, che configura il risarcimento del danno come strumento di tutela ulteriore rispetto al rimedio demolitorio e non materia di giurisdizione esclusiva, si dovrebbe ammettere che al di fuori delle materie di giurisdizione esclusiva legislativamente previste, il giudice amministrativo possa conoscere solo le controversie risarcitorie relative alla lesione di interessi legittimi; per cui, volendo attribuire al giudice amministrativo *anche* la tutela risarcitoria dei diritti soggettivi, si dovrebbe riconoscere che l'art. 7 configuri *una nuova materia di giurisdizione esclusiva*<sup>381</sup>.

In ogni caso, se si accoglie la premessa che il giudicato risarcitorio si forma *sempre* su un *diritto soggettivo al risarcimento*, sia leso un diritto soggettivo o un interesse

---

379 In tal senso, cfr. Cons. st., sez. VI, n. 3717 del 21 giugno 2006.

Diverge l'opinione di Menchini (in *Il nuovo assetto*, 102 e ss.), che ritiene configurabile una pregiudizialità in senso tecnico, in virtù della dipendenza del rapporto giuridico di risarcimento del danno dal "fatto-effetto" atto illegittimo: secondo questo autore, nel giudizio risarcitorio il giudice amministrativo accerta l'illegittimità del provvedimento la quale, oltre a costituire un elemento costitutivo della fattispecie illecita, rilevarebbe anche come oggetto di un autonomo giudizio di annullamento davanti al giudice amministrativo.

Si è tuttavia obiettato che diversi sono l'accertamento dell'illegittimità del provvedimento nell'azione di annullamento e l'accertamento dell'illegittimità stessa effettuato nell'azione risarcitoria: mentre nella prima l'illegittimità rientra nell'oggetto del giudizio impugnatorio ed è coperta del conseguente giudicato sostanziale, nella seconda essa costituisce una questione pregiudiziale di merito ai sensi dell'art. 34 c.p.c., come tale accertabile soltanto incidenter tantum (cfr. G. Verde, *L'adunanza plenaria n. 12 del 2007 dal punto di vista del processualista*, in Corr. giur. n. 6/2008).

380 Oggetto del giudizio va individuato in un rapporto obbligatorio, ossia in un'obbligazione risarcitoria avente ad oggetto *un diritto di credito* di colui che ha subito un danno ed il corrispondente obbligo di chi lo abbia cagionato.

381 Secondo un autorevole indirizzo, vi è l'esigenza che venga posto un punto fermo, e cioè che si riconosca che siffatta scelta normativa comporta la "creazione di un nuovo ambito di giurisdizione esclusiva", che trova la sua giustificazione nella necessità apprezzabile della concentrazione della tutela e non nella qualificazione del giudice amministrativo come giudice naturale della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica: cfr. F. Scoca, *Divagazioni su giurisdizione azione risarcitoria nei confronti della p.a.*, in Dir. proc. amm. n. 1 del 2008, 10 e 13.

legittimo, non sembra neppure irragionevole chiedersi se non sia più giusto che di questo diritto conosca il “*giudice naturale dei diritti*”, ossia il giudice ordinario<sup>382</sup>.

\* \* \*

La tesi che configura il rimedio risarcitorio autonomo ha come suoi corollari il riconoscimento di un potere di scelta al privato tra la tutela specifica e la tutela risarcitoria<sup>383</sup>.

L'esigenza di fondo è quella di rendere effettiva la tutela del cittadino nei confronti della p.a. ossia non più ristretta quanto a modalità di tutela né frazionata in molteplici sedi giudiziarie<sup>384</sup>, sul presupposto dell'accettazione del modello di giurisdizione soggettiva<sup>385</sup>.

Altri studi amministrativisti, pur senza escludere la libertà di scelta della tutela giurisdizionale, fanno ricadere sul privato le conseguenze della mancata impugnazione del provvedimento ai sensi dell'art. 1227, co. 2, c.c., sostenendo che siffatta omissione possa attenuare o annullare il contenuto della pretesa risarcitoria<sup>386</sup>.

Le difficoltà di ammettere la piena autonomia tra le due azioni e la conseguente libertà di scelta tra tutela per equivalente e tutela in forma specifica discendono, a ben vedere, dal carattere di radicale alternatività di siffatta tesi rispetto alla tradizionale priorità del rimedio impugnatorio<sup>387</sup>.

Aderire alla tesi della priorità del rimedio impugnatorio significa riconoscere il

---

382 Sulla necessità che il giudice ordinario si riappropri delle controversie da lesione dell'interesse legittimo con riserva al giudice amministrativo delle sole controversie sui diritti patrimoniali consequenziali: cfr. F. Volpe, *Pregiudizialità amministrativa alla luce del principio di consequenzialità e del principio di eventualità*, in Foro amm. (Cons. st.) 2008, 1940.

383 Preoccupazioni per un'indebita compressione delle scelte a disposizione dell'interessato nell'eventualità di una definizione nel merito dell'azione risarcitoria, cfr. A. Police, *Riflessi processuali della disciplina generale dell'azione amministrativa*, in V. Cerulli Irelli, *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli 2006, 462; così per la pretesa inconciliabilità con i principi costituzionali del carattere soggettivo della tutela giurisdizionale: cfr. G. Comporti, *Pregiudiziale amministrativa: natura e limiti di una figura geometria variabile*, in Dir. proc. amm. 2005, 280.

Al superamento della regola della pregiudizialità si è tentato di pervenire anche per altra via, attraverso la ricostruzione del rapporto tra domanda di annullamento e domanda di risarcimento in termini di incompatibilità e alternatività. Questa impostazione dottrinale afferma che, se l'atto amministrativo in tanto può definirsi illecito in quanto si qualifichi come illegittimo, a seguito dell'annullamento ad effetto retroattivo verrebbero meno insieme la qualifica di illegittimità dell'atto e quella di illiceità del comportamento tenuto dall'Amministrazione: “*L'atto annullato non è e non è mai stato (in ragione dei c.d. effetti retroattivi dell'annullamento) né legittimo né illegittimo: semplicemente è (ed è sempre stato) un non-atto che in quanto tale non ammette qualificazioni*”: cfr. F. Volpe, *op. cit.*, 406.

384 Cfr. F. Scoca, *Sopravviverà la giurisdizione esclusiva?*, in Giur. cost. 2004, 2219. Secondo il citato autore, pare arduo sostenere la regola della pregiudizialità amministrativa “*se si assume nel suo intero valore l'affermazione sulla necessità della piena ed effettiva tutela degli interessi legittimi e si aggiunge che l'art. 24 cost. parifica la tutela di queste situazioni soggettive a quella dei diritti soggettivi*”.

385 Cfr. L. Ferrara, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione*, Firenze 2002.

386 Per la tesi della responsabilità attenuata, cfr. G. Falcon, *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza cit.*, 328 e ss.; F. Caringella, *La pregiudiziale amministrativa cit.*, 99.

387 A favore del carattere sussidiario della domanda di risarcimento rispetto a quella di annullamento: cfr. Cons. st., sez. VI, 7 maggio 2002 n. 3338; Cons. st. sez. VI, 5 dicembre 2005 n. 6960; Cons. st. 7 ottobre n. 4829.

carattere sussidiario e consequenziale dell'azione risarcitoria, siccome riferito all'esperimento dell'azione costitutiva di annullamento, anziché - come invece ipotizzano i sostenitori del giudizio sul rapporto - al disgiunto accertamento dell'illegittimità dell'atto,

Peraltro, i dubbi sull'attuale valenza del principio del primato dell'azione impugnatoria non paiono infondati, se si considera che nel nuovo quadro normativo l'azione impugnatoria non viene vista più come la sede privilegiata per esercitare il vaglio di legittimità, che ben può essere effettuato anche nel giudizio risarcitorio.

Non solo la valutazione dell'illegittimità del provvedimento non esaurisce il problema dell'esistenza di un danno ingiusto (come ad esempio accade in presenza di fatti dannosi che non possono essere rimossi una volta verificatisi, siano essi rappresentati o meno da provvedimenti dell'Amministrazione), ma a valle di essa può anche non esserci la spettanza del bene, oppure detta spettanza può rimanere probabilistica e dar luogo ad una pretesa risarcitoria in termini di *chance*.

Di fronte alla crisi del primato dell'azione di annullamento, ci si chiede se non sia più corretto seguire il monito della Corte di Cassazione che suggerisce di desumere la validità della regola della pregiudizialità amministrativa non, sul piano sistematico, da caratteristiche "intrinseche" alla giurisdizione del giudice amministrativo e in primis dalla sua vocazione prevalentemente demolitoria, ma piuttosto di verificare la validità stessa, prendendo in considerazione il vantaggio che ne riceverebbe il cittadino leso, ossia *l'utilità* che la rilevazione del vizio in sede impugnatoria potrebbe avere ai fini dell'accertamento compiuto dell'an e del quantum della richiesta riparazione<sup>388</sup>.

Se dunque si volesse seguire il criterio dell'utilità del cittadino leso, non si potrebbe più dubitare che in sede risarcitoria il giudice amministrativo possa accertare con forza di giudicato la responsabilità derivante all'Amministrazione dall'esercizio illegittimo della funzione e, quindi, la sussistenza di un vero e proprio *diritto* ad ottenere il risarcimento<sup>389</sup>.

La configurazione del giudizio risarcitorio come giudizio di accertamento del diritto ad ottenere il risarcimento del danno si allinea con l'attuale evoluzione della tutela giurisdizionale degli interessi legittimi verso il nuovo modello di giudizio sul rapporto<sup>390</sup>,

---

388 Cfr. Cass., sez. un., 28 dicembre 2008 n. 30254. In merito alla priorità della tutela demolitoria, la Corte osserva che vi sono casi in cui l'annullamento non è in grado di procurare alcuna soddisfazione all'interesse protetto, atteso il tempo trascorso: allora, per ammettere il ricorso, si è costretti a postulare un interesse all'annullamento, perché questo sarebbe il tramite necessario per accedere ad una pronuncia di condanna al risarcimento del danno.

389 L'interpretazione contrasta tuttavia con la definizione fornita dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 204 del 2004 del risarcimento del danno, inteso come strumento di tutela ulteriore rispetto a quello classico demolitorio (e/o conformativo) ossia come "*modalità di protezione del bene della vita, anziché come una materia o un diritto soggettivo*".

390 Cfr. art. 21, co. 1, legge tar; art. 2, co. 5, ed art. 21 octies, co. 1, legge 241 del 1990.

nel cui contesto non sembra più sostenibile il principio della pregiudizialità amministrativa.

\* \* \*

La configurabilità del rimedio risarcitorio come strumento di tutela autonoma presenta tuttavia profili di pericolosità per la stessa sopravvivenza del giudice amministrativo.

Le “controindicazioni” all'ammissibilità dell'azione risarcitoria autonoma vengono individuate non solo nella dequotazione della funzione di tutela oggettiva tradizionalmente propria della giustizia amministrativa e nella vanificazione delle esigenze di certezza delle situazioni giuridiche.

Le maggiori preoccupazioni riguardano però la violazione dei principi di buon andamento e di legalità dell'azione amministrativa, perchè il riconoscimento a favore del privato leso di un potere di scelta tra le due azioni in questione finisce per tradursi in una sorta di accettazione e, per così dire, di “consolidazione” dell'illegittimità del provvedimento amministrativo (oltre che nella monetizzazione dell'illegittimità stessa).

Particolarmente grave è il rischio che, mediante la sostituzione dell'azione risarcitoria a quella di annullamento, venga compromesso il controllo giurisdizionale della legalità dell'azione amministrativa in ambiti di fondamentale rilevanza (come quello delle appalti pubblici ed, in particolare, delle grandi opere)<sup>391</sup>, e che si affermi il principio della *prevalenza del risultato sulla legalità*<sup>392</sup>.

La tendenza legislativa favorevole a configurare la tutela risarcitoria come esclusiva forma di tutela suscita dubbi di legittimità costituzionale perchè, come osserva la Corte costituzionale, “*le forme di riparazione economica*”, quali il risarcimento del danno o le indennità riconosciute dalla disciplina privatistica (nel caso concreto, a favore del lavoratore ingiustificatamente licenziato), “*non possono rappresentare nel settore pubblico strumenti efficaci di tutela degli interessi collettivi lesi da atti illegittimi di rimozione di dirigenti amministrativi*”<sup>393</sup>.

Il ristoro economico riconosciuto al privato lascia intatto il pregiudizio arrecato da quella rimozione all'interesse pubblico all'imparzialità amministrativa ed al buon andamento

---

391 Cfr. M.A. Sandulli, *Il processo amministrativo superaccelerato ed i nuovi contratti ricorso-resistenti*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it); secondo l'autrice, la funzione del giudice diventa in questo quadro quella assai modesta di “chiudere il processo ad ogni costo, socializzando i costi dell'attività provvedimentale illegittima con un doppio onere economico per la collettività”.

392 Si pensi alla problematica della caducazione del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione, in relazione alla quale l'interesse generale, in nome del quale è consentita la deroga alla regola della caducazione del contratto secondo quanto previsto dall'art. 2 quinquies, co. 3, della Direttiva CE n. 66 del 2007, viene individuato appunto nella prevalenza del risultato sulla legalità: cfr. M.A. Sandulli, *op. ult. cit.*, 14.

393 Cfr. Corte cost. n. 351 del 24 ottobre 2008 in materia di spoils system.

della p.a., anche in termini di “costo finanziario aggiuntivo” subito dalla collettività<sup>394</sup>.

L'interesse pubblico affidato al giudice amministrativo può trovare la sua fonte primaria di tutela esclusivamente in strumenti che, anziché consentire il perpetrarsi delle violazioni di legge (come il rimedio risarcitorio per equivalente), impediscono che la violazione produca effetti (così il rimedi della sospensione e dell'annullamento)<sup>395</sup>.

L'attuale evoluzione legislativa tendente a premiare il risarcimento a discapito della rimozione dell'illegittimità in nome dell'esigenza di accelerazione delle procedure amministrative – e la citata disposizione dell'art. 20 del d.l. n. 185 del 2008, conv. dalla legge n. 2 del 2009 ne è un esempio - suscita forti perplessità, per irreparabile vulnus del principio di legalità, ma anche sotto il profilo dell'onere finanziario che si rischia di addossare all'Amministrazione, in termini sia di corrispettivo del contratto stipulato, sia del risarcimento del danno a favore dell'impresa risultata non aggiudicataria<sup>396</sup>.

\* \* \*

#### 6.5. *La pregiudizialità e la salvaguardia della specialità del giudice amministrativo*

Il tema della pregiudizialità amministrativa, oltre a rappresentare una questione molto dibattuta nell'ambito del risarcimento del danno derivante ad un provvedimento illegittimo, consente una riflessione più ampia sui cardini fondamentali del nostro sistema processuale amministrativo, come la natura della giurisdizione, il ruolo del giudice amministrativo, la funzione e l'oggetto del giudizio.

Di fronte al rischio di sopravvivenza della specialità del diritto amministrativo, diventa urgente ripensare il ruolo del provvedimento amministrativo, sia come esercizio di un potere autoritativo sia come atto di composizione di interessi contrapposti.

Sotto il primo profilo, si è visto che la tesi dell'onere di annullamento come presupposto sostanziale del giudizio risarcitorio si fonda su un attributo fondamentale del provvedimento amministrativo, quello della autoritatività.

Nel diritto pubblico, il valore della *giustizia*, in una certa misura, cede a quelli della

---

394 Come osserva la giurisprudenza amministrativa, ammettere l'azione risarcitoria autonoma equivale a “trasferire le conseguenze dell'illegittimità dallo Stato-apparato...allo Stato-comunità che quindi sopporterà la sanzione risarcitoria, ovvero la monetizzazione del bene della vita che il privato non ha potuto ottenere o conservare”: cfr. Tar Campania, sez. I, 16 aprile 2007 n. 651.

395 Cfr. E.M. Barbieri, *E' bene abolire la pregiudiziale amministrativa?*, in Riv. trim. app. 2006, 807.

396 Cfr. Cons. st. sez. VI, 21 aprile 2009 n. 2436, ove si ravvisa nell'inciso “in caso di annullamento dell'atto” un segno inequivoco che il legislatore abbia inteso ribadire la necessaria pregiudizialità negata dalle Sezioni Unite.

Sulle perplessità per l'effetto della consolidazione della situazione di illegittimità in conseguenza dell'accoglimento della domanda risarcitoria, cfr. E.M. Barbieri, *Funzione del giudice, funzione dell'amministrazione ed interessi individuali del cittadino alla luce della pregiudiziale amministrativa*, in Dir. proc. amm. n. 3 del 2008, 949 e ss..

*stabilità* degli effetti del provvedimento, perchè la mancata impugnazione del provvedimento illegittimo comporta, sul piano sostanziale, la consolidazione degli effetti del provvedimento illegittimo e, su quello processuale, l'inoppugnabilità del provvedimento medesimo.

Sotto la spinta del diritto comunitario, il baricentro della tutela si va spostando dal concetto del diritto dello Stato al diritto degli individuo e pure il concetto giuridico di autorità sembra spostarsi dall'ottica della legittimità all'ottica del risultato<sup>397</sup>.

La parificazione del rapporto di diritto pubblico a quello di diritto privato ed il riconoscimento della dignità di rapporto giuridico alle relazioni tra cittadino e pubblico potere non vengono più viste con sfavore come in passato: anzi, come osserva la Suprema Corte, l'accettazione dell'idea di un rapporto giuridico "paritario" appare la più idonea ad attuare il principio di effettività della tutela giurisdizionale.

Oltre la tutela del soggetto leso, vi è però un'altra esigenza da tutelare, vale a dire quella di garantire la legalità dell'azione amministrativa.

Tale esigenza può essere soddisfatta soltanto mediante l'annullamento dell'atto illegittimo e la sua sostituzione con un nuovo atto legittimo.

Il fine della cura dell'interesse pubblico non può operare a vantaggio dell'amministrazione come esimente, perchè questa deve operare come una sovranità responsabile, ed è quindi tenuta a rispettare il principio di *naeminem laedere*, come ogni ogni soggetto dell'ordinamento.

Se accade che l'Amministrazione agisca in violazione di quel dovere ponendo in essere un provvedimento illegittimo, la tutela dell'interesse pubblico potrà essere garantita solo mediante la rimozione dell'atto, a nulla valendo il richiamo al principio della presunzione di legittimità del provvedimento amministrativo per desumere dalla condizione di inoppugnabilità dell'atto un effetto di convalidazione dello stesso.

Venendo al profilo che attiene alla natura del provvedimento amministrativo, merita di essere discusso l'assunto della naturale conflittualità tra esigenza di tutela delle situazioni giuridiche soggettive ed esigenza di tutela della legalità pubblica, perchè una tutela effettiva sotto il profilo della protezione dell'interesse individuale è anche quella che contribuisce allo scopo di porre la legalità al centro dell'azione amministrativa.

Se non si accetta l'idea di questo "compromesso solidaristico" tra le esigenze collettive e pretesa privatistica, consacrata nella figura dell'interesse legittimo, si perde di

---

397 E' nell'art. 19 della Costituzione tedesca che si trova affermato il concetto di "*Tecnica del diritto soggettivo*", ma anche nella Carta dei Diritti di Nizza e nel Trattato di Lisbona.

vista lo scopo ultimo del processo amministrativo, come mezzo per giungere alla *sintesi di due elementi contrapposti*, l'uno soggettivo (la salvaguardia dei beni della vita dell'interessato) e l'altro oggettivo (l'interesse della collettività al ripristino della legalità violata ed alla rinnovazione della funzione)<sup>398</sup>.

Se l'interesse legittimo è sintesi tra l'esigenza di tutela del singolo e quella di tutela dell'interesse collettivo, si può rinvenire una nuova giustificazione della priorità dell'azione di annullamento, perchè nel giudizio impugnatorio il giudice amministrativo può effettuare quel controllo tra interesse generale ed interesse particolare che può essere mancato in sede di allegazione dei motivi su cui si fonda il ricorso, e quindi verificare mediante il sindacato di ragionevolezza se l'amministrazione abbia operato una corretta composizione tra interesse particolare ed interesse generale oppure si debba procedere ad un nuovo esercizio della discrezionalità amministrativa<sup>399</sup>.

Il rimedio risarcitorio autonomo significa mancata soddisfazione dell'interesse collettivo, ed insieme rinuncia alla tutela dell'interesse legittimo<sup>400</sup>.

Come ha rilevato lo stesso giudice amministrativo, il giudizio risarcitorio da provvedimento illegittimo si atteggia a “giudizio di spettanza di natura virtuale”, avente finalità compensative, nel quale l'illegittimità dell'atto dannoso rimane pur sempre conditio sine qua non dell'accertamento da svolgere alla stregua di una questione preliminare di merito<sup>401</sup>.

Secondo il giudice amministrativo, è ammissibile l'autonomia del rimedio risarcitorio ma non nel senso di negazione della regola della pregiudizialità, ma con allusione al diverso regime di cognizione giurisdizionale, il quale comporta che in sede di cognizione della domanda risarcitoria non si perseguono direttamente risultati provvedimentali, né ogni altra forma di tutela specifica.

Di conseguenza, data l'autonomia della cognizione della domanda risarcitoria, essa dovrebbe seguire gli ordinari principi dell'onere della prova, non potendosi invocare

---

398 Cfr. A. Romano, *La pregiudizialità cit.*, 250.

Sulla necessità che la tutela dell'interesse legittimo richieda un approccio conoscitivo duale alla validità dell'atto: cfr. M. Magri, *L'incostituzionalità dello spoils system e la reintegrazione del dirigente*, in *Giorn. dir. amm.* 2009, 511 e ss..

399 Cfr. G. Falcon, *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza cit.*, 328.

400 Cfr. M. Magri, *l'incostituzionalità dello spoils system e la reintegrazione del dirigente cit.*

401 Cfr. Cons. st., sez. IV, 21 aprile 2009 n. 2435, con nota di F. Cortese, *Il danno da provvedimento illegittimo e il “dover essere” del procedimento*, in *Giorn. dir. amm.* n. 10/2009, 1060 e ss.

In applicazione del principio affermato, il Consiglio di Stato conferma la tesi originale dei primi giudici sull'irrelevanza della sopravvenuta improcedibilità delle domande costitutive in merito alla cognizione della domanda risarcitoria, e per tale via accoglie la ricostruzione del cumulo oggettivo di domande come *litisconsorzio unitario facoltativo*.

l'esercizio del generale metodo acquisitivo tipico del giudizio di annullamento.

L'azione risarcitoria andrebbe dunque soggetta al principio dell'onere della prova con conseguente onere in capo al ricorrente di dimostrare la fondatezza della sua pretesa, non diversamente da quanto avviene in ogni altro processo avente ad oggetto diritti.

Il giudice è libero di formarsi il proprio convincimento sulla base di tutte le risultanze istruttorie in forza del principio dell'acquisizione delle prove, ma ciò non significa affermare la valenza, anche nel processo amministrativo, di un principio di acquisizione processuale operante per oggettive ragioni di economia; significa invece possibilità per il giudice di utilizzare le risultanze prodotte in giudizio nonostante l'improcedibilità di una domanda nell'ipotesi di litisconsorzio unitario facoltativo.

La sentenza qui richiamata, ed in particolare l'affermazione in essa contenuta del principio dell'autonomia del sindacato cui è tenuto il giudice del risarcimento del danno, non riesce a superare le incertezze legate al tema ancora in evoluzione del regime della responsabilità dell'Amministrazione, prestandosi a letture diversificate in caso di accoglimento delle due diverse tesi sul problema del rapporto tra azione risarcitoria e azione di annullamento<sup>402</sup>.

Il problema del rapporto tra tutela specifica e tutela risarcitoria va risolta come una questione di diritto positivo mediante la scelta tra due modelli fondamentali quello della *rilevanza* del previo esercizio dell'azione costitutiva (che si fonda sull'idea che il danneggiato è esso stesso responsabile del danno che avrebbe evitato con l'esercizio dell'azione specifica e comporta che dalla misura del risarcimento venga sottratta la quota di danno che egli avrebbe potuto evitare usando diligenza) e quello che si basa sulla *priorità* del rimedio specifico o della pregiudizialità (secondo cui il risarcimento viene riconosciuto solo a condizione che sia stato utilizzato il rimedio specifico e in relazione al danno ulteriore rispetto a quello prodotto dalla semplice illegittimità del provvedimento)<sup>403</sup>.

Si tratta, come si è detto, di una scelta di diritto positivo tra due criteri entrambi ragionevoli e difendibili, anche se i scarni riferimenti normativi che regolano la materia (art. 7 legge n. 1034 del 1971 e l'art. 35, comma 3, d.lgs n. 80 del 1998) ci inducono a ritenere preferibile il modello della pregiudizialità.

Oltre al rilievo che la p.a. da sempre è tenuta a conformarsi al giudicato e che del

---

402 Come osserva Cortese, in caso di accoglimento della regola della pregiudizialità, il Consiglio di Stato sarebbe pronto a concepirla come mera esigenza di un'impugnazione tempestiva (e non anche di un previo giudizio di annullamento sia pure ai fini risarcitori); nel caso invece di accoglimento della tesi dell'autonomia del rimedio risarcitorio, il Consiglio di Stato si riserverebbe di praticare soltanto in via virtuale un giudizio probabilistico sul rapporto (F. Cortese, *Il danno da provvedimento cit.*, 1967),

403 F. Cortese, *La questione della pregiudizialità amministrativa (il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo tra diritto sostanziale e diritto processuale)*, Padova 2007, 3 e ss e 208 e ss.

giudicato fa parte l'accertamento dell'illegittimità del provvedimento posto a base della condanna al risarcimento, sicchè per ipotizzare la sola azione risarcitoria bisognerebbe limitare l'obbligo di conformazione alla sola parte dispositiva<sup>404</sup>, si ritiene condivisibile l'affermazione che la tutela specifica consente lo svolgimento totale dell'azione amministrativa legittima, e solo esso consente di verificare se l'interesse del soggetto era meritevole di tutela in senso sostanziale.

*6.6. Dalla logica della spettanza alla logica dell'inadempimento: il diritto comunitario spezza il modello del processo sull'atto e lo dissolve nel modello del giudizio sull'inadempimento comunitario.*

L'analisi del rapporto tra l'azione risarcitoria e l'azione impugnatoria costituisce un terreno privilegiato per saggiare l'attuale valenza della logica della spettanza.

Se in linea di principio il diritto comunitario riconosce la prevalenza della tutela specifica rispetto a quella per equivalente, si deve riconoscere che il tema in questione è assai complesso ed impone soluzioni differenziate a seconda del tipo del rapporto giuridico di cui è parte l'Amministrazione<sup>405</sup>.

Si sono distinte in proposito le fattispecie in cui vi è un *rapporto bilaterale* tra l'Amministrazione ed un altro soggetto - dove alla riconosciuta prevalenza della tutela specifica per equivalente si affianca quello risarcitorio relegato a rimedio sussidiario<sup>406</sup>; e quelle in cui l'Amministrazione è parte di un "*rapporto trilaterale*", e dove il risarcimento perso il carattere di rimedio sussidiario diviene rimedio alternativo alla tutela specifica<sup>407</sup>: in tale evenienza, alla necessità di assicurare l'effettività della tutela a colui che ha subito danno dalla violazione del diritto comunitario, si affianca l'esigenza di tutela del terzo in buona fede che corre il rischio di vedersi privato del vantaggio sorto grazie all'illegittimità comunitaria.

Con riguardo ai rapporti trilaterale, la Corte di giustizia UE è dunque favorevole a sganciare il risarcimento per equivalente dalla tutela specifica ed a configurarla in termini di "*alternatività*", anziché di subordinazione, rispetto a quella costitutiva.

Per essere conforme al sistema comunitario, l'ordinamento interno non è obbligato

---

404 G. Falcon, *La responsabilità dell'amministrazione cit.*, 268, nota 41.

405 Cfr. A. Bartolini, *Il risarcimento del danno tra giudice comunitario e giudice amministrativo*, Torino 2005, 206 e ss..

406 La responsabilità delle autorità nazionali configura un'ulteriore garanzia a favore degli individui avendo la funzione di supplire alle lacune di effettività della tutela in forma specifica.

407 Cfr. Corte giust. CE, 7 gennaio 2004 C-201/02 *Wells*.

alla pienezza di tutela ma può accordare alternativamente la tutela specifica o solo quella risarcitoria: peraltro la scelta di limitare le forme di tutela al solo risarcimento del danno dipende dall'assenso dell'interessato (si parla al riguardo di *alternatività condizionata*)<sup>408</sup>.

Nell'ipotesi di relazioni bilaterali, il sistema di tutela comunitario pare improntato ad una logica obiettiva, ove prevale l'interesse alla legalità comunitaria rispetto a quello della garanzia delle situazioni soggettive; nel caso di relazioni triangolari, si potenziano invece le situazioni soggettive del ricorrente e del controinteressato rispetto all'interesse pubblico comunitario, rimanendo peraltro riservata ad una valutazione personale del ricorrente la scelta del rimedio.

L'effettività prevale dunque sul *favor* comunitario per la tutela specifica<sup>409</sup>, perchè anche nei rapporti bilaterali viene estesa la regola dell'alternatività quando sia in gioco il principio di effettività.

L'evoluzione della giurisprudenza comunitaria muove verso la tutela effettiva e piena dei diritti dei cittadini mediante l'allargamento della sfera delle situazioni soggettive comunitarie e l'affermazione di un regime di tutele differenziate<sup>410</sup>.

Il giudice comunitario è orientato a conformare i diritti seconda la logica della spettanza ed a riconoscere l'esistenza di *veri e propri diritti* solo nel campo degli obblighi precisi ed incondizionati non dettati nell'esclusivo interesse dell'individuo, la cui violazione non consente di mantenere ed acquisire un risultato, che secondo l'ordinamento comunitario dovrebbe essere conseguito<sup>411</sup>.

Se già con alcune direttive<sup>412</sup>, il legislatore comunitario ha superato gli indirizzi della

---

408 Cfr. A. Bartolini, *op. cit.*, 93.

409 Cfr. Corte giust. CE 8 marzo 2001 *Metallgesellschaft*, C-397/98 e 410/98, ove si afferma che gli ordinamenti nazionali non possono condizionare l'ammissibilità dell'azione di risarcimento danni al previo esperimento di altri mezzi di ricorso ed in particolare alla previa impugnazione dell'atto lesivi.

410 Cfr. Corte giust. CE, 19 novembre 1991, C-6/90, C-6/90, e C-9/90, per l'affermazione del principio secondo cui la mancata attuazione da parte delle autorità nazionali di direttive prive di efficacia diretta, tale da cagionare un danno ai potenziali beneficiari, comporta per lo Stato l'obbligo di risarcire il pregiudizio subito dai privati.

Il principio di responsabilità assume duplice carattere di tutela soggettiva e di tutela oggettiva ponendosi come mezzo per assicurare *l'effet utile* ed in definitiva la *primauté* comunitaria; la responsabilità dello stato sembra configurare una reazione all'inadempimento dell'obbligo di buona fede oggettiva cui sono tenuti gli ordinamenti interni nell'applicazione del diritto comunitario: Cfr. Corte giust. CE, 26 marzo 1996 C-393/93, *British telecommunications*.

411 Cfr. A. Bartolini, *op. cit.*, 89 e ss..

412 Si pensi ad una serie di direttive comunitarie: ad esempio quelle sull'accesso del pubblico all'informazione ambientale n. 90/313/CEE abrogata dalla direttiva n. 2003/4/CEE, sulla partecipazione del pubblico all'elaborazione di piani e programmi in materia ambientale n. 2003/35/CE, sulla responsabilità ambientale n. 2004/35/CE e sulla prevenzione e riduzione integrata dell'inquinamento n. 96/61/CE.

Quest'ultima riconosce la possibilità di ricorrere ad un'autorità giurisdizionale per contestare la legittimità sostanziale o procedurale di decisioni, atti od omissioni soggette alla direttiva.

La legittimazione a ricorrere è riconosciuta al pubblico interessato che, se richiesto dal diritto processuale amministrativo interno, sia considerato a tal fine "titolare di un diritto".

Corte Ue definendo come diritti anche talune situazioni metaindividuali, non collegate alla spettanza del c.d. “bene della vita”, nella giurisprudenza comunitaria “post Francovich”, si assiste ad una progressiva estensione della portata della c.d. situazione comunitaria risarcibile ed alla prefigurazione di un sistema in cui il carattere protettivo possa dipendere non più dalla spettanza, ma dalla “*finalità di proteggere l'individuo*”.

Nell'esperienza comunitaria non esiste il dialogo necessitato tra potestà discrezionale e situazioni soggettive, come nel nostro sistema amministrativo nazionale<sup>413</sup>; la situazione soggettiva non è condizionata dal potere e mantiene la connotazione del “diritto”, venendo definita in base alla direzione della norma e non in forza dell'effetto conformativo operato dalla natura discrezionale del potere.

In tema di responsabilità, vige un sistema di tutela risarcitoria diverso da quello del risarcimento degli interessi legittimi, dove la logica dei diritti individuali prevale su quella del potere discrezionale e dove gli uni e l'altro operano su piani differenti<sup>414</sup>.

Muta l'immagine dell'autorità (che viene vista dall'ordinamento comunitario non tanto come sede di potere discrezionali, quanto come soggetto destinatario di obblighi) e dalla logica della spettanza si passa alla logica dell'adempimento di un obbligo

Da qui il superamento della logica della spettanza e la prevalenza della diversa logica dell'*inadempimento*: il che significa che il diritto comunitario non attribuisce beni della vita, ma fissa alcuni obblighi che devono portare al conseguimento del risultato da raggiungere e la cui violazione comporta il diritto al risarcimento, a prescindere dalla presenza di margini di discrezionalità.

La dimensione dei diritti ha perso la sua funzione esclusivamente obiettiva ed non è più finalizzata all'affermazione del *principio di primauté*, ma alla *tutela dell'individuo che rappresenta il “valore finale”*, da tutelare in sé e per sé, in conformità ad una visione sostanziale e soggettiva delle situazioni giuridiche soggettive<sup>415</sup>.

Il diritto dell'individuo è separato dal potere e la situazione soggettiva nei confronti

---

Ne deriva la tendenza ad una marcata oggettivizzazione tendente a riconoscere titolari di interessi ambientali al più ampio novero di soggetti possibili, tendenza che pare accentuarsi nel campo dell'informazione ambientale dove il diritto è attribuito a chiunque, a prescindere da qualsiasi appartenenza di beni o utilità sostanziali.

In generale, nella materia ambientale emerge la tendenza ad attribuire diritti anche a soggetti che sono privi di una relazione diretta con un bene della vita, essendo centri di riferimento di interessi metaindividuali.

413 Le situazioni soggettive comunitarie non dialogano con il potere, essendo ontologicamente correlate ad obblighi precisi ed incondizionati.

Definisce un “dialogo tra sordi” la situazione di profonda differenza tra il modello comunitario e quella italiano (si pensi alla diversa configurazione delle situazioni soggettive, della discrezionalità e del giudizio di colpevolezza), cfr. R. Caranta, *Responsabilità extracontrattuale della pubblica amministrazione, Sistemi e tecniche*, Milano 1993, 368.

414 Cfr. A. Bartolini, *op. cit.*, 51.

415 Cfr. M.P. Chiti, *Diritto amministrativo europeo*, Milano 2004, II ed..

dell'autorità si qualifica in termini non di dovere ma di *obbligo*, cui si correla *un diritto di credito*, secondo la tipica configurazione di un rapporto obbligatorio.

La Comunità pone un *vincolo iuris* tra autorità nazionale e debitore come nelle relazioni tra creditore e debitore, essendo il diritto obiettivo (comprese le norme comunitarie) fonte di obbligazioni al pari del contratto<sup>416</sup>.

In questo processo di soggettivizzazione ove l'individuo diventa il centro d'imputazione di diritto, per ottenere il risarcimento del danno occorre la violazione del diritto, ma anche la lesione di una norma protettiva, tale da ingenerare un oggettivo affidamento al conseguimento del bene della vita.

Mediante l'impiego della *Schutznormtheorie*, si è pervenuti ad un sempre maggiore favore nei confronti dell'individuo e conseguente ampliamento del fascio dei diritti tutelabili, intesi nel significato di qualsiasi situazione giuridica tutelabile, senza distinzioni tra diritti soggettivi ed interessi legittimi<sup>417</sup>.

Mentre nell'ordinamento comunitario esiste solo il “diritto” inteso come quell'interesse che viene tutelato dalla norma in favore dell'individuo, l'interesse legittimo viene degradato da situazione soggettiva sostanziale a “regola organizzativa” volta ad individuare il giudice competente e la procedura da seguire nel dare tutela giurisdizionale<sup>418</sup>.

L'opera di allargamento è avvenuta grazie alla richiamata *Schutznormtheorie*, in base alla quale la norma è considerata fonte di diritto pubblico soggettivo, quando ha carattere protettivo per essere preordinata a garantire l'individuo e non a tutelare esclusivamente l'interesse pubblico.

Il concetto di diritto pubblico soggettivo si è progressivamente esteso fino a ricomprendere situazioni non piene, escluse le situazioni adespote e quelle derivanti da norme di protezione dettate nell'esclusivo interesse pubblico<sup>419</sup>.

---

416 Nella dottrina italiana, una posizione analoga è sostenuta da L. Ferrara, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 2003, 160; l'autore definisce le norme sull'esercizio dei poteri pubblici come norme aventi ad oggetto una precisa prestazione consistente nell'emanazione di un atto rispettoso dei vincoli di legge.

Dubbi sulla riconducibilità allo schema del rapporto obbligatorio della relazione tra autorità nazionale ed individuo sono stati espressi in dottrina da M. Protto, *L'effettività della tutela giurisdizionale nelle procedure di aggiudicazione di pubblici appalti. Studio sull'influsso dell'integrazione europea sulle tutele*, Milano 1997.

417 La Corte di giustizia ha ritenuto la figura dell'interesse legittimo compatibile con i principi della Comunità, limitandosi a precisare che alle situazioni soggettive di derivazione comunitaria anche se denominate come interessi legittimi deve essere garantita una tutela effettiva piena, non limitata solo ad alcuni mezzi di gravame: l'interesse legittimo può esistere purchè non configuri un mezzo di discriminazione tale da sottrarre alla tutela piena le situazioni di derivazione comunitaria.

418 Cfr. E. Scoditti, *Ancora sull'illecito dello Stato per mancata attuazione di direttiva comunitaria, nota a Cass. 16 maggio 2003 n. 7630*, in *Foro it.* 2003, I, 2015.

419 Cfr. G. Tesaurò, *Responsabilità risarcitoria degli stati membri per violazione del diritto comunitario*, Milano 2008, 304.

Per adeguarsi al diritto comunitario si impone un passaggio dall'ottica “sostanziale” a quella “strumentale” ed il conseguente riconoscimento della risarcibilità di tutte le forme espressive del risarcimento, ad esclusione solo di quelle illegittimità comunitarie non coperte dalla *Schutznorm* (interessi diffusi e dei diritti formali).

In questo contesto, l'interesse legittimo è destinato a recedere come forma di filtro alle pretese risarcitorie, essendo demandato al nesso di causalità il compito di selezionare il grado di risarcibilità delle situazioni soggettive lese ed analoga funzione di filtro compete alla colpevolezza sia pure in maniera adeguata ai criteri comunitari connessi al giudizio sulla “violazione grave e manifesta”.

Per giungere ad una omogeneizzazione dei due modelli di tutela, quello nazionale e quello comunitario, si impone una interpretazione evolutiva della norma costituzionale, in modo da ridurre il divario che divide gli interessi legittimi dai diritti soggettivi<sup>420</sup>.

Viene richiesto al giudice amministrativo lo sforzo di spogliarsi della veste di garante dell'interesse pubblico per assumere quella di “tutore delle situazioni soggettive”, in guisa da operare come giudice *dell'amministrazione* e non più come giudice *nell'amministrazione*<sup>421</sup>.

---

Con il caso Francovich la Corte ha riconosciuto per la prima volta la tutela risarcitoria in caso di violazione di obblighi precisi ed incondizionati ma contenuti in *directive prive del carattere self-executing*, la cui attuazione è riservata alle autorità legislative nazionali e non può essere oggetto di un ordine di un *facere* specifico alle autorità interne. In alternativa alla tutela specifica, la giurisprudenza comunitaria riconosce agli individui una tutela per equivalente, collegando all'obbligo dello Stato di trasporre la direttiva un diritto del singolo a pretendere dalla Stato una tutela patrimoniale alternativa a quella sostanziale

420 Cfr. M. Clarich, *La tribunalizzazione del giudice amministrativo evitata*, in Giorn. dir. amm. 2004, 969 e ss.

421 Cfr. A. Bartolini, *op. cit.*, 268.

## CAPITOLO IV

### L'accertamento giudiziale e i motivi del ricorso

SOMMARIO: 1; L'accertamento e l'efficacia della sentenza amministrativa; 2. I motivi e funzione identificativa dell'oggetto del giudizio 3. Il giudizio sul silenzio-rifiuto: 3.1. L'accertamento del rapporto nel giudizio sul silenzio-rifiuto; 3.2. Il risarcimento del danno da ritardo ex art. 2 bis legge n. 241/90; 4. L'azione di accertamento autonomo del rapporto; 5. la rilevanza dei motivi di ricorso e la tutela dell'interesse sostanziale del ricorrente; 6. L'integrazione della motivazione nel corso del giudizio; 7. l'ordine di esame dei motivi e la prassi giudiziale dell'assorbimento dei motivi; 8. La modificazione dell'oggetto del giudizio amministrativo: 8.1. I motivi di ricorso e la modificazione dell'oggetto del giudizio nel corso del processo: 8.2. i motivi aggiunti e la teoria dell'unicità dell'azione; 8.3. La cessazione della materia del contendere e la dichiarazione di improcedibilità del ricorso; 8.4. Il ricorso incidentale e l'ammissibilità della domanda riconvenzionale nel processo amministrativo.

#### *1. L'accertamento e l'efficacia della sentenza amministrativa*

Sul piano della teoria generale del diritto<sup>422</sup>, l'accertamento, inteso come problema della relazione tra oggettività del diritto e soggettività della conoscenza, costituisce un processo spirituale che, partendo uno stadio iniziale costituito dalla situazione di incertezza e passando attraverso uno mediano rappresentato dall'attività di accertamento, raggiunge una situazione di certezza, avente natura essenzialmente oggettiva.

L'accertamento produce tre tipi di efficacia a seconda che la situazione giuridica stabilita dalla norma *diverga, converga o risulti neutra* rispetto alla situazione giuridica preesistente (meglio noti come efficacia costitutiva, dichiarativa e preclusiva)<sup>423</sup>.

Nell'ambito degli studi di diritto processuale amministrativo, è unanime il riconoscimento della centralità del contenuto di accertamento della sentenza amministrativa, anche se non c'è accordo sull'esatta dimensione dell'accertamento, confinato da alcuni in una dimensione estremamente ridotta, come preclusione<sup>424</sup> e esteso da altri agli effetti

---

422 Cfr. A. Falzea, voce *Accertamento*, *Enc. dir.*, I, Milano 1958

423 In dottrina si segnala un progressivo passaggio da una posizione tradizionale favorevole al riconoscimento della sola efficacia costitutiva dell'accertamento ad una nuova tendenza al riconoscimento di una portata essenzialmente dichiarativa al fenomeno dell'accertamento: cfr. G. Chiovenda, *Principi cit.*, il quale muove dall'idea che una sentenza può dirsi giusta soltanto se accerta situazioni giuridiche preesistenti e le conservi inalterate.

424 Lo studio dell'efficacia preclusiva dell'accertamento ha trovato più precipua collocazione nell'ambito del tema del giudicato, contribuendo alla definizione di quest'ultimo come preclusione ad ogni indagine sulla situazione giuridica antecedente al fatto di accertamento e conseguente irrilevanza di ogni contestazione relativa al contenuto della situazione giuridica accertata.

Sull'effetto preclusivo della sentenza nei confronti del giudice e di tutte le parti del processo, cfr. F. Benvenuti, voce *Giudicato (diritto amministrativo)*, *Enc. dir.*, XVIII, Milano 1969, 893 e ss: "La posizione del giudice verso la legge è legata nel senso che l'applicazione del precetto legislativo, e quindi la traduzione di questo

eliminatorio, ripristinatorio e conformativo, che vengono definiti “elementi del contenuto della sentenza”<sup>425</sup> o, con altre parole, “diversi aspetti dell'unico effetto di annullamento”<sup>426</sup>.

In assenza di dati positivi sull'esistenza e la portata dei vincoli derivanti dalla decisione giudiziale, la sistematica chiovendiana che ricollega l'accertamento allo scopo stesso della funzione giurisdizionale<sup>427</sup>, ha svolto un ruolo centrale, fornendo una solida base per i successivi studi sul tema dell'accertamento e sulla stessa ammissibilità dell'autonoma azione di accertamento<sup>428</sup>.

---

*nella disciplina del caso concreto, non può verificarsi più di una volta e soprattutto non può modificarsi nel tempo...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, giacchè altrimenti esso diventerebbe arbitro della stabilità stessa dell'ordinamento”.*

Questo indirizzo è stato oggetto di critica sia per il circolo vizioso in cui incorre (la sentenza ha effetto preclusivo perchè non incide sul potere dell'amministrazione e non incide su detto potere perchè produce solo un effetto preclusivo), sia per il rischio connesso di giungere ad estreme conclusioni, come quella che “in realtà la sentenza amministrativa non produce alcun effetto di accertamento”: cfr. E. Capaccioli e S. Giacchetti, *L'oggetto del giudizio amministrativo in studi per centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, III, Roma 1981, 1483.

425 Cfr. M. Nigro, *Giustizia amministrativa cit.*, 386 ss. e *L'appello cit.*, 362.

426 Sostiene questo indirizzo che la pronuncia amministrativa di annullamento è orientata a ripristinare non tanto una situazione ormai storicamente superata (in ciò consiste appunto l'effetto ripristinatorio) quanto quella situazione che avrebbe dovuto sussistere ove il vizio che ha portato alla eliminazione non fosse venuto in essere (in ciò consisterebbe l'effetto ordinatorio della statuizione giudiziale intesa a condizionare, nel suo continuo fluire, l'attività futura della p.a.).

427 Secondo la teorica chiovendiana, scopo della sentenza di merito è l'accertamento della volontà della legge nel caso concreto, volontà la cui esistenza o inesistenza garantirebbe un bene rispettivamente all'attore o al convenuto: cfr. G. Chiovenda, *Principi, cit.*, 909: “*La cosa giudicata non riguarda l'affermazione della verità dei fatti, ma della esistenza di una volontà di legge nel caso concreto*”.

Secondo questa impostazione, dunque, il giudice non crea il diritto, ma enuncia la regola del caso concreto applicando la norma di legge.

Nell'evoluzione dottrinale non si è mai svanita l'idea del ruolo dell'accertamento, inteso come fondamento della stessa funzione giurisdizionale (cfr. E. Allorio, *Nuove riflessioni critiche in tema di giurisdizione e giudicato*, Milano 1957, 46 e ss.) e denominatore comune di tutti i diversi tipi di sentenza (cfr. E.T. Liebman in *Manuale*, 160, F. Cammeo, *Corso di diritto amministrativo*, Padova 1960).

La teorica dell'accertamento conosce una nuova elaborazione nel pensiero di Sandulli che propone un nuovo criterio classificatorio basato sulla funzione delle singole azione distinte in azioni di impugnazione e azioni di accertamento (A.M. Sandulli, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati cit.*), sostenendo che l'accertamento connota in maniera peculiare il giudizio unicamente in sede di giurisdizione esclusiva.

Con riguardo alla figura dei c.d. atti paritetici, cfr. O. Ranelletti, *L'impugnativa di un atto amministrativo nel competenza esclusiva della giurisdizione amministrativa*, in Riv. proc. civ. 1931, I, 457; M. Giannini, *Gli atti di adempimento e la giurisdizione esclusiva GCCP*, 1945.

428 La teoria dell'azione autonoma di accertamento non trova riscontri nell'esperienza di altri ordinamenti, dove la soluzione al problema dell'effettività della decisione giudiziale viene ricercata nella direzione del rafforzamento della tutela costitutiva (si pensi in particolare all'azione di adempimento del sistema tedesco, la *Verpflichtungsklage*).

Nel nostro ordinamento, accanto alla teoria dell'ammissibilità dell'autonoma azione di accertamento, vi sono stati altri tentativi compiuti sempre sul solco della valorizzazione dell'accertamento giudiziale, ma pur sempre inquadrati nel modello del processo costitutivo: ci si riferisce alla tesi di Nigro sull'efficacia ultra-costitutiva della sentenza amministrativa; a quella dell'accertamento costitutivo che collega la modificazione giuridica operata dalla sentenza all'esercizio del diritto potestativo da parte del suo titolare, sostenuta da R. Villata, *Nuove riflessioni sull'oggetto del processo amministrativo in studi in onore di Amorth*, Milano, 1982, I, 705 ss..

## 2. I motivi e funzione identificativa dell'oggetto del giudizio

Il collegamento tra motivi di ricorso ed il vizio dell'atto amministrativo, pur costituendo un assunto condiviso in dottrina, è stato delineato con caratteri differenti dai vari autori, e risente degli incerti contorni della nozione di vizio dell'atto amministrativo<sup>429</sup>.

Secondo una prospettiva che valorizza il principio dispositivo e accoglie la qualificazione del giudizio amministrativo come processo di parte, la questione della riferibilità dei motivi all'oggetto del giudizio va risolta in senso affermativo, considerato che il giudice ha l'onere di valutare l'illegittimità proprio in relazione ai vizi denunciati dal ricorrente<sup>430</sup>.

Di fronte a questa argomentazione sembra cedere la pur autorevole opinione che rinviene nel singolo vizio-motivo del ricorso l'oggetto di un accertamento meramente pregiudiziale, come tale non identificativo dell'oggetto del giudizio<sup>431</sup>.

Ed invero, per superare la conseguenza più grave della tesi che riduce il motivo a semplice questione pregiudiziale - ossia quella che neppure il giudicato potrebbe assolutamente ricomprendere l'accertamento del vizio<sup>432</sup> - si è costretti a pensare ad un altrettanto inaccettabile estensione del giudicato ai motivi, ammettendosi che il vizio denunciato, pur non collegandosi con l'oggetto del processo, sia funzionale a determinare i limiti oggettivi della decisione<sup>433</sup>.

Ma così ragionando si crea una distanza tra l'oggetto dell'accertamento rappresentato dalla legittimità od illegittimità del provvedimento impugnato, e l'oggetto del giudicato delimitato non dal solo dispositivo della sentenza ma essenzialmente dalla sua

---

429 Esclude che tra motivo di ricorso e vizio dell'atto ricorra una relazione di identità, G. Guicciardi, in *Giustizia amministrativa cit.*, 208 e ss.

430 Cfr. A.M. Sandulli, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato ed ai giudici subordinati cit.*, 54.

431 Cfr. A. Romano, *La pregiudizialità cit.*, 337 e ss.

Secondo questo autorevole insegnamento dottrinale il singolo vizio-motivo di ricorso, inteso come singola disformità dal paradigma legislativo del comportamento della p.a, configurerebbe solo la causa dell'illegittimità come tale oggetto di un accertamento di carattere meramente pregiudiziale da parte del giudice amministrativo.

In luogo di una nozione estesa di accertamento comprensiva anche di quelle circostanze di fatto e di diritto sulla cui base è stata pronunciata la legittimità o l'illegittimità dell'atto impugnato, questo indirizzo aderisce dunque ad una nozione ristretta di oggetto del giudizio e del giudicato limitato al solo accertamento della situazione giuridica, rispetto al quale rimangono estranei i fatti costitutivi da cui detta situazione trovi origine (chiamati "punti della causa" e rientranti nell'ambito della pregiudizialità).

432 Cfr. A. Piras, *L'interesse legittimo cit.*, Vol. II, 579 in nota.

433 Così ragionando, si finisce per dare valore di giudicato ad una parte della sentenza che non costituendo pronuncia sull'oggetto del processo, non è dispositivo, ma motivazione della pronuncia: cfr. R. Villata, *L'esecuzione cit.*, 538.

motivazione<sup>434</sup>.

Inoltre, non si vede quale differenza vi possa essere tra l'affermazione che il motivo svolge la funzione di integrare l'oggetto del giudizio al quale esso è collegato<sup>435</sup>, ed il sostenere che il motivo entri a far parte dell'oggetto del giudizio: è evidente che, se il giudice accerta l'illegittimità in relazione ad uno specifico vizio dell'atto, il motivo di ricorso costituisce oggetto diretto del giudizio, come suo elemento costitutivo e non semplicemente come elemento collegato<sup>436</sup>.

### 3. Il giudizio sul silenzio-rifiuto

#### 3.1. L'accertamento del rapporto nel giudizio sul silenzio-rifiuto

Il legislatore della riforma del 2005, superando l'orientamento giurisprudenziale dell'Adunanza Plenaria, ha riconosciuto espressamente al giudice amministrativo la possibilità di accertare la fondatezza della pretesa, ossia di ordinare alla p.a. di provvedere in tal senso, una volta verificata la sussistenza delle condizioni prescritte per il rilascio del provvedimento.

L'inerzia dell'Amministrazione, pone le condizioni per la sostituzione dell'istruttoria processuale a quella procedimentale e per la sostituzione della decisione giudiziale all'atto di esercizio del potere amministrativo nella produzione dell'effetto.

Dal contenuto della disposizione dell'art. 2 della legge n. 241 (e di quella dell'art. 21 octies<sup>437</sup>) emerge l'idea di una certa fungibilità del processo al procedimento amministrativo ed il convincimento che il processo sia la sede idonea alla verifica della bontà del risultato dell'esercizio del potere amministrativo.

La nuova disciplina sul silenzio-rifiuto segna un indubbio rafforzamento della tutela

---

434 Cfr. A. Piras, *op. cit.* 580.

435 Cfr. A. Romano, *op. cit.*, 365.

436 Quello dell'identificazione delle azioni è un tema centrale degli studi processualciviltistici prima e amministrativistici poi.

In particolare, è stata approfondita la nozione di causa petendi come fatto costitutivo dell'azione (distinguendosi tra causa *proxima actionis* oppure come causa *expressa* per usare la terminologia di Cammeo), in analogia a quanto avviene con riferimento ai singoli fatti costitutivi del potere amministrativo in grado di originare fattispecie autonome di esercizio del medesimo potere (così Orlando).

Con riguardo alle azioni costitutive, si è sostenuto che, al fine di scongiurare il pericolo di una serie di successivi giudizi conseguenti all'ampiezza limitata del giudicato, che deriva dall'idea che la pluralità di fatti costitutivi sia la causa di una pluralità di azioni, occorrerebbe ipotizzare come correttivo lo strumento della domanda riconvenzionale del convenuto rivolta ad una pronuncia che dichiari la validità dell'atto impugnato; cfr. G. Chioyenda, *Principi cit.*, 285; A. Cerino Canova, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto cit.*, 143.

437 Cfr. P. De Lise, *Lo statuto del provvedimento amministrativo cit.*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 10. In questo cambio di prospettiva, l'atto amministrativo non è più l'oggetto esclusivo del giudizio amministrativo, ma si estende al rapporto, così da assicurare una tutela piena satisfattiva all'interesse del privato.

dell'interesse legittimo pretensivo leso, perchè il contenuto della sentenza viene arricchito di un effetto conformativo maggiore che dà effettività ai giudicati amministrativi, aprendo il varco all'esercizio giudiziale di una attività oggettivamente amministrativa, come di regola avviene nel caso di giurisdizione di merito<sup>438</sup>.

Non vi è dubbio che, con l'estensione dei poteri istruttori e in particolare con l'introduzione della consulenza tecnica, il giudice amministrativo sia diventato giudice del fatto, ma di fronte a fatti complessi che implicano valutazioni ampiamente discrezionali la potestà giudiziale è destinata ad arrestarsi<sup>439</sup>.

Le preoccupazioni espresse dalla dottrina trovano conferma nel tradizionale insegnamento giurisprudenziale, orientato ad escludere la potestà del giudice amministrativo di determinare le modalità di esercizio del potere di provvedere, al di là dalla semplice affermazione dell'obbligo di provvedere<sup>440</sup>.

Anche alla luce delle recenti pronunce giurisprudenziali, la "facoltà" concessa dal novellato art. 2 della legge n. 241 al giudice amministrativo di sindacare la fondatezza della pretesa sostanziale del privato va circoscritta ai soli casi di attività vincolata, per cui di regola il sindacato giudiziale continua a essere incentrato sulla verifica preliminare della sussistenza di un obbligo di provvedere sull'istanza del privato e della sua inosservanza<sup>441</sup>.

---

438 Cfr. M. Clarich, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.* 3 del 2005, 557 e ss.; nel senso che l'art. 2 legge n. 241/90 configuri anzi una vera e propria azione di adempimento, A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino 2006, 216.

Vi è inoltre chi propone di estendere l'azione di adempimento in generale ai rapporti amministrativi (in termini di diritto-obbligo anziché di potere-interesse legittimo) anche fuori dall'area dell'inerzia: sostiene tale opinione, V. Domenichelli, *Le azioni nel processo amministrativo*, in *La giustizia amministrativa in trasformazione*, 75.

439 Vi è peraltro da segnalare che, secondo il più recente indirizzo giurisprudenziale, fermo restando il limite dell'impossibilità di sostituirsi all'apprezzamento opinabile dell'Amministrazione, il giudice amministrativo non sarebbe tenuto a limitare il suo apprezzamento ad un esame estrinseco della valutazione discrezionale, ma dovrebbe valutare anche a mezzo di consulenza tecnica l'eventuale erroneità dell'apprezzamento dell'Amministrazione, dovendo l'oggetto del giudizio estendersi all'esatta valutazione del fatto: cfr. Cons. st., sez. VI, 18 dicembre 2009 n. 8399; e conforme, Cons. st., sez. IV, 13 ottobre 2003 n. 6201.

440 Cfr. Cons. st., ad plen., 9 gennaio 2002 n. 2; Cons. st., sez. IV, 10 giugno 2002 n. 3741.

441 La norma sul silenzio-inadempimento presuppone dal lato dell'amministrazione l'esistenza di un obbligo di provvedere, che presuppone in capo alla medesima una specifica competenza a provvedere e la corrispondenza ad un interesse pubblico, e dal lato del privato, l'esistenza di un interesse pretensivo o oppositivo.

Sul potere del giudice di amministrativo di esaminare la fondatezza della domanda, prima della recente riforma legislativa non vi era in giurisprudenza unanimità di vedute, anche se la posizione prevalente, confermata nella pronuncia dell'Adunanza plenaria del 9 gennaio 2002 n. 1, escludeva che fosse ammissibile l'accertamento sulla fondatezza della pretesa sostanziale.

Anche dopo la novella dell'art. 2 della legge n. 241 l'orientamento giurisprudenziale maggioritario prudentemente ha precisato che la conoscenza della fondatezza dell'istanza riguarderebbe soltanto gli atti vincolati nei quali non residua in capo all'amministrazione alcun potere discrezionale: altrimenti opinando, si avrebbe una vera e propria supplenza giudiziale dell'Amministrazione inerte, e quindi un vero e proprio sconfinamento del giudice nel campo di valutazioni discrezionali riservate all'amministrazione: il giudice dovrebbe infatti eseguire egli stesso il procedimento effettuare l'istruttoria, svolgere gli accertamenti tecnici, effettuare le valutazioni di opportunità, il che snaturerebbe le esigenze di celerità sottese all'actio per silentium. La norma non ha inteso istituire un'ipotesi senza confini di giurisdizione di merito ma ha attribuito al giudice uno strumento processuale ulteriore nella stessa logica acceleratoria del contenzioso che ha ispirato

Il problema della vincolatezza dell'attività amministrativa non è nuovo in dottrina ed oggi trova un espresso riferimento normativo nella nuova disposizione contenuta nell'art. 21 octies, ai sensi della quale il carattere vincolato del provvedimento affetto di un vizio di forma o di procedura assurge a criterio legittimante la sostituzione del processo al procedimento<sup>442</sup>.

Per vizi che non incidono sul contenuto dispositivo, l'interesse legittimo viene ad assumere le sembianze di diritto soggettivo, tendendo ad una tutela diretta dell'interesse sostanziale<sup>443</sup>: non più dunque alla tutela in via mediata al legittimo esercizio del potere amministrativo, ma alla tutela della pretesa sostanziale del privato a vedersi garantito dal giudice il risultato alla stregua di un diritto soggettivo<sup>444</sup>.

Dal riconoscimento che nel giudizio su provvedimenti vincolati ricorrono solo diritti e non interessi legittimi discende una diversa configurazione del processo amministrativo come processo di accertamento del rapporto, dove sembra ammissibile l'integrazione della motivazione da parte dell'amministrazione e l'esercizio di poteri officiosi da parte del giudice<sup>445</sup>.

Allargando la prospettiva, si potrebbe ritenere recessiva la valutazione dell'illegittimità formale anche nell'ipotesi in cui ad essere impugnati siano provvedimenti discrezionali<sup>446</sup>: anche in questo ambito, l'interesse legittimo scompare o meglio si identifica sempre più nell'interesse sostanziale da tutelare, nella "spettanza" a scelte ragionevoli.

Ma si tratta di una prospettiva rischiosa che apre alla "deprocedimentalizzazione del

---

l'intervento riformatore del 2000.

Dovendo altrimenti dichiarare l'illegittimità del silenzio della p.a. ordinandole di provvedere, il giudice potrebbe conoscere della accoglibilità dell'istanza (dando indicazioni circa il contenuto dell'atto da adottarsi) solo nelle seguenti ipotesi che sono state individuate dalla giurisprudenza: a) nelle ipotesi di manifesta fondatezza, allorchè siano richiesti provvedimenti vincolati e fermo restando il limite dell'impossibilità di sostituirsi all'amministrazione; b) nell'ipotesi in cui l'istanza è manifestamente infondata, "sicchè risulti del tutto diseconomico obbligare la p.a. a provvedere laddove l'atto espresso non potrà che essere di rigetto": per tale indirizzo giurisprudenziale, cfr. Tar per il Lazio, sez. II, 5 novembre 2009 n. 10868, Cons. st. sez. IV, 7 luglio 2008 n. 3371; Cons. st. 12 maggio 2008 n. 2159; Cons. st. sez. IV n. 5310 del 2007; Cons. st., sez. VI, 26 novembre 2008 n. 5843 (nella specie si trattava di una istanza per il rilascio di una autorizzazione per l'apertura di una cava, provvedimento caratterizzato da ampia discrezionalità tecnica); Cons. st., sez. VI, 11 maggio 2007 n. 2318.

442 Cfr. G. Sala, *Procedimento e processo nella nuova legge 241* in *La giustizia amministrativa in trasformazione cit.*, 118.

443 Favorevole ad ammettere una correlazione tra attività vincolata e diritto soggettivo, O. Ranalletti, *Le garanzie della giustizia nella pubblica amministrativa*, Milano 1934; E. Capaccioli, *Disciplina del commercio e processo amministrativo*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi I*, Padova 1978, 373.

444 In dottrina si discute se a caratterizzare la situazione del privato in termini di interesse legittimo sia sufficiente l'attribuzione all'amministrazione del potere di produrre unilateralmente effetti giuridici o se questi effetti siano innovativi e cioè non predefiniti dalla norma: cfr. per la discussione A. Zito, in F.G. Scoca, *Giustizia amministrativa*, Torino 2003, 73 e ss..

445 Esclude questa prospettiva D. Corletto, *Vizi formali e poteri del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.* 2006, 33 e ss..

446 Cfr. D. Corletto, *op. ult. cit.*, 202.

potere” ed alla scomparsa delle garanzie procedurali, rispetto alla quale sarebbe forse più auspicabile un intervento del legislatore diretto alla semplificazione delle previsioni procedurali e formali.

Tale prospettiva non sembra accoglibile neppure sul piano del riparto di giurisdizione: non solo perchè è difficile ammettere la giurisdizione del giudice amministrativo, configurandosi un'inammissibile ipotesi di giurisdizione esclusiva non introdotta ex lege e peraltro in contrasto con il *dictum* della Corte costituzionale che vuole il giudice amministrativo giudice dell'esercizio del potere amministrativo indipendentemente dal carattere discrezionale o vincolato; ma anche perchè vi sarebbero ostacoli a riconoscere anche la giurisdizione del giudice ordinario a causa della conseguente attribuzione a siffatto giudice della tutela costitutiva di annullamento di atti amministrativi<sup>447</sup>.

Rimane il problema della tutela dell'interesse sostanziale del ricorrente: si consideri l'ipotesi di inadempimento della p.a. all'obbligo di provvedere.

E' evidente che chi lamenta l'inadempimento dell'obbligo mira ad ottenere, attraverso l'adempimento di esso, l'effettiva soddisfazione di un interesse sostanziale, al di là dell'affermazione dell'esistenza dell'obbligo; inoltre, qualora l'amministrazione eserciti la funzione pubblica con un provvedimento espresso, il giudice potrà dichiarare la cessazione della materia del contendere solo se il privato abbia conseguito effettivamente il bene della vita cui in concreto aspira<sup>448</sup>.

Sotto questo profilo, la giurisdizione di legittimità non si presta a spiegare l'oggetto di un giudizio come quello sul silenzio-inadempimento in ipotesi di attività vincolata, che all'evidenza è un giudizio su diritti soggettivi.

Mentre nel giudizio di legittimità con il ricorso si deducono i vizi dell'atto impugnato e vi è un onere di allegazione specifico, nel secondo giudizio è centrale la spettanza e l'onere di allegazione viene soddisfatto in maniera generico.

Già prima della riforma dell'art. 2 della legge n. 241 del 1990, l'elaborazione giurisprudenziale era giunta all'individuazione di un giudizio di accertamento sul comportamento inerte della p.a., che si distingueva dal modello del consueto giudizio di annullamento per il tipo della pronuncia finale.

Una sentenza che si limitasse a dichiarare l'obbligo di provvedere non sarebbe idonea a definire neppure parzialmente il rapporto giuridico tra Amministrazione e amministrato ed a riconoscere l'utilità richiesta al ricorrente che si vedeva così costretto, in caso di ulteriore

---

447 Cfr. G. Sala, *op. ult. cit.*, 122.

448 Cfr. Cons. st., sez. IV, 21 novembre 2001 n. 5896.

inerzia della p.a., ad attivare il giudizio di ottemperanza per ottenere solo in quella sede la cognizione del rapporto controverso<sup>449</sup>.

Rilevato in senso critico che non è configurabile un vero accertamento vertente su posizioni giuridiche soggettive<sup>450</sup> ed esclusa la possibilità di attribuire al giudizio di ottemperanza i caratteri tipici del mero giudizio di cognizione non sorretto dal doppio grado di giurisdizione, secondo i fautori del giudizio sul rapporto si dovrebbe riconoscere la funzione ricostruttiva del rapporto al giudizio caducatorio e ad a maggior ragione al giudizio sul silenzio-inadempimento, dove più grave pare l'allontanamento dell'agire della p.a. dallo schema legislativo<sup>451</sup>.

\* \* \*

Il rito speciale avverso il silenzio deve la sua specialità al fatto di porsi come un rimedio contro un comportamento omissivo dell'Amministrazione destinato ad affiancarsi al tradizionale modello processuale di tipo impugnatorio incentrato sul provvedimento.

Si discute se vi siano margini per una scelta revisionista del rito speciale sul silenzio da attuarsi in sede di esercizio della delega per il riassetto del processo amministrativo conferita al Governo dall'art. 44 della legge 18 giugno 2009 n. 69.

Atteso che il legislatore delegato dovrà procedere, tra l'altro, ad una disciplina generale delle azioni secondo la nota trilogia delle pronunce dichiarative, costitutive e di condanna (art. 44, comma 2, lett. b, n. 4), si potrebbe ipotizzabile che tra le azioni esperibili nel giudizio ordinario di legittimità sia ricompresa anche la previsione dell'azione contro l'inerzia amministrativa e quelle di condanna ad un facere, con conseguente venir meno della specialità del rito previsto dall'art. 21 legge tar e il richiamo all'esigenza di procedere alla sua revisione ai sensi della lett. c) del citato art. 44, comma 2 della medesima legge n. 69/09.

Se si considera tuttavia la ratio dell'istituto che è quello di stimolare l'agire dell'Amministrazione mediante la previsione di un rito accelerato a valenza unitaria

---

449 Cfr. F. Ledda, *Il rifiuto di provvedimento amministrativo cit.*

La tutela avverso il silenzio-inadempimento si realizzerebbe soltanto dopo un iter articolato in un triplice ordine di giudizi (un primo giudizio di legittimità, un primo giudizio di ottemperanza con una pronuncia impositiva dell'obbligo di emettere il provvedimento richiesto, un secondo giudizio di ottemperanza con l'esercizio dei poteri sostitutivi), con tutti i rischi connessi a tale irragionevole prolungamento dei termini di provvedere: cfr. M. Nigro, *Intervento al Congresso Problemi del nuovo processo amministrativo*, in *Impresa, Ambiente, Pubblica Amministrazione* 1977, II, 16.

450 Cfr. G. Greco, *L'accertamento autonomo del rapporto cit.*, 23.

A fronte dell'obbligo a provvedere non vi sarebbe, infatti, una speculare posizione giuridica soggettiva in capo al privato, stante il carattere strumentale della norma che statuisce detto obbligo.

451 Cfr. G. Greco, *op. ult. cit.*, 22; L. Iannotta, *La giurisdizione del risultato nel giudizio amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto*, in *Dir. proc. amm.* 1998, 299; A. Pajno, *il riparto della giurisdizione*, in *Trattato del diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, Milano 2001.

caratterizzato dalla concentrazione della fase di esecuzione con quella di cognizione, si comprendono le ragioni per giustificare la conservazione di tale strumento di tutela che mira garantire una pronta soddisfazione alla pretesa azionata.

In un progetto di riforma che mira tra l'altro ad attuare il principio della concentrazione delle tutele (art. 44, comma 1) l'esperienza del rito speciale avverso del silenzio è degna di essere salvaguardata, pur necessitano il rito di essere ridefinito nelle sue caratteristiche e raccordato col processo ordinario.

Le perplessità sono già state evidenziate e riguardano i casi in cui l'Amministrazione sia inerte nell'emanazione di un provvedimento di contenuto discrezionale: in tale ipotesi, a parte il rischio di un'inammissibile sostituzione del giudice amministrativo all'Amministrazione che si correla alla valutazione della fondatezza della pretesa azionata, i maggiori dubbi riguardano l'inadeguatezza del rito speciale ai fini dell'effettuazione della suddetta valutazione della fondatezza della pretesa, a causa dei caratteri che lo connotano (come i brevi termini processuali, il suo svolgersi in camera di consiglio, la tipologia di sentenza succintamente motivata)<sup>452</sup>.

### *3.2. Il risarcimento del danno da ritardo ex art. 2 bis legge n. 241/90*

Alla questione della valutazione della fondatezza della pretesa azionata, si aggiunge il problema del coordinamento del rito speciale con la previsione del art. 2 bis della legge n. 241/90, introdotto ex novo dalla legge n. 69/09, che sancisce l'obbligo dell'Amministrazione di risarcire il danno da ritardo<sup>453</sup>.

Il caso che qui interesse è quello del privato che mediante attivazione del rimedio avverso il silenzio-inadempimento ottiene il provvedimento richiesto ma in ritardo.

---

<sup>452</sup> A tal fine si potrebbe ipotizzare l'introduzione dell'azione di adempimento, la cui previsione andrebbe però collocata nella disciplina generale delle azioni e resa esperibile nelle forme proprie di un giudizio ordinario a cognizione piena (vale a dire la pubblica udienza e la pienezza dell'istruttoria) e non secondo le modalità semplificate del rito camerale accelerato di cui all'art. 21 bis.

<sup>453</sup> In precedenza la legge delega 15 marzo 1997, n. 59 (*“Delega al Governo per il conferimento di funzioni e compiti alle regioni ed enti locali, per la riforma della Pubblica Amministrazione e per la semplificazione amministrativa”*), con la direttiva contenuta nell'art. 17, comma 1, lettera f), aveva delegato l'esecutivo a prevedere “per i casi di mancato rispetto del termine del procedimento, di mancata o ritardata adozione del provvedimento, di ritardato o incompleto assolvimento degli obblighi e delle prestazioni da parte della pubblica amministrazione, (...) forme di indennizzo automatico e forfetario a favore dei soggetti richiedenti il provvedimento; contestuale individuazione delle modalità di pagamento e degli uffici che assolvono all'obbligo di corrispondere l'indennizzo, assicurando la massima pubblicità e conoscenza da parte del pubblico delle misure adottate e la massima celerità nella corresponsione dell'indennizzo stesso”: la delega in questione non è stata mai attuata.

Alla previsione di un indennizzo, automatico e forfetario, per l'ipotesi di mancata o ritardata adozione del provvedimento, il legislatore del 2009 ha preferito un risarcimento non automatico, bensì legato alla prova della inosservanza dolosa o colposa del termine per chiudere il procedimento amministrativo.

Dalla genericità della norma che introduce la previsione del danno da ritardo discendono alcuni profili problematici che attengono: all'esatta individuazione degli elementi costitutivi della fattispecie risarcitoria<sup>454</sup>, al tipo di posizione giuridica soggettiva lesa dal ritardo nell'adozione del provvedimento amministrativo, alla natura (contrattuale o aquiliana) della responsabilità dell'Amministrazione<sup>455</sup>, all'ammissibilità della tutela risarcitoria del danno da mero ritardo sulla base della considerazione del tempo come bene della vita meritevole di autonoma tutela, ed infine alla dubbia costituzionalità della previsione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo<sup>456</sup>.

La disposizione in questione sembra configurare l'inosservanza del termine di conclusione del procedimento come un fatto illecito produttivo di risarcimento, secondo il paradigma della responsabilità extracontrattuale descritto dall'art. 2043 c.c. (in tal senso sembrano deporre i riferimenti ad un danno ingiusto, al dolo ed alla colpa, nonché la espressa previsione di una prescrizione quinquennale), con conseguente corollario in termini di onere della prova e prevedibilità dei danni.

Per quanto riguarda in particolare l'ingiustizia del danno, ci si chiede se essa sussiste solo laddove la P.a. avrebbe dovuto adottare (o ha effettivamente adottato, seppur in ritardo) un provvedimento favorevole costituente il "bene della vita" che il privato intendeva conseguire secondo il principio affermato dall'Adunanza Plenaria con la sentenza n. 5 del 2007, oppure se sia divenuto risarcibile anche il danno da mero ritardo.

Tra le questioni oggetto di dibattito in tema di danno da ritardo vi è inoltre quella della pregiudizialità amministrativa da intendersi estesa all'azione sul silenzio; ci si chiede cioè la proponibilità dell'azione risarcitoria sia subordinata alla previa impugnazione dell'inerzia della p.a. ai sensi dell'art. 21 bis legge tar come ritiene la giurisprudenza

---

454 La scadenza del termine, ovvero la sentenza favorevole al privato ricorrente che abbia impugnato il silenzio-inadempimento, starebbe a dimostrare ex sé l'illegittimità dell'azione amministrativa, rimane da dimostrare la sussistenza dell'elemento soggettivo del dolo o della colpa.

455 A favore dell'inquadramento della responsabilità de qua nell'ambito del modello della responsabilità aquiliana si era già espresso il giudice amministrativo: Cons. st., sez. VI, 14 maggio 2005 n. 5995.

Indici dell'adesione del legislatore al modello della responsabilità extracontrattuale sono: l'indicazione del termine quinquennale di prescrizione del diritto di risarcimento, il richiamo all'elemento psicologico dell'illecito che deve essere doloso o colposo, la qualificazione di ingiusto riferita al danno.

Per poter affermare la natura contrattuale della responsabilità de qua, si dovrebbe accettare come premessa la natura paritaria e di vincolo obbligatorio del rapporto tra p.a. e cittadino nell'ambito del procedimento amministrativo (a tale conclusione potrebbe indurre l'uso dei termini "adempimento" e "obbligo"): il che sembra contraddetto dalla natura non perentoria del termine per provvedere che non priva la p.a. del potere di provvedere e della natura di interessi legittimi della posizione del privato al rispetto del termine di conclusione del procedimento.

456 Di contro a quanto affermato dall'Adunanza Plenaria nella sentenza n. 15 settembre 2005 n. 7, in forza del principio secondo cui si può parlare di danno ingiusto solo qualora emerga la spettanza del bene della vita, non essendo risarcibile il danno da mero decorso del tempo.

prevalente<sup>457</sup>, o se invece sia proponibile un'azione risarcitoria pura<sup>458</sup>.

Le due azioni sono soggette a termini diversi, e di conseguenza, qualora venisse negata la sussistenza di un rapporto di pregiudizialità tra azione risarcitoria e azione avverso il silenzio, al cittadino potrebbe agire per il risarcimento del danno anche dopo che sia scaduto il termine annuale per chiedere l'adempimento dell'Amministrazione e fino al decorso del termine di prescrizione quinquennale dalla scadenza del termine per la conclusione del procedimento.

Se così fosse, ci si chiede se l'ammissibilità dell'azione risarcitoria autonoma non debba essere estesa, per ragioni di coerenza, anche alla diversa ipotesi in cui il danno non derivi dal ritardo ma dalla positiva emanazione di un provvedimento; non si vede cioè perchè anche in tale seconda ipotesi l'Amministrazione non possa essere investita da un'azione risarcitoria a distanza di tempo, almeno entro lo stesso termine quinquennale.

Nell'ambito del giudizio risarcitorio, non diversamente dal giudizio sul silenzio-rifiuto, il giudice amministrativo dovrà esprimersi sulla fondatezza della pretesa del privato, ed eventualmente gli si potrà riconoscere il potere di ridurre il risarcimento ai sensi dell'art. 1227 c.c. per non aver il privato attivato la procedura di cui all'art. 21 bis legge tar.

Altro profilo critico attiene al riconoscimento della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sul danno da ritardo.

In tema di danno da ritardo si rammenta che l'Adunanza Plenaria, con sentenza n. 7/2005 aveva affermato che tali controversie rientrano nella giurisdizione del giudice amministrativo, in quanto inerenti alla tutela di interessi legittimi pretensivi; a suo giudizio, nel caso di specie *“non si è di fronte a «comportamenti» della pubblica amministrazione invasivi dei diritti soggettivi del privato in violazione del neminem laedere .... ma in presenza della diversa ipotesi del mancato tempestivo soddisfacimento dell'obbligo della autorità amministrativa di assolvere adempimenti pubblicistici, aventi ad oggetto lo svolgimento di funzioni amministrative”*.

La prospettiva muta quando si volge l'attenzione alla previsione che devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la cognizione delle controversie

---

457 Tra gli altri, cfr. Tar Lazio, sez. I, 10 maggio 2006 n. 3432; Tar Bari, sez. II, 13 gennaio 2005 n. 56.

458 Si è sottolineato in dottrina che, essendo il ricorso avverso il silenzio-inadempimento legato alla semplice scadenza del termine di conclusione del procedimento senza necessità di diffida, sarebbe incongruo vincolare l'accertamento della risarcibilità del danno al previo esperimento di tale rimedio processuale, né vi sarebbe alcun atto in relazione al quale potrebbe porsi il problema di un previo accertamento della sua illegittimità: cfr. De Nictolis, *Il nuovo contenzioso in materia di appalti pubblici alla luce del codice dei contratti pubblici*, Milano 2007.

Si potrebbe altresì sostenere che il risarcimento del danno da ritardo non configuri un'azione consequenziale all'azione di annullamento, in forza dell'affermazione del carattere derogatorio della previsione contenuta nell'art. 2 bis rispetto all'art. 7 comma III, legge tar.

risarcitorie sul danno da ritardo.

Non sembra che la previsione sia stata introdotta dal legislatore con l'intento di confermare l'attribuzione al giudice amministrativo dell'azione risarcitoria dell'interesse legittimo, così da avallare l'interpretazione giurisprudenziale secondo cui l'art. 35, d.lgs. n. 80 del 1998 e sull'art. 7 legge tar avrebbero consolidato la giurisdizione del giudice amministrativo in materia.

La previsione sembra invece supporre che nell'azione risarcitoria del danno da ritardo siano coinvolti non interessi legittimi ma diritti soggettivi: non già dunque l'interesse legittimo pretensivo al provvedimento diretto a conseguire il bene della vita, sempre conoscibile dal giudice amministrativo nell'ambito della sua generale giurisdizione di legittimità, bensì il diritto soggettivo ad ottenere tempestivamente il provvedimento richiesto, da qui l'esigenza di prevedere la giurisdizione esclusiva per ricondurre l'azione al giudice amministrativo.

Richiamandosi all'insegnamento della Cassazione, si potrebbe meglio giustificare la previsione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in relazione all'azione risarcitoria per danno da ritardo, sostenendo che l'oggetto del giudizio risarcitorio de quo sia il diritto soggettivo al risarcimento del danno, a prescindere dalla posizione giuridica lesa dall'azione illegittima della p.a. (interesse legittimo pretensivo al provvedimento diretto a conseguire il bene della vita, o diritto soggettivo ad ottenere tempestivamente il provvedimento richiesto), con i conseguenti dubbi di legittimità costituzionale circa la configurazione del giudice amministrativo come “giudice naturale” competente a conoscere la questione relativa al *diritto* al risarcimento dei danni.

Un ultimo cenno merita la considerazione circa la costituzionalità del rimedio giudiziale in esame, sul piano dell'effettività della tutela riconosciuta al privato.

Richiamandosi alle osservazioni già svolte nei confronti dei recenti interventi del legislatore in tema di spoil system e di grandi opere, si ritiene che il legislatore ancora una volta abbia rinunciato ad individuare modalità idonee ad assicurare un effettivo reintegro del privato nelle utilità pregiudicate dal decorso del tempo.

La scelta del legislatore di prevedere il rimedio del risarcimento per equivalente si inserisce, a ben vedere, nel solco di un generale depotenziamento della tutela specifica nel processo amministrativo che, come si è già avuto modo di rilevare, connota la recente elaborazione normativa e giurisprudenziale (si pensi all'art. 246 del d.lgs n. 163/06 e all'art. 20 del d.l. n. 195/08, conv. dalla legge n. 2/09).

#### 4. L'azione di accertamento autonomo del rapporto

Altro autorevole filone dottrinale ha proposto di dare ingresso nell'ordinamento della giustizia amministrativa ad un'azione diretta all'accertamento autonomo del rapporto che intercorre tra fondatezza della pretesa di diritto sostanziale del ricorrente ed il correlativo contenuto dell'obbligo di provvedere.

Rispetto alla tradizionale azione di annullamento, tale azione si connota sia per il contenuto della pronuncia sia per il tipo di causa petendi che viene individuata non nei vizi dell'azione amministrativa ma direttamente nella posizione giuridica soggettiva del ricorrente e nel correlativo contenuto dell'obbligo di provvedere<sup>459</sup>.

L'introduzione di siffatta azione di accertamento contraddice però il principio di separazione dei poteri, perchè ad essa è legata un'inammissibile sostituzione del giudice all'Amministrazione nella titolarità e nella gestione del potere<sup>460</sup>.

Tale sostituzione in realtà era già nell'intenzione del legislatore del 1889 di voler configurare lo svolgimento del giudizio amministrativo in funzione prosecutoria rispetto all'opera decisoria già iniziata in seno all'Amministrazione.

Il riconoscimento costituzionale del carattere giurisdizionale alle sentenze del Consiglio di Stato ha riproposto problematiche legate al principio della divisione dei poteri<sup>461</sup>; e nel contempo ha contribuito ad accrescere l'insofferenza verso il modello impugnatorio<sup>462</sup>.

Si è sostenuto al riguardo che l'efficacia del processo si misura nella sua idoneità alla determinazione di un assetto stabile tra ricorrente ed amministrazione, ovvero alla definizione della questione relativa alla meritevolezza della pretesa sostanziale del

---

459 Cfr. M. Giannini-A. Piras, *Giurisdizione amministrativa cit.*; F. Scoca *Il silenzio cit.*; F. La Valle, *Azione di impugnazione e azione di adempimento nel giudizio amministrativo di legittimità*, in *Jus* 1965, 165

In ragione della portata non meramente dichiarativa bensì ordinatoria, l'azione di accertamento verrebbe ad assumere sembianze assai simili alla *verpflichtungsklage* tedesca che si conclude con una statuizione assai simile alla condanna: cfr. M. Nigro, *Intervento al Congresso Problemi del nuovo processo amministrativo*, in *Impresa, Ambiente, Pubblica Amministrazione* 1977, II, 16 e ss.

460 Altra obiezione riguarda l'impossibilità di riconoscere alla sentenza amministrativa un contenuto di accertamento con effetti di giudicato ai sensi dell'art. 2909 c.c..

E' stato sostenuto che di giudicato si dovrebbe parlare solo con riguardo ad una lite tra posizioni paritarie, mentre nel caso di rapporto amministrativo ciò non avviene, essendo demandato al soggetto in posizione di supremazia (la P.a. in questo caso) il potere di gestire la soluzione del conflitto di interessi: cfr. E. Capaccioli, *Saggio sul giudicato amministrativo. Per l'effettività della giustizia amministrativa*, in E. Capaccioli, *Diritto e processo in Scritti vari di diritto pubblico*, Padova 1978.

461 Facendo leva alla mancanza di una riserva di attività amministrativa analoga a quella spettante alla funzione giurisdizionale, si è sostenuto che non solo i poteri di annullamento, ma anche i poteri sostitutivi che le fonti primarie attribuiscono al giudice amministrativo in sede di competenza di merito risultano in linea con il cennato disegno costituzionale: cfr. A. Piras, *Interesse legittimo cit.*, 116 e ss.; G. Greco, *op. cit.*, 95.

462 Si pensi al prevalente insegnamento giurisprudenziale in materia di silenzio-inadempimento e di giurisdizione esclusiva.

ricorrente<sup>463</sup>, ma tale rilievo non basta per ricostruire l'accertamento autonomo alla stregua di una figura generale.

In assenza di una specifica disposizione al riguardo, è condivisibile l'osservazione secondo cui il giudice amministrativo non può determinare la disciplina concretamente applicabile alla fattispecie, perchè tale potere gli spetta soltanto nei casi tassativi di giurisdizione estesa al merito, in considerazione della peculiarità della stessa<sup>464</sup>.

La conferma della prospettiva che, affidando al giudice amministrativo la soluzione del conflitto sostanziale tra interesse pubblico ed interesse privato, ricostruisce l'oggetto del processo come accertamento della fondatezza della pretesa sostanziale viene ricercata anche a livello di ordinaria disciplina processualistica.

I riferimenti normativi che vengono richiamati sono i seguenti: l'art. 4 della legge Tar; l'art. 34 del d.lgs n. 80 del 1998 nella parte (peraltro espulsa a seguito della sentenza della Corte costituzionale) in cui devolveva alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo i ricorsi sui comportamenti dell'amministrazione in materia edilizia e di urbanistica; l'art. 21 della legge n. 205 del 2000 sulla proponibilità dei motivi aggiunti e l'ampliamento dei poteri istruttori del g.a.; la disposizione dell'art. 23 legge tar che disciplina la figura della cessazione della materia del contendere, interpretata in via restrittiva nel senso che per realizzare la pretesa sostanziale del ricorrente non basta l'autotutela bensì occorre il rilascio del provvedimento positivo<sup>465</sup>.

Gli istituti richiamati si prestano tuttavia anche ad una diversa lettura.

Così con riguardo alla concentrazione nel processo pendente dell'impugnazione di vari atti, non è detto che da essa si possa inferire la conferma del potere del giudice di verificare la fondatezza della pretesa e di individuare il corretto assetto del rapporto sostanziale<sup>466</sup>.

---

463 Cfr. A. Piras, *Interesse legittimo cit.*

464 Cfr. C. Cacciavillani, *op. cit.*, 279, secondo questo orientamento, verrebbe in rilievo una quaestio iuris non avente carattere di pregiudizialità, ma costituente essa oggetto della domanda; il che è inammissibile secondo la dottrina processualciviltistica, perchè una quaestio iuris può porsi nel giudizio di cognizione soltanto in via incidentale.

465 Cfr. V. Caianiello, *Cessazione della materia del contendere (dir. amm.)*, *Enc. dir.*, Agg. IV, Milano, 249

466 Cfr. V. Cerulli Irelli, *Considerazioni in tema di sanatoria dei vizi formali, in Vizi formali, procedimento e processo amministrativo*, 101 e ss.; in giurisprudenza, cfr. Cons. st., sez. V, 6 luglio 2002 n. 3717.

Secondo la giurisprudenza amministrativa favorevole alla tesi del giudizio sul rapporto, la moderna fisiologia del processo amministrativo diretto a verificare nella sua interezza il rapporto tra p.a. ed il privato si coniuga con l'esigenza di concentrazione e semplificazione processuale alla base della riforma legislativa del 2000 in ordine all'istituto dei motivi aggiunti.

Anche nella recente giurisprudenza amministrativa si fa strada la tendenza a riconoscere nell'istituto dei motivi aggiunti l'espressione di una nuova fisionomia del processo amministrativo diretto ormai a verificare nella sua interezza il rapporto intercorrente tra p.a. e privato riguardante una unitaria e complessa vicenda sostanziale, sia pure attraverso il prisma della tempestiva contestazione dei singoli provvedimenti in cui si manifesta l'esercizio del potere.

Così, grazie all'esercizio dei poteri istruttori il giudice amministrativo non potrà mai raggiungere il risultato della *c.d. giustizia nell'amministrazione*, ossia l'accertamento dell'imparzialità e del buon andamento della funzione pubblica<sup>467</sup>, perchè ciò porterebbe a rigettare un ricorso pur affetto da vizi sostanziali, laddove la legge esclude l'annullamento soltanto in relazione ad un atto affetto da vizi formali ed a contenuto vincolato, quando sia palese che il contenuto dispositivo del provvedimento vincolato non avrebbe potuto essere diverso da quello proprio.

##### 5. *La rilevanza dei motivi di ricorso e la tutela dell'interesse sostanziale del ricorrente*

A questo punto si rende opportuno ritornare sul tema centrale della rilevanza dei vizi-motivi in relazione all'oggetto del giudizio amministrativo al fine di verificare la validità di un'interpretazione conforme all'esigenza di tutela sostanziale del ricorrente.

Secondo un indirizzo dottrinale di stampo soggettivistico, che valorizza il principio dispositivo qualificando il giudizio amministrativo come processo di parte, i motivi di ricorso svolgono una funzione identificativa della causa petendi e concorrono a determinare l'oggetto del giudizio ed eventualmente a modificarlo<sup>468</sup>; di conseguenza, il giudice ha l'onere di valutare l'illegittimità non sotto ogni aspetto, ma solo in relazione ai vizi denunciati dal ricorrente, a pena di incorrere nel vizio di extrapetizione per violazione del

---

I motivi aggiunti si ammettono con riguardo ad atti connessi all'oggetto del giudizio già instaurato, estendendosi ad altri diversi provvedimenti connessi con quello originariamente impugnato, in forza di un nesso di connessione inteso in senso ampio e riferibile in concreto alla attitudine dei diversi provvedimenti ad incidere su una medesima situazione di fatti.

Questa opportunità di concentrazione dei diversi gravami in un unico contesto decisorio e di semplificazione processuale si manifesta con particolare evidenza quando il soggetto proponga anche una o più azioni risarcitorie tese a stigmatizzare nel suo complesso l'atteggiamento dell'amministrazione manifestato attraverso più provvedimenti incidenti sullo stesso episodio di vita e sull'identico interesse giuridico patrimoniale del ricorrente.

Grazie alla concentrazione delle impugnazioni resa possibile dalla proposizione dei motivi aggiunti, il sindacato giudiziale potrebbe estendersi all'intera operazione amministrativa, ossia all'insieme delle attività amministrative poste in essere per conseguire un determinato risultato concreto: in questi termini, cfr F.C. Scoca, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, Agg. VI, Milano 2002, 75.

467 Così aveva affermato il Tar veneto, III sez. 1 febbraio 2003 n. 914 n. 916, con nota di M. Fracanzani, *Pronuncia sul rapporto: nuove ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo? (Nota a sentenze T.A.R. Veneto n. 914 e 916 del 1 febbraio 2003)*, in *Dir. proc. amm.* 2004, 486 ss.

468 Cfr. E. Guicciardi, *La giustizia*, 213; A.M. Sandulli, *Il Giudizio cit.*, 54 e ss.; V. Caianiello, *Manuale di diritto processuale amministrativo*; quest'ultimo autore ricollega la regola dei motivi aggiunti al principio dell'interesse (essendo illogico, a suo giudizio contrario che il giudice debba annullare un atto per un rilevato vizio di legittimità in senso svantaggioso al ricorrente) nonché al principio del contraddittorio (perchè ai soggetti coinvolti nella lite dovrebbero essere in grado di conoscere subito il *thema decidendum* per contrastare la pretesa del ricorrente o per eliminare i vizi con l'esercizio dell'autotutela).

principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato<sup>469</sup>.

Dal versante opposto, si propende per la riduzione della portata dei vizi dedotti come motivi del ricorso a semplice questione pregiudiziale<sup>470</sup>: questo orientamento configura l'intero contenuto dei motivi di ricorso come l'oggetto di accertamenti del giudice amministrativo aventi carattere meramente pregiudiziale, in contraddizione con l'altra tesi, sostenuta tra gli altri da Guicciardi<sup>471</sup>, che identifica i motivi di ricorso con la causa petendi del ricorso ossia, come avviene nel processo civile, col fondamento della domanda di parte.

Il motivo di ricorso andrebbe considerato, non di per sé causa petendi, ma “fatto costitutivo” della situazione giuridica sostanziale valutata nel processo come causa petendi, stante la definizione di esso come singola disformità dallo schema legislativo del comportamento dell'Amministrazione<sup>472</sup>.

Secondo questa dottrina, il motivo di ricorso non configura elemento di identificazione del ricorso (né di conseguenza i motivi aggiunti un nuovo ricorso); o meglio, il motivo sarebbe in grado di identificare il ricorso in quanto esso sia, in qualche modo, connesso con l'oggetto del giudizio del corrispondente processo<sup>473</sup>.

In altri termini, il motivo di ricorso, ossia il vizio dell'atto, pur non facendo direttamente parte dell'oggetto del giudizio, svolgerebbe la funzione di “integrare” e di precisare tale oggetto, nel senso che tale oggetto è rappresentato dall'illegittimità dell'atto in relazione al vizio denunciato, e non dal singolo vizio da cui l'atto è affetto che non potrebbe mai essere assunto come autonomo oggetto dell'accertamento giurisdizionale in senso proprio, ma solo come oggetto di un accertamento predisposto al fine di accertare l'illegittimità dell'intero atto<sup>474</sup>.

Se ne ricava come ulteriore conseguenza che il mutamento del motivo di ricorso importa mutamento dei contorni dello stesso oggetto del giudizio e che quindi il giudice non potrebbe mutare il motivo di ricorso (né la norma indicata dal ricorrente), perchè altrimenti verrebbe ad incidere sui limiti della controversia fissati dalle parti, in contrasto con il

---

469 Cfr. A.M. Sandulli, *Il giudizio cit.*, 54.

470 Cfr. A. Romano, *La pregiudizialità cit.*, 355 e ss.

471 Cfr. E. Guicciardi, *La giustizia amministrativa cit.*, 213.

472 Cfr. A. Romano, *Pregiudizialità cit.*, 359.

473 Cfr. A. Romano, *Pregiudizialità cit.*, 364.

474 Una volta definito l'oggetto del giudizio come questione della legittimità dell'atto in relazione al vizio dedotto dal ricorrente, se ne ricava che ciò che passa in giudicato è solo l'accertamento dell'illegittimità solo in riferimento a tale vizio, con conseguente libertà per l'Amministrazione di annullare d'ufficio l'atto per vizi diversi da quelli presi in esame dal giudice amministrativo, e per il giudice civile o penale di disapplicare l'atto ritenuto illegittimo per vizi diversi (A. Romano, *op. cit.*, 386).

Non passerebbero invece in giudicato gli accertamenti sulla cui base il giudice ha pronunciato la decisione finale, nonché quelli sul comportamento tenuto dalla p.a., né quelli sullo stesso vizio dell'atto “considerato in via autonoma, prescindendo cioè dall'illegittimità che è da esso provocata” (A. Romano, *op. cit.*, 389).

carattere del processo amministrativo come processo di parti,

Anche nel processo civile vige il principio per cui il giudice è vincolato ai fatti costitutivi dell'azione dedotti dalla parte: anche in quella sede il giudice non può disporre d'ufficio il mutamento di questi fatti così determinando il mutamento della stessa azione esercitata (ad esempio applicando una norma diversa da quella invocata dalla parte a fondamento della sua domanda di annullamento di un contratto).

Secondo questo insegnamento, tuttavia, all'ammissione del vincolo del giudice amministrativo alla norma che il ricorrente assume sia stata violata dall'Amministrazione non sarebbe direttamente ricollegabile una limitazione dell'applicabilità al processo amministrativo del principio *iura novit curia*, sulla cui validità generale non si potrebbe dubitare.

Il tema costituisce ad avviso dello stesso autore una conferma dell'interferenza tra interessi pubblici e privati che connota il processo amministrativo, perchè è interesse pubblico che le controversie tra le parti siano risolte in base alle norme del diritto sostanziale statale e tale interesse non potrebbe essere soddisfatto se il giudice non potesse scegliere la norma da applicare alla fattispecie concreta; diversamente, non esiste un interesse pubblico alla determinazione dei limiti della controversia sorta tra le parti contro la volontà delle parti, e ciò spiegherebbe perchè il giudice sia vincolato alle deduzioni delle parti<sup>475</sup>.

L'orientamento dottrinale, qui in breve richiamato nelle sue linee essenziali, per sfuggire la grave ed inaccettabile conseguenza che il giudicato non copre l'accertamento del vizio<sup>476</sup>, ipotizza dunque un'inaccettabile estensione del giudicato ai motivi, strumentale a determinare i limiti oggettivi della decisione.

Come già rilevato, questo ragionamento non convince, perchè finisce per dare valore di giudicato ad una parte della sentenza che, non costituendo pronuncia sull'oggetto del processo, non può definirsi dispositivo, ma motivazione della pronuncia<sup>477</sup>.

Né pare corretta l'affermazione che i motivi del ricorso pur collegati con l'oggetto del giudizio svolgano soltanto una funzione di integrazione e non di determinazione dell'oggetto stesso<sup>478</sup>.

Se si ammette infatti che l'oggetto del giudizio (e del giudicato) è costituito dall'illegittimità in rapporto al vizio dedotto, si può affermare che il giudice accerta

---

475 Cfr. A. Romano, *Pregiudizialità cit.*, 370.

476 Cfr. A. Piras, *Interesse legittimo cit.*, vol. II, 579, in nota.

477 Cfr. R. Villata, *op. cit.*, 538.

478 Cfr. A. Romano, *op. cit.*, 365.

legittimità o l'illegittimità in relazione a quel vizio dell'atto, solo a condizione di ricomprendere il motivo di ricorso direttamente nell'oggetto del giudizio come suo elemento costitutivo, e non semplicemente collegato.

A parte l'irragionevolezza dell'affermazione che il motivo è materia di accertamento solo pregiudiziale ed al tempo stesso forma oggetto di giudicato, pare non si possa revocare in dubbio che l'accertamento del vizio rientri nel dispositivo e non nella motivazione e che quindi verta sull'oggetto del giudizio amministrativo e abbia autorità della cosa giudicata<sup>479</sup>.

La critica alla tesi che assegna ai motivi la funzione identificativa del ricorso è stata talvolta riproposta mediante l'argomento che si richiama all'istituto dei c.d. motivi aggiunti<sup>480</sup>.

Se la proposizione di questi motivi non comporta una modificazione della domanda, né va trattata come introduzione di un nuovo ricorso, si dovrebbe ammettere che esista nel processo di annullamento una certa fungibilità dei motivi e che la domanda non si individui necessariamente in base ai motivi.

Ma questo argomento sembra provare troppo<sup>481</sup>.

Anzi, proprio nel fatto che i motivi aggiunti sono ammessi solo se espressamente dedotti entro un termine rigoroso ed entrano a far parte dell'oggetto del giudizio attraverso l'affermazione del ricorrente, si è vista la conferma che non esiste la fungibilità dei motivi<sup>482</sup>.

Per parlare di fungibilità occorre che si possa sostituire indifferentemente i motivi, che cioè il mutamento dei motivi sia compatibile con l'identità dell'affermazione, non comportando i motivi aggiunti integrazione e ampliamento dell'affermazione del ricorrente e quindi dell'oggetto del giudizio<sup>483</sup>.

---

479 Cfr. E. Casetta, *Sulla potestà cit.* 186.

480 Cfr. A. Piras, *op. cit.*, 255 e ss.

481 Cfr. A.M. Sandulli, *La giustizia cit.*

482 Cfr. R. Villata, *L'esecuzione cit.*, 541.

483 Sulla configurabilità dei motivi aggiunti come nuovo ricorso, vi è chi ritiene, come Piras, che con il fatto di far decorrere i termini per la deduzione di motivi aggiunti dal momento della conoscenza delle nuove circostanze, il giudice amministrativo ha mostrato di considerare come fondamentale requisito di ammissibilità della nuova difesa che esista un processo già pendente e che dunque il procedimento continui a trarre la propria giuridica ragione d'essere unicamente dall'azione che il ricorrente ha esercitato entro il termine di decadenza (A. Piras, *Interesse legittimo cit.*, 257).

Altri autori, come Romano (*La pregiudizialità cit.*, 361) e Villata (*L'esecuzione cit.*, 541), si esprimono invece in senso favorevole alla qualificazione del fenomeno come "innovativo della situazione processuale" perchè se con i motivi aggiunti non si modificasse la realtà processuale non si vede perchè sia stato fissato un termine di sessanta giorni.

Secondo Sandulli (*Il Giudizio cit.*) la denuncia di ogni vizio identifica una distinta causa petendi e perciò un distinto oggetto di giudizio ed una distinta azione; se un ricorso contiene più motivi, ciò vuol dire che in esso si ha esercizio di più azioni, nel caso di motivi aggiunti il ricorso rimarrebbe unico ma si verificherebbe il fenomeno di una pluralità di azioni contro lo stesso provvedimento.

## 6. L'integrazione della motivazione del provvedimento nel corso del giudizio

Altra problematica che evidenzia le contraddizioni latenti nell'ordinamento legate al conflitto tra tendenza alla sostanzializzazione del processo amministrativo da un lato, e tendenza alla processualizzazione del procedimento amministrativo dall'altro, è quella relativa all'assorbimento dei motivi<sup>484</sup>.

Nel silenzio della legge ci si interroga se l'amministrazione possa svolgere le proprie difese in giudizio, fornendo la motivazione mancante od integrando quella insufficiente con effetti positivi sia nell'ottica della deflazione del contenzioso amministrativo, sia sotto il profilo della stabilità del giudicato, data l'impossibilità per la stessa di rinnovare il provvedimento con una nuova motivazione<sup>485</sup>.

Secondo l'orientamento tradizionale del Consiglio di Stato il giudice amministrativo deve sindacare la legittimità dell'atto facendo riferimento alla "parte motiva contenuta nella struttura del documento che lo contiene" senza prendere in esame le allegazioni in giudizio dei motivi sulla cui base è stato assunto l'atto<sup>486</sup>, anche se non mancano pronunce favorevoli all'integrazione della motivazione nel corso di giudizio.

Gli argomenti posti a sostegno del divieto in parola non paiono privi di fondamento: così si è richiamato il principio di inammissibilità della sanatoria processuale degli atti, sottolineando l'esigenza che la motivazione debba precedere e non seguire la parte dispositiva del provvedimento<sup>487</sup>, e rilevando come la possibilità di integrare *ex post* la motivazione finirebbe per porre la p.a. in una ingiustificata posizione di privilegio, a meno

---

484 Cfr. A. Zito, *L'integrazione in giudizio della motivazione e del provvedimento amministrativo: una questione ancora aperta*, in Dir. proc. amm. 1994, 584.

Nella tendenza a ricostruire in termini sostanzialistici il processo amministrativo, si inquadra la traduzione in senso sostanzialistico della motivazione (cfr. M. Giannini, in *Motivazione op. cit.*, il quale parla di dequotazione della motivazione) e la svalutazione dei vizi formali quali cause di annullamento (cfr. V. Caianiello, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino 1988, 411).

Si è obiettato però che con la dequotazione della motivazione verrebbe meno un importante strumento per garantire l'effettività del contraddittorio, e quindi per soddisfare il bisogno del potere di giustificare i propri atti autoritativi nei confronti dei consociati, necessario collegamento tra istruttoria e decisione che garantisce l'effettività alla partecipazione procedimentale (cfr. A. Romano Tassone, *op. cit.*, 52 e ss.).

Inoltre, nella nuova disciplina dei vizi formali e procedurali dell'atto amministrativo è stato visto il segnale di un regresso della rilevanza attribuita al principio di legalità dell'azione amministrativa che diventa macroscopico quando investe il tema del difetto di motivazione e della c.d. motivazione postuma: così F. Tommaseo, "Nuove regole processuali per una giustizia amministrativa in trasformazione", in *La giustizia amministrativa in trasformazione op. cit.*, 131 (nota 20); G. Taccogna, *Giusto processo amministrativo ed integrazione della motivazione dell'atto amministrativo*, in Dir. proc. amm. 2005, 696 e ss.; a favore di un ripensamento del tradizionale divieto di sanatoria *lite pendente* del provvedimento impugnato, cfr. M. Clarich, *Il processo amministrativo "a rito ordinario"*, in Dir. proc. amm. 2002, 1069.

485 Non sembra però che il giudicato possa investire anche le difese che la p.a. avrebbe potuto spiegare e non ha spiegate (oltre a quelle spiegate), in forza del principio che il giudicato copre il dedotto ed il deducibile.

486 Cfr. Cons. st., sez. IV, 7 maggio 2007 n. 1975; Cons. st. 24 maggio 2005 n. 2630; Cons. st. 8 maggio 2007 n. 2106; Cons. st. sez. IV, 19 febbraio 2008.

487 Cfr. Cons. st. sez. IV, n. 2261 del 2000; Cons. st., sez. V, n. 342 del 2003.

di ammettere a favore del ricorrente la possibilità di proporre ricorso per motivi aggiunti<sup>488</sup>.

Così operando l'amministrazione, vengono alterati i rapporti tra le parti in causa, prospettandosi per il ricorrente una nuova azione giudiziale a fronte del comportamento tenuto dall'amministrazione nel corso dell'originaria causa.

Tali rilievi sono accettabili solo dal punto di vista della concezione formalistica del processo amministrativo come processo ad oggetto rigido e come meccanismo di controllo in sede giurisdizionale a senso unico.

Se si aderisce invece alla nuova concezione sostanzialistica del giudizio amministrativo come giudizio di accertamento del reale assetto di interesse, si può addivenire al superamento dell'orientamento tradizionale sopra richiamato<sup>489</sup>.

L'integrazione postuma viene valutata positivamente da chi la riconosce idonea ad accrescere le garanzie poste a tutela delle parti del processo<sup>490</sup> e la concepisce come un contributo alla possibilità di instaurare una dialettica processuale volta non a pronunce formali, ma alla soluzione di problemi sostanziali.

All'ammissione a favore dell'amministrazione del potere di integrare la motivazione del provvedimento, dovrebbe corrispondere in capo al giudice amministrativo il potere di andare oltre il filtro della motivazione e di spingersi fino alla conoscenza diretta dei motivi del provvedimento attraverso l'analisi degli atti del procedimento e degli elementi di interpretazione, nell'intento di riparare l'insufficienza ma anche la mancanza di motivazione<sup>491</sup>.

Questa tendenza che impone al giudice di prendere in considerazione tutti gli elementi acquisiti nella fase istruttoria procedimentale che costituiscono la giustificazione del potere esercitato<sup>492</sup>, perseguendo l'obiettivo della effettività della tutela e, tramite la

---

488 Cfr. sent. CGA n.149 del 1993.

489 Il divieto in parola verrebbe dunque a scontrarsi con la tendenza a non fornire protezione ai c.d. interessi illegittimi e più in generale agli interessi legittimi meramente formali: cfr. E.Cannada Bartoli, voce *Interesse (dir. amm)*, *Enc. dir.* 1972, vol. XXII, 23; S. Giacchetti, *L'interesse legittimo alle soglie del 2000*, in *Giur. amm. sic.* 1990, 625 ss..

490 Se l'annullamento di un atto per difetto di motivazione lascia libera l'amministrazione di provvedere nuovamente con un nuovo atto che integri la motivazione mancante, non si comprenderebbe perchè tale integrazione non possa avvenire nel corso del giudizio (ammettendosi la proposizione di un ricorso per motivi aggiunti contro l'atto con il quale viene integrata la motivazione) senza attendere una pronuncia che, riguardando un vizio formale, non può che essere dichiarativa e non di accertamento: sostiene questa tesi G. Virga, *Motivazione successiva e tutela della pretesa alla legittimità sostanziale del provvedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.* 1993, 507. Riguardo all'obiezione relativa all'insanabilità in giudizio degli atti amministrativi, l'autore sostiene che nell'ordinamento vigente non vi è alcuna norma che impedisca la sanatoria in giudizio di atti amministrativi e che vi sono invece norme che consentono questa possibilità, come nel caso di atto viziato da incompetenza secondo il disposto dell'art. 6 legge 18 marzo 1968 del 249.

491 Cfr. M. Giannini, *L'attività cit.*, 131.

492 Cfr. G. Virga, *op. cit.*

Con riguardo agli atti vincolati, si è in proposito osservato che qui non si potrebbe parlare correttamente di difetto di motivazione ove non siano indicati i presupposti e le giustificazioni del potere, per cui la produzione

sentenza, il risultato dell'immutabilità dell'attribuzione del bene<sup>493</sup>.

### *7. L'ordine di esame dei motivi nel processo amministrativo e la prassi giudiziale dell'assorbimento dei motivi*

L'ordine di esame dei motivi di ricorso costituisce una problematica in cui si confrontano esigenze di giustizia sostanziale, di economia processuale e di celerità del processo e che si inquadra nella più ampia questione del rapporto tra potere delle parti e dovere decisorio del giudice<sup>494</sup>.

Secondo il tradizionale insegnamento della giurisprudenza amministrativa, l'ordine di esame dei motivi è rimesso alla discrezionalità del giudice amministrativo il quale, nell'affrontare le diverse questioni prospettate dal ricorrente, deve tener conto della consistenza oggettiva dei motivi e del rapporto tra gli stessi esistente sul piano logico giuridico; “nell'ordine logico”, il giudice dovrà procedere preliminarmente all'esame di quei motivi che, evidenziando in astratto una più radicale illegittimità del provvedimento impugnato, paiono idonei a soddisfare pienamente ed efficacemente l'interesse sostanziale del ricorrente, per poi passare all'esame degli altri motivi che, pur idonei a determinare l'annullamento dell'atto gravato, evidenzino profili meno radicali dell'illegittimità<sup>495</sup>.

Talvolta il principio della discrezionalità del giudice trova un limite nel principio dispositivo, in virtù del quale è consentito al ricorrente di indicare quale domanda egli ritenga più ampiamente soddisfattiva del suo interesse; ciò avviene nei casi di pluralità di domande diverse per il rispettivo petitum, in cui si ammette la libertà del giudice di stabilire l'ordine di esame dei motivi solo nell'ambito della medesima domanda<sup>496</sup>.

Inoltre, come si è rilevato, pare corretto circoscrivere la libertà del giudice

---

di scritti difensivi sarebbe idonea non ad integrare una motivazione che tale non è, ma piuttosto a puntualizzare il provvedimento nei suoi elementi formali.

La sola pur necessaria “giustificazione del potere” non basterebbe tuttavia per i provvedimenti discrezionali, per la cui legittimità è richiesta un quid pluris, ossia l'indicazione delle ragioni che hanno indotto la p.a. a compiere quella determinata scelta.

493 Cfr. A. Piras, *Interesse legittimo cit.*, 39.

494 Così si prescinde dall'esame di questioni processuali complesse quando il ricorso appaia chiaramente infondato nel merito.

495 Cfr. Cons. st. sez. V, 13 febbraio 2009 n. 827; Cons. st., sez. V, 13 febbraio 2009 n. 827; Cons. st., sez. V, 5 maggio 2006 n. 5108; Cons. st., sez. V, 20 agosto 2001 n. 4445; Cons. st. sez. VI 5 settembre 2002 n. 4487; Cons. st. sez. V, 20 agosto 2001 n. 4445; Cons. st., sez. V, 29 ottobre 1992 n. 1095:

Altro problema riguarda l'ordine di trattazione del ricorso principale e di quello incidentale, nonchè l'obbligo del giudice di esaminare con priorità il ricorso che, a seconda dei casi, risulta decisivo per dirimere la lite: cfr. Cons. st., ad. plen. 10 novembre 2008 n. 11.

496 Cfr. Cons. st., 5 settembre 2006 n. 5108: “l'ordine delle domande rappresentato dagli originari ricorrenti corrisponde alla consistenza ed alla gerarchia dei rispettivi interessi, cosicchè non è dato ai giudice di invertirlo”.

nell'ordine di esame dei motivi (e nell'assorbimento degli stessi) alle sole censure che presentano caratteri di omogeneità, sia per essere rivolte contro il medesimo provvedimento sia per essere idonee a comportare per la parte un identico tipo di vantaggio<sup>497</sup>.

In base ad esigenze di economia processuale, oltre che di logica giuridica, l'accoglimento di un motivo in grado di provocare l'annullamento dell'atto impugnato fa venir meno l'interesse del ricorrente all'esame degli altri motivi di ricorso, autorizzando la dichiarazione di assorbimento<sup>498</sup>.

I motivi assorbiti non sono però oggetto di accertamento giudiziale; il che significa che la pronuncia che li dichiara assorbiti non ha contenuto di rigetto implicito, né può dar luogo a soccombenza, non ostando alla riproposizione dei motivi assorbiti in secondo grado, in forza dell'effetto devolutivo riconosciuto al giudizio di appello<sup>499</sup>.

\* \* \*

L'esame della giurisprudenza amministrativa in materia di vizio di incompetenza evidenzia bene il contrasto giurisprudenziale tra potere della parte e dovere decisorio del giudice.

Secondo l'orientamento tradizionale, l'esame di tale vizio assume carattere prioritario rispetto alle altre censure e, una volta accertato, preclude la valutazione degli altri motivi di ricorso, la quale costituirebbe un giudizio anticipato, meramente ipotetico, sui futuri provvedimenti dell'autorità riconosciuta competente ed un vincolo anomalo all'attività dell'autorità che non è neppure parte necessaria del processo<sup>500</sup>.

La priorità dell'esame del vizio di incompetenza comporta che l'annullamento per tale vizio esaurisce l'oggetto del giudizio e rende obbligatorio l'assorbimento delle eventuali censure sostanziali contro il medesimo provvedimento, non sussistendo un onere per

---

497Cfr. S. Scoca, *Effetto devolutivo dell'appello e motivi assorbiti*, in Dir. proc. amm. n. 2/2008, 256 e ss.

498 Cfr. Cons. st., sez. V, 8 ottobre 1992 n. 979. A maggior ragione il giudice ha il dovere di assorbire il motivo di per sé inammissibile in forza dell'estraneità della questione proposta all'oggetto del potere esercitato con il provvedimento impugnato: Cons. st., sez. VI, 5 settembre 2002 n. 4487.

499 Per consolidata giurisprudenza il giudice d'appello può esaminare i motivi assorbiti solo quando l'appellato vittorioso in primo grado li abbia riproposti in un suo qualsiasi atto difensivo, in virtù del principio dell'art. 346 c.p.c., secondo cui le censure originarie non riproposte nella fase di gravame devono intendersi rinunciate: cfr. Cons. st., ad. plen. 1999 n. 1; Cons. st., sez. VI, 11 maggio 2005 n. 2357; Cons. st., sez. V, 11 febbraio 2005 n. 398; Cons. st., ad. plen. 19 gennaio 1999 n. 1; Cons. st., sez. VI, 4 marzo 1998 n. 224; Cons. st., sez. V, 7 ottobre 1987 n. 794.

500 Cfr. Cons. st. sez. V, 6 marzo 2001 n. 1253; Cons. st., sez. V, 25 febbraio 1991 n. 193.

La ratio giustificatrice dell'assorbimento viene vista nella necessità di non pregiudicare il futuro esercizio dell'azione amministrativa da parte dell'organo competente.

Di recente, cfr. Cons. st., sez. V, 13 febbraio 2009 n. 827: *“La valutazione del merito della controversia si risolverebbe in un giudizio meramente ipotetico sull'ulteriore attività amministrativa dell'organo competente cui spetta l'effettiva valutazione della vicenda e che potrebbe emanare o meno l'atto in questione o comunque provvedere con un diverso contenuto. Diversamente opinando verrebbe leso il principio del contraddittorio rispetto all'organo competente dato che la regola di condotta giudiziale si formerebbe senza che questa abbia partecipato al giudizio”*.

l'amministrazione di conformarsi ai motivi ulteriori e diversi dall'incompetenza che siano stati sia pure impropriamente esaminati dal giudice<sup>501</sup>.

Rispetto al richiamato indirizzo tradizionale, che pure ha ricevuto attente critiche<sup>502</sup>, si segnala una nuova tendenza giurisprudenziale favorevole a riconoscere rilievo al potere dispositivo ed alla maggiore tutela dell'interesse sostanziale del ricorrente al fine di stabilire il corretto ordine di esame, e quindi a non ascrivere all'accertamento del vizio di incompetenza forza preclusiva dell'esame delle ulteriori censure proposte dal ricorrente<sup>503</sup>.

In maniera condivisibile questo indirizzo esclude che il previo esame di altri motivi contrasti con l'art. 26 secondo comma della legge n. 1034 del 1971 e renda il motivo inammissibile per carenza d'interesse<sup>504</sup>.

Come si è osservato, tale ultima norma non indicherebbe la priorità logica del vizio di incompetenza, ma solo la conseguenza dell'annullamento che consiste nell'individuazione dell'organo competente, lasciando impregiudicata la questione relativa all'esatto ordine di esame delle censure e all'eventuale assorbimento di alcune di esse.

Rispetto alla netta rimodulazione della necessaria priorità logica del vizio di incompetenza, il principio della domanda unitamente alle esigenze di semplificazione, di concentrazione e di giustizia sostanziale sembrano suggerire al giudice amministrativo di non arrestarsi di fronte alle ulteriori censure prospettate dal ricorrente, in attesa del successivo giudizio proposto dal ricorrente contro il nuovo provvedimento adottato dall'autorità competente<sup>505</sup>.

\* \* \*

Analoga esigenza di contemperare il principio dispositivo ed il dovere decisorio del

---

501 Cfr. Cons. st. sez. V 11 dicembre 2007 n. 6408; Cons. st., sez. IV, 12 dicembre 2006 n. 7271; Cons. st. 12 dicembre 2006 n. 7271; Cons. st. 5 settembre 2005 n. 4482; Cons. st., sez. IV, del 2001 n. 4214; Cons. st., sez. IV del 1996 n. 310 ; Cons. st. sez. IV n. 4159 del 1995.

502 In particolare si è affermato che la norma dell'art. 26 legge tar non imporrebbe affatto la valutazione prioritario del vizio di incompetenza, ma indicherebbe solo la conseguenza dell'annullamento consistente nella individuazione dell'organo competente.

503 Cfr. Cons. st., sez V, 11 dicembre 2007 n. 6408.

504 Cfr. Cons. st., sez. IV, 12 marzo 1996 n. 310.

505 La stessa soluzione del problema del contraddittorio nei confronti dell'autorità competente non va ricercata nell'assorbimento delle censure di merito, ma piuttosto nell'onere di integrazione del contraddittorio e nel riconoscimento del potere di proporre l'opposizione di terzo da parte dell'autorità stessa avverso la sentenza che determini vincoli troppo stretti in ordine alla successiva riedizione del potere amministrativo.

Le perplessità riguardo al sorgere di un vincolo "anomalo" alla successiva attività dell'autorità ritenuta competente, nel caso in cui il giudice accerti anche la presenza di altri vizi sostanziali del provvedimento impugnato, sono condivise dallo stesso Consiglio di Stato: cfr. Cons. st. sez. V, 11 dicembre 2007 n. 6408; Cons. st., sez. V, 30 agosto 2004 n. 5654: "*Nel processo amministrativo la pronuncia di incompetenza si presenta tranciante dell'esame dei profili di merito circa la legittimità dell'atto...Tale aspetto attiene però alla formazione del giudicato su quel capo della domanda ma non preclude al giudice l'esame anche degli altri capi se non altro ai fini d'indirizzo dell'attività dell'Amministrazione propria della funzione del giudice amministrativo*".

giudice emerge dall'esame della questione relativa all'assorbimento dei motivi.

L'assorbimento dei motivi<sup>506</sup> costituisce una prassi diffusa nel giudizio amministrativo, che può discendere dal carattere obiettivamente preliminare o concorrente di una questione rispetto ad altre, oppure da deduzioni di parte svolte in forma condizionale oppure dallo specifico rapporto tra accertamenti di rito ed accertamenti di merito<sup>507</sup>.

L'assorbimento trova giustificazione nel principio di economia processuale ma al contempo viola il principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato e il vincolo del giudice ai motivi di parte (art. 112 c.p.c.)<sup>508</sup>; inoltre, tale pratica giudiziale implica una grave limitazione della tutela del ricorrente perchè, limitando l'ambito dell'accertamento giudiziale e del giudicato, lascia libera l'amministrazione di emanare un nuovo atto di identico contenuto affetto dai vizi su cui il giudice non si è pronunciato<sup>509</sup>.

La tecnica dell'assorbimento impone scelte delicate, tendenzialmente soggettive, delle quali spesso è difficile esporre ed intendere le ragioni<sup>510</sup>; da qui il suggerimento ai giudici di farne uso con cautela<sup>511</sup>.

Dottrina e giurisprudenza distinguono l'assorbimento "proprio" da quello "improprio" o patologico che viene disposto con riguardo a motivi autonomi che sorreggono *domande diverse* da quella su cui il giudice si è pronunciato nel merito (ciò avviene in caso di cumulo oggettivo di domande) oppure a motivi che sorreggono un'unica domanda ma dalla cui fondatezza il ricorrente può trarre *un'utilità diversa* e più ampia da

---

506 Cfr. A. Andreani, voce *Motivazione della sentenza (dir. proc. amm.)*, *Enc. giur.*, XX, 1990, 1 e ss., dove l'assorbimento viene definito come elemento della congiunzione tra sostanza e manifestazione esterna della decisione; L. Iannotta, *L'assorbimento dei motivi e la posizione del controinteressato e dell'Amministrazione resistente*, in *Nuova Rass.* 1981, 843 e ss.

507 In tale ultimo caso, tra i due oggetti del giudizio di rito e di merito opera un meccanismo di elisione del secondo giudizio ove il primo dia esito negativo, in ragione non della sua irrilevanza ma nel senso dell'inammissibilità che il processo pervenga a soddisfare il suo scopo realizzando la tutela giurisdizionale dei diritti: cfr. C. Consolo, *Il cumulo condizionale delle domande cit.*, 422 e ss.

508 Cfr. E. Cannada Bartoli, *La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica amministrazione cit.*

509 In dottrina, i rilievi critici hanno riguardato i casi di ricorso nei quali la p.a. soccombente potrebbe riadottare l'atto annullato, rinnovando i vizi sui quali il giudice non si è pronunciato: ciò in ragione del fatto che sui motivi assorbiti non si forma il giudicato, non costituendo l'assorbimento né accoglimento né reiezione dei motivi non esaminati: così S. Cassarino, *Il processo amministrativo nella legislazione e nella giurisprudenza*, II, Milano 1987, 516 e ss..

510 Cfr. M. Nigro, *Processo amministrativo e motivi di ricorso*, in *Foro it.* 1975, V, 175, 20.

Il fenomeno dell'assorbimento opera nella sua "forma pura" solo in presenza di specifici nessi logici fra le questioni, ossia quando la questione primaria sia stata risolta in modo tale da essere precluso l'accesso alla questione condizionata, subordinata, o concorrente, la prassi dell'assorbimento può ritenersi correttamente effettuata.

Il c.d. assorbimento "in senso improprio" presuppone invece la dimostrazione che nella susseguente attività amministrativa non vengano in rilievo le questioni cui afferiscono i motivi assorbiti; in tale ipotesi, la superfluità dell'esame di tali motivi fa venir meno l'interesse del ricorrente alla pronuncia e, quindi, il dovere del giudice di pronunciare su una parte della domanda.

511 Cfr. E. Cannada Bartoli, *Dubbi sull'assorbimento*, in *Giur. it.* 1996, III, 161 e ss.

quella ritraibile dal solo vizio sul quale il giudice si è pronunciato<sup>512</sup>; ammettendosi che l'assorbimento improprio non equivalga a rigetto, ma dia comunque luogo ad un'ipotesi di soccombenza sostanziale che legittima la parte interessata a proporre appello (con formale impugnazione e non con semplice memoria)<sup>513</sup>.

La questione dell'assorbimento dei motivi è condizionato dalla soluzione del problema della graduazione dei motivi<sup>514</sup>, dal momento che i suoi limiti sono i medesimi cui soggiace il potere del giudice di scegliere l'ordine di esame dei motivi.

Come si è osservato in dottrina<sup>515</sup>, l'ordine di trattazione dei motivi è questione diversa da quella dell'assorbimento: mentre quest'ultimo risponde all'esigenza di giustificare l'omissione di pronuncia nel caso in cui ragioni di economia processuale impongono al giudice una scelta selettiva delle censure di legittimità proposte dal ricorrente sul presupposto della già avvenuta determinazione dell'ambito della pretesa azionata, il problema dell'ordine di trattazione dei motivi risponde ad una diversa esigenza che attiene all'ambito della soluzione delle questioni preliminari di merito e riguarda la definizione dell'oggetto del giudizio, essendo orientata la regola sull'ordine di trattazione dei motivi alla formazione di una decisione implicita di rigetto sul motivo non esaminato<sup>516</sup>.

Il tema dell'ordine di trattazione dei motivi si presta ad essere affrontato in termini più generali e funzionali alla realizzazione dello scopo del processo amministrativo.

Tramite l'esercizio del potere di determinare l'ordine di trattazione dei motivi di ricorso, il giudice è in grado di escludere dall'oggetto del giudizio la cognizione dei motivi incompatibili con il fine del giudizio amministrativo<sup>517</sup>.

---

512 Cfr. B. Cavallo, *Processo amministrativo e motivi assorbiti*, Chieti 1975, 91-162; A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2006, 293; S. Scoca, *Effetto devolutivo dell'appello e motivi assorbiti cit.*

513 Cfr. Cons. st., sez. VI, 2008 n. 213.

Secondo altra impostazione si dovrebbe distinguere tra “questione” e “domanda”, sul presupposto che mentre l'assorbimento di una questione non implica alcuna attività decisoria, di definizione di uno specifico tema di giudizio, ma costituisce una scelta informale del giudice, la cui scorrettezza di traduce in un'errata decisione della causa solo sotto il profilo del vizio di motivazione della sentenza, diversamente, la scelta di assorbire una domanda non attiene al piano logico-motivazionale della sentenza, ma agisce sull'ampiezza dell'oggetto del giudizio, implicando essa stessa una pronuncia terminale di tipo decisorio: in tale seconda ipotesi, una scelta errata di dichiarare l'assorbimento acquista valore di omissione di pronuncia (oppure, secondo la tesi della duplicità dell'oggetto, di omissione del solo giudizio di merito a ragione dell'errata decisione su quello preliminare: cfr. C. Consolo, *Cumulo condizionale delle domande cit.*, Vol. II, 429).

Questo autore esclude che vi sia nel nostro ordinamento un ordine da rispettare per l'esame delle condizioni di trattabilità nel merito della causa; di conseguenza nessuno di questi motivi pertanto richiederebbe di essere preventivamente accertato, perchè, se vi fosse un ordine di esame fra i vari presupposti processuali, si produrrebbe una moltiplicazione degli oggetti di giudizio concatenati in modo che la decisione su ognuno dei quali espliciti efficacia impediante della decisione sui successivi anelli della catena dei giudizi (*op. utl. cit.*, 455-6).

514 Cfr. A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2006, 293.

515 Cfr. Comoglio, *Il principio di economia processuale*, Padova 1982, 248.

516 Sul tema si rinvia a C. Consolo, *Il cumulo di domande cit.*, vol. II, 419 e ss.

517 Per la definizione della trattazione dei motivi come questione “tesa all'individuazione dell'interesse

Il problema assume particolare rilevanza con riferimento all'ipotesi di proposizione cumulativa di vizi formali e vizi sostanziali nello stesso ricorso per l'annullamento di un atto amministrativo e si pone come individuazione della regola di trattazione che meglio risponde alla finalità del processo amministrativo.

Se si muove dalla considerazione che non è corretto individuare il principio informatore dell'ordine di trattazione dei motivi su un generico riferimento al principio dispositivo, e che invece si debba valorizzare discrezionalità del giudice e la sua libertà di graduare i motivi sulla base della loro consistenza e dei loro rapporti sul piano logico-giuridico ammessa, in relazione all'ipotesi di allegazione di un vizio formale e di un vizio sostanziale si può affermare che il giudice possa individuare un nesso di pregiudizialità a favore del primo, ma non sembra possa escludersi che il giudice riconosca pregiudiziale il vizio sostanziale quando ciò non leda gli interessi della collettività coinvolti nel caso concreto.

E' proprio l'elasticità della regola dell'assorbimento o meglio l'assenza di nessi logici predefiniti in via astratta a garantire che la decisione soddisfi anche l'interesse della collettività.

Ciò significa che non esista una gerarchia tra motivi e che non sussista sempre e necessariamente una pregiudizialità dell'esame di un vizio sostanziale su quello formale (e viceversa), pregiudizialità che anzi può generare una situazione di indebito vantaggio del ricorrente a scapito della collettività<sup>518</sup>: solo in relazione alla concreta relazione degli interessi, e non in astratto, si può pertanto stabilire se un motivo riveste forza pregiudicante rispetto ad un altro.

Nel decidere l'ordine di trattazione dei motivi di ricorso, il giudice dovrebbe farsi guidare da un criterio obiettivo, improntato alla logica del coordinamento tra interesse pubblico alla legittimità dell'azione amministrativa (che si esprime nella deduzione di un vizio formale) e interesse privato all'attribuzione di un bene della vita (sottesa alla deduzione di un vizio sostanziale)<sup>519</sup>.

Nella ricostruzione del tema dell'ordine di trattazione dei motivi emerge evidente la separazione tra la posizione del ricorrente e quella dell'organo decidente: alla massima libertà del ricorrente di allegazione dei fatti corrisponde la libertà del giudice di interpretazione ed il suo potere-dovere di estrapolare la domanda dal contesto dei motivi e

---

legittimo dedotto in giudizio”, e dunque alla soluzione di una questione preliminare di merito: cfr. M. Magri, *L'ordine di esame dei motivi nel processo amministrativo*, Giorn. dir. amm. n. 10/2009, 1068.

518 Così in giurisprudenza, Cons. st., sez. V, 6 aprile 2009 n. 2143.

519 G. Berti, *Connessione e giudizio amministrativo*, Padova 1970, 84.

di qualificarla secondo parametri oggettivi<sup>520</sup>.

Ne discende una duplice dimensione del concetto di rilevanza del motivo, come fatto allegato (e mera esistenza di una pluralità di censure) e come oggetto della domanda (e organizzazione di tali censure)<sup>521</sup>.

Il momento di determinazione giudiziale dell'“oggetto della domanda” non avviene dunque al momento della proposizione del ricorso con l'allegazione dei motivi, ma coincide con quel giudizio preliminare che evidenzia i nessi logico-giuridici tra i motivi ed individua il tipo di relazione tra interessi nel quale consiste l'interesse legittimo.

La trattazione è un momento legato all'esercizio della funzione pubblica e non può essere prerogativa della parte: decidere l'ordine di trattazione delle censure equivale già ad apprezzare l'interesse legittimo, che non è solo strumentale ad un bene della vita, ma coinvolgendo anche interessi della collettività, realizza in sé il coordinamento e la sintesi tra interessi pubblici e interessi privati<sup>522</sup>.

Se si conviene che lo scopo del processo amministrativo non è l'attribuzione del bene della vita ma la tutela dell'interesse legittimo, se ne ricava l'esigenza di un ripensamento dello stesso principio della libertà di allegazione dei motivi che assume anche connotati di autoresponsabilità e che non si può configurare come illimitata proponibilità di motivi in vista di una sentenza illimitatamente vantaggiosa.

\* \* \*

La libertà del giudice di graduare e di assorbire i motivi incontra un limite in eventuali previsioni legislative (come nel caso di vizio di incompetenza) ma soprattutto nel principio dispositivo (si pensi alla scelta del ricorrente di formulare una domanda in forma subordinata ed alla diversa consistenza dei vizi dedotti in termini di satisfattività piena o piena solo eventuale)<sup>523</sup>.

---

520 Al principio di libertà del cumulo oggettivo di motivi corrisponde l'obbligo del giudice di decidere su tutta la domanda (art. 112 c.p.c.) il che non significa però che il giudice abbia il dovere di decidere su tutti i motivi di ricorso, come invece sostiene E. Capaccioli, *Per l'effettività della giustizia amministrativa cit.*, 209.

521 Dal coordinato disposto degli artt. 6 e 17 reg. cons. st. si ricava la regola secondo cui la causa petendi nel ricorso giurisdizionale amministrativo pur essendo prescritta a pena di nullità, si sostanzierebbe nella possibilità di una “rilevazione” e non in una “indicazione”: in altri termini, nel processo amministrativo l'onere di allegazione ha una ampiezza diversa rispetto al giudizio civile, perchè tra gli elementi identificativi dell'azione non è inclusa l'affermazione della “cosa oggetto della domanda”, ma il semplice “oggetto della domanda”.

In particolare, sottolinea le esigenze garantistiche ed egualitarie sottese alla libertà di allegazione del ricorrente M. Magri, *L'ordine di trattazione dei motivi cit.*, 1974-1975.

522 Nel senso che la tutela degli interessi legittimi nei confronti della pubblica amministrazione sembra aver perso i connotati di giudizio su situazioni soggettive per assumere i contorni di una tecnica di tutela obiettiva che “*si realizza compiutamente solo con la imputazione della sentenza agli interessi della collettività*”: M. Magri, *op. ult. cit.*, 1977.

523 La formulazione di una domanda in via subordinata impedisce che il giudice possa esaminare per prima la domanda subordinata; inoltre la libertà del giudice va esclusa nell'ipotesi in cui i vizi dedotti siano diversi,

Le conseguenze dell'assorbimento sono suscettibili di una diversa interpretazione, a seconda della configurazione dell'oggetto del processo amministrativo che si intendere accogliere: in particolare si profila un'ipotesi di omissione di pronuncia qualora si riconosca ai motivi di ricorso una funzione identificativa dell'oggetto del giudizio in conformità della tesi tradizionale del giudizio sull'atto.

Questa conclusione potrebbe essere rivista alla luce del principio di economia processuale, qualora si assuma tale principio come fattore di legittimazione dell'omissione di pronuncia conseguente all'opera di assorbimento<sup>524</sup>.

\* \* \*

Altra prospettiva di revisione riguarda l'ipotesi di “*cumulo di domande*” proposte in un unico processo: con riguardo a questa ipotesi e a differenza che nelle ipotesi di assorbimento di questioni o di motivi di impugnativa, si è sostenuto che la pratica dell'assorbimento può giustificarsi solo in presenza di una deduzione in “forma condizionale” della seconda domanda e non sulla base di obiettivi nesi di dipendenza, alternatività, concorrenza sul piano sostanziale fra le varie azioni proposte.

In ipotesi di azioni concorrenti si pone l'alternativa se sia configurabile un *unico* oggetto di giudizio (per essere unica la pretesa sostanziale fatta valere in giudizio) oppure un *duplice* oggetto di giudizio.

Nel primo caso, non può farsi luogo ad una pronuncia di assorbimento di una delle due domande, essendoci una sola domanda, pur basata su una pluralità di fondamenti (pertanto, nel caso di accoglimento della domanda sulla base di uno di essi vi può essere solo l'assorbimento di una questione concernente altri fondamenti).

Ne secondo caso, si impone l'esigenza di proporre nel processo le domande in via di “cumulo condizionale”, necessitato e non meramente utile: si tratta dei casi di pluralità di azioni concorrenti ad un medesimo risultato oppure diverse per petitum o causa petendi, delle quali l'una risulta più incisiva e radicale dell'altra in guisa che l'accoglimento della domanda principale sgombra il campo dalla “domanda subordinata” che viene così dichiarata “assorbita”, con una pronuncia che ha i caratteri di una decisione definitiva di rito sull'oggetto di giudizio processuale<sup>525</sup>.

L'attore vuole che si realizzi la tutela giurisdizionale mediante la decisione di merito

---

alcuni a carattere pienamente satisfattivo, altri a carattere satisfattivo solo eventuale, da soli inidonei a vincolare l'azione amministrativa all'attribuzione al ricorrente vittorioso dell'utilità sperata.

Sul punto, cfr. E. Cannada Bartoli, *Novità dell'assorbimento dei motivi*, in Giur. it., 1996, III, 617 e ss, e *Aspetti processuali dell'assorbimento dei motivi*, in Foro amm. 1996, 893 e ss.

524Cfr. M. Comoglio, *Il principio di economia processuale cit.*, 191.

525 Nel senso di una completa corrispondenza tra il fenomeno dell'assorbimento di una domanda e il fenomeno della sua proposizione in forma condizionale, cfr. C. Consolo, *op. ult. cit.*, 429.

solo se la decisione sulla prima domanda riveste un certo contenuto: è dunque in potere dell'attore caratterizzare in un certo modo lo svolgimento della domanda da lui dedotta in via subordinata o consequenziale, dando luogo ad un processo stabilmente plurimo dal punto di vista oggettivo<sup>526</sup>.

\* \* \*

Ad una riflessione della prassi dell'assorbimento dei motivi contribuiscono alcuni recenti indirizzi innovativi del giudice amministrativo.

Tra questi merita menzione la pronuncia n. 213 del 25 gennaio 2008, con la quale la Sezione VI del Consiglio di Stato non ha condiviso la scelta del giudice di primo grado di esaminare ed accogliere il solo motivo di ricorso relativo alla carenza di motivazione in ordine all'attribuzione dei punteggi in una gara pubblica, dichiarando assorbiti gli altri motivi.

Ad avviso del giudice d'appello, il giudice di primo grado avrebbe dovuto invece esaminare la censura relativa alla mancata esclusione dell'impresa aggiudicataria, perchè il suo accoglimento avrebbe arrecato all'impresa ricorrente *un vantaggio* (l'aggiudicazione della gara, appunto) *maggior* rispetto all'annullamento della procedura (ed alla conseguente incertezza circa la vittoria della gara da parte dell'impresa ricorrente)<sup>527</sup>; e, in ogni caso, quale che sia l'ordine di esame dei motivi, il medesimo giudice avrebbe dovuto proseguire l'esame degli ulteriori motivi di ricorso *“finchè è certo che dall'accoglimento di un ulteriore motivo non deriva più alcuna utilità al ricorrente”*, neanche sotto il profilo risarcitorio, dichiarandoli in tal ipotesi assorbiti.

Tale conclusione si fonda sul principio che individua nell'idoneità a soddisfare l'interesse sostanziale del ricorrente il criterio per stabilire la priorità dell'esame di una censura: come si legge in sentenza, *“l'ordine del giudice di esaminare le censure non può prescindere dal principio dispositivo che regola anche il processo amministrativo e*

---

526 Accanto all'ipotesi di dipendenza “processuale” instaurata dalla proposizione della seconda domanda in via condizionale alla prima, si può enucleare un ambito di cause legate da un nesso di pregiudizialità-dipendenza di tipo “sostanziale” che può anche non ricorrere tra situazioni giuridiche soggettive sostanziali entrambe già sorte.

Ciò accadrebbe qualora la causa “pregiudicante” avesse carattere “costitutivo” rispetto ad un'azione “consequenziale” che riguardi un diritto non ancora nato al momento dell'avvio del giudizio: in tale ipotesi diventa necessitata la scelta di proporre le due azioni in un unico giudizio, non essendo possibile far valere solo la seconda azione e limitarsi a sollecitare al giudice una cognizione incidentale sulla posizione giuridica ad efficacia costitutiva condizionante la decisione sulla causa dipendente.

Il carattere necessario del cumulo non escluderebbe tuttavia la possibilità di esperire prima l'azione costitutiva e poi in un separato giudizio l'azione consequenziale.

Sull'impossibilità di un accertamento costitutivo incidentale senza efficacia di giudicato: C. Consolo, *Cumulo condizionale cit.*, 292.

527 Così, accertata la fondatezza dei motivi assorbiti, l'errore compiuto dal Tar viene corretto riconoscendo alla ricorrente la facoltà di subentrare al contratto per la parte non già eseguita o di ottenere il risarcimento del danno per equivalente, conformemente al principio civilistico di portata generale contenuto all'art. 1181 c.c.

*comporta la necessità di esaminare prima quelle censure da cui deriva un effetto pienamente satisfattivo della pretesa del ricorrente*<sup>528</sup>; peraltro, *“quale che sia l'ordine di esame dei motivi, il giudice è tenuto a proseguire tale esame finchè è certo che dall'accoglimento di un ulteriore motivo non deriva più alcuna utilità al ricorrente”*.

La prassi del giudice amministrativo di assorbire alcuni motivi di ricorso meriterebbe di essere riconsiderata anche in considerazione dell'ammissibilità del risarcimento del danno derivante dall'esercizio illegittimo dell'attività amministrativa, in forza del principio secondo cui, *“per assorbire un motivo, deve essere evidente che dall'eventuale accoglimento della censura assorbita non possa derivare alcun vantaggio al ricorrente, neanche sotto il profilo risarcitorio”*.

La citata pronuncia della Sezione VI del Consiglio di Stato segna un momento di discontinuità rispetto al prevalente orientamento giurisprudenziale, perchè individua, in luogo al criterio logico-giuridico, un nuovo criterio sostanzialistico per l'esame dei motivi, che non fa riferimento alla maggiore o minore gravità della illegittimità dell'atto ma al *carattere maggiormente satisfattivo della pretesa del ricorrente*, dal quale si fa discendere l'assorbimento del motivo relativo all'annullamento della procedura di gara rispetto a quello assorbente relativo all'esclusione dell'aggiudicatario dalla gara<sup>529</sup>.

Con questo indirizzo ancora minoritario fondato sulla valorizzazione del giudizio amministrativo come processo di parte<sup>530</sup> si scontra l'opposta tesi sviluppata dalla giurisprudenza tradizionale, secondo cui l'ordine di esame dei motivi è rimesso alla discrezionalità dell'organo giudicante sulla base della loro consistenza oggettiva e del rapporto tra le censure sul piano logico, dovendo egli procedere preliminarmente nell'ordine logico segnato da quei motivi che evidenziano una più radicale illegittimità del provvedimento impugnato, comunque idonei in caso di accoglimento a soddisfare l'interesse sostanziale dedotto in giudizio<sup>531</sup>.

---

528 Favorevole a riconoscere priorità ai motivi che concretano nel modo più effettivo la soddisfazione della pretesa sostanziale dedotta in ricorso, cfr. V. Caianiello, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino 1994, 775 e s.

529 A tali censure corrispondono distinti giudizi e distinte valutazioni giudiziali che vertono nell'un caso su ciò che è pregiudiziale all'interesse del ricorrente e nel secondo caso su ciò che è pregiudiziale sotto il profilo logico e giuridico: cfr. Cons. st. sez. VI, 7 ottobre 2008 n. 4829; Cons. st. sez. VI, 5 dicembre 2005 n. 6960.

In altre occasioni, il giudice amministrativo ha fatto richiamo al medesimo principio giurisprudenziale che esige l'esame in via prioritaria di quelle censure che, potendo recare un effetto satisfattivo pieno al ricorrente, non possono essere assorbite. Così in materia di procedimento per l'apposizione di vincoli storico-artistici, la medesima Sezione Quinta ha accolto l'appello contro una pronuncia del Tar Emilia Romagna che aveva annullato un intero provvedimento di vincolo con riferimento ad un vizio procedimentale, operando l'assorbimento del motivo proposto dalla ricorrente relativo all'illegittima estensione del vincolo a tutto il compendio immobiliare in questione: cfr. Cons. st. 18 giugno 2008 n. 3002.

530 Conforme, Cons. st., sez. VI, 18 giugno 2008 n. 3002.

531 Il contrasto è particolarmente evidente in materia di gare pubbliche, laddove si evidenzia una netta

In adesione all'orientamento tradizione, la Sezione V del Consiglio di Stato con sentenza del 6 aprile 2009 n. 2143 ha sottolineato l'impossibilità di seguire in modo indiscriminato l'indirizzo "di tipo soggettivistico" inaugurato dalla citata pronuncia n. 213 del 2008, perchè la tecnica dell'assorbimento dei motivi rientra tra i modi attraverso i quali il giudice amministrativo esercita il suo potere di controllo sull'esercizio della funzione pubblica<sup>532</sup>.

Una volta riconosciuto legittimo l'assorbimento dei motivi quando non sia frutto di arbitrio o di causalità giuridica ma esprima un consapevole atto di esercizio del potere di controllo sulla funzione pubblica, la Sezione V si sofferma, criticandola, sulla tendenza a ritenere prioritario l'esame dei vizi sostanziali su quelli procedurali, sottolineando che talvolta i vizi sostanziali paiono dipendenti da quelli formali che condizionano il contenuto della valutazione e che pertanto meritano di essere esaminati con priorità, in quanto motivi che maggiormente denunciano l'alterazione dell'esercizio della funzione pubblica (si pensi ai casi di incompetenza relativa o all'ipotesi di mancata acquisizione del parere obbligatorio dell'organo consultivo).

\* \* \*

Sempre in tema di gare pubbliche, riveste interesse il tema dell'ordine di trattazione dei ricorso, principale e incidentale.

Come si evince dall'elaborazione giurisprudenziale, per la determinazione dell'ordine di trattazione del ricorso principale e di quello incidentale non esiste un criterio guida precostituito ed astratto: a seconda dei casi, il giudice può esaminare prima il ricorso principale, ma non gli è precluso l'esame prioritario del ricorso incidentale che risulti fondato e la conseguente dichiarazione di inammissibilità del ricorso principale.

Il giudice deve farsi guidare da esigenze di economia processuale e da ragioni di ordine logico-giuridico, oltre che dal principio della parità delle parti processuali.

---

divaricazione tra due tendenze: la prima orientata ad accertare ciò che è pregiudiziale con riferimento all'*interesse del ricorrente* (e giudizio affermativo della necessità di escludere l'aggiudicataria controinteressata e di aggiudicare alla seconda classificata la gara) e un'altra incentrata su ciò che è pregiudiziale *sotto il profilo logico e giuridico* (giudizio declaratorio dell'illegittimità delle operazioni di gara).

A favore dell'impostazione tradizionale: Cons. st., sez. VI, 7 ottobre 2008 n. 4829; Cons. st., sez. V, 5 settembre 2006 n. 5108.

532 Nell'ottica del giudizio amministrativo come controllo della funzione pubblica, la citata pronuncia esclude la correttezza del ricorso al criterio forfettario del 10 % ai fini della determinazione del quantum debeatur, il quale, inquadrandosi in un logica indennitaria, male si concilia con il regime della prova nel sistema della responsabilità civile, in particolare quella della p.a..

A giudizio della Sezione V, è preferibile il diverso indirizzo che esige una prova rigorosa della percentuale di utile effettivo che avrebbe conseguito il ricorrente se fosse risultato aggiudicatario dell'appalto (cfr. tra le altre Cons. st., sez. V, 2008 n. 2967, Cons. st., 5 aprile 2005 n. 1563; Cons. st. sez. VI, 4 aprile 2003 n. 478); né sembra invocabile il ricorso alla c.d. sentenza sui criteri di liquidazione di cui all'art. 35 co. 2 del d.lgs n. 80/98 il quale postula che sia accertata l'esistenza del danno, non potendo quindi essere strumentalizzato per eludere l'obbligo di allegazione dei fatti costitutivi del proprio diritto.

Il giudice può esaminare con priorità il ricorso principale ovvero quello incidentale per ragioni di economia processuale, ma in base al principio della parità delle parti non può determinare una soccombenza in conseguenza dei criteri logici che ha seguito nell'ordine di trattazione delle questioni. In ogni caso, quale che sia il primo ricorso esaminato e ritenuto fondato, egli deve tener conto dell'interesse strumentale di ciascuna impresa alla ripetizione della gara e deve esaminare anche l'altro quando la fondatezza di entrambi comporta l'annullamento degli atti di gara con conseguente necessità di indire una nuova gara.

E' questo il principio giurisprudenziale che è stato affermato dall'Adunanza Plenaria<sup>533</sup>, con riferimento ad una fattispecie caratterizzata dal ricorso principale e da quello incidentale di due uniche imprese ammesse alla gara, ciascuno dei quali volto a far accertare che la controparte fosse stata illegittimamente ammessa alla gara.

Con riguardo all'ipotesi di due uniche imprese ammesse alla gara, che abbiamo impugnato ciascuna l'atto di ammissione dell'altra, la Plenaria ha affermato che le scelte del giudice non possono avere rilievo decisivo sull'esito della lite, anche quando riguardino l'ordine di trattazione dei ricorsi: né quindi si può statuire che la fondatezza del ricorso principale precluda l'esame di quello principale, o viceversa, perchè entrambe le imprese sono titolari di un *interesse strumentale alla ripetizione della gara*, e a questi interesse deve dare rilievo il giudice amministrativo, rimanendo esclusa l'applicabilità del principio relativo all'improcedibilità del ricorso principale quando l'accoglimento del ricorso incidentale riguardi una gara con più di due offerte ammesse.

Non può ritenersi senz'altro prioritario l'esame del ricorso incidentale, né al suo accoglimento si può riconoscere sempre "efficacia paralizzante" con il risultato della dichiarazione di inammissibilità del ricorso principale.

Quando il ricorso incidentale risulta fondato, continua a sussistere l'interesse del ricorrente principale a veder esaminate le sue censure rivolte contro l'atto di ammissione dell'aggiudicataria ed in via consequenziale avverso l'aggiudicazione, affinché anche questi siano annullati per ottenere l'indizione di una gara ulteriore: il ricorso principale non diviene dunque ex sé improcedibile, ma rimane ammissibile in ragione dell'*"interesse strumentale alla ripetizione della gara"*.

A giudizio della Plenaria, questa soluzione non viene contraddetta dalla considerazione secondo cui andrebbe esaminato con priorità il ricorso principale; questo rilievo non pare condivisibile alla Plenaria, perchè non tiene conto della simmetria delle

---

533 Cfr. Cons. st., ad. plen. n. 11 del 2008, con nota di G. Tropea, *La plenaria prende posizione sui rapporti fra ricorso principale e ricorso incidentale (nelle gare con due soli concorrenti). Ma non convince*, in Dir. proc. amm. 2009, 151.

posizioni processuali della ricorrente principale e della ricorrente incidentale anch'essa titolare di un interesse strumentale alla ripetizione della gara: se ci sono ragioni di accoglimento di entrambi i ricorsi, essi vanno entrambi esaminati e accolti, “*con il risultato di vanificare l'intera gara*”<sup>534</sup>.

\* \* \*

Dalla giurisprudenza amministrativa emergono pertanto tendenze contrastanti, alcune improntate ad un modello di giudizio obiettivo, altre ad una logica soggettivistica.

Sono espressione della tesi tradizionale che rinviene il potere del giudice amministrativo di decidere l'ordine di trattazione dei motivi nel particolare oggetto del giudizio impugnatorio legato all'esercizio della funzione pubblica i seguenti principi giurisprudenziali: così l'affermazione che il ricorrente non può chiedere che venga prima esaminato la censura che conduce all'aggiudicazione e in via subordinata far valere l'illegittimità dell'intera procedura<sup>535</sup> né può subordinare l'esame del vizio di incompetenza al rigetto di altri motivi di impugnazione<sup>536</sup>; il riconoscimento del potere del giudice di non esaminare un motivo inammissibile in forza dell'estraneità della questione proposta rispetto all'oggetto del potere esercitato con il provvedimento impugnato<sup>537</sup>; e ancora il principio secondo cui la regola dell'assorbimento presuppone sempre che le censure siano rivolte contro il medesimo provvedimento e non si estendano anche al rapporto tra motivi di impugnazione riferiti ad atti diversi, ancorchè legati da un nesso di presupposizione e comunque connessi<sup>538</sup>.

E' invece conforme al principio dispositivo, inteso come potere del ricorrente di scegliere le domande da proporre e di indicare l'ordine di esame dei motivi, l'orientamento che circoscrive il potere giudiziale ai soli motivi sollevati all'interno della medesima

---

534 Il contrasto giurisprudenziale sul quale è stata chiamata a pronunciarsi l'Adunanza Plenaria (ord. rimessione n. 2669 del 2008) verteva appunto sulla possibilità di riconoscere efficacia paralizzante all'accoglimento del ricorso incidentale (a favore dell'esame prioritario del ricorso incidentale, tra le altre, Cons. st., 7 aprile 2006 n. 1877; Cons. st. sez. V, 23 agosto 2004 n. 5583; Cons. st., sez. V, 8 maggio 2002 n. 2468; Cons. st., sez. VI, n. 159 del 1992; *contra*, Cons. st., n. 5811 del 2007; Cons. giust. amm. reg. sic. 22 dicembre 1995 n. 388).

Sulla questione si è pronunciata più di recente la Sezione VI, investita dell'esame di una fattispecie in cui veniva attaccato con ricorso principale il bando di gara e quindi la gara in radice: in tale ipotesi, invocando *esigenze di economia processuale*, il giudice ha deciso di esaminare per primo il ricorso principale, dal cui accoglimento sarebbe derivato il rinnovo dell'intera gara e l'inutilità dell'esame del ricorso incidentale che mirava solo all'esclusione di uno dei due concorrenti: cfr. Cons. st., sez. VI, 3 giugno 2009 n. 3404.

535 Atteso che, secondo un ordine logico, va esaminata prima la più radicale illegittimità riguardante l'intera procedura: cfr. Cons. st., sez. V, 25 febbraio 1997 n. 184.

536 In quanto la valutazione di merito si risolverebbe in un giudizio meramente ipotetico sull'ulteriore attività amministrativa dell'organo competente; diversamente opinando verrebbe leso il principio di contraddittorio rispetto all'autorità competente: Cons. st., sez. V, 6 marzo 2001 n. 1253; Cons. st., sez. VI, 12 marzo 1996 n. 310.

537 Cfr. Cons. st., sez. VI, 5 settembre 2002 n. 4487.

538 Cfr. Cons. st., sez. IV, 1 agosto 2001 n. 4214.

domanda, ritenendo precluso al giudice di superare le vincolanti indicazioni del ricorrente in presenza di più domande diverse per petitum<sup>539</sup>; e pure il richiamato indirizzo giurisprudenziale che assume il criterio dell'effetto pienamente satisfattivo della pretesa per stabilire la priorità di un motivo<sup>540</sup>.

Non mancano pronunce giurisprudenziali che si segnalano per lo sforzo di ricercare un punto di equilibrio nel difficile quadro dei rapporti tra poteri della parte e dovere del giudice in materia di ordine di esame dei motivi di ricorso, come quella che suggerisce di non assolutizzare né il principio dispositivo né il potere officioso del giudice, sottolineando come la tecnica dell'assorbimento dei motivi possa ritenersi legittima solo quando sia “*espressione consapevole del potere di controllo esercitato dal giudice amministrativo sull'esercizio della funzione pubblica*”, e non invece quando sia “*frutto di arbitrio o causalità giudiziaria*”<sup>541</sup>.

## 8. La modificazione dell'oggetto del giudizio amministrativo

### 8.1. I motivi di ricorso e la modificazione dell'oggetto del giudizio nel corso del processo

La discussione sulla rilevanza dei vizi-motivi non si svolge solo in relazione al tema dell'identificazione della domanda e della valutazione della completezza della medesima nei suoi elementi costitutivi (art. 17, comma 1, reg. proc.), ma anche con riferimento al tema della modificazione della domanda medesima, nel corso del giudizio di primo grado e in grado d'appello.

Come già si è avuto modo di osservare, la problematicità del tema riguarda il diverso ruolo che può essere assegnato ai vizi-motivo in relazione all'azione e all'accertamento giudiziale, a seconda che si prediliga la loro qualificazione come elemento identificativo dell'azione da accertarsi in via principale, oppure li si faccia rientrare nella

---

539 Cfr. Cons. st., sez. V, 5 settembre 2006 n. 5108.

540 Cfr. Cons. st., sez. VI, 25 gennaio 2008 n. 213.

541 Cfr. Cons. st., sez. V, 2009 n. 2143; il giudice amministrativo si è espresso in termini critici riguardo alla possibilità di seguire in modo indiscriminato il più recente ed innovativo indirizzo giurisprudenziale espresso nella sentenza n. 213 del 2008, escludendo che l'esame dei vizi sostanziale debba sempre precedere quello dei vizi formali al fine di un eventuale assorbimento di questi ultimi, richiamando al riguardo i casi in cui i vizi sostanziali sono dipendenti da quelli formali: così i casi di incompetenza relativa o quella di mancata acquisizione del parere obbligatorio dell'organo consultivo.

Più di recente, con sent., sez. I, 15 settembre 2009 n. 5346, il Consiglio di Stato, in adesione all'orientamento tradizionale, ha ribadito che il giudice deve procedere con priorità all'esame della censura relativa alla nomina della commissione giudicatrice che maggiormente denuncia “l'alterazione dell'esercizio della funzione pubblica”, escludendo che il ricorrente possa pretendere l'esame prioritario del motivo preordinato all'aggiudicazione.

motivazione come oggetto di accertamento meramente incidentale.

L'oggetto del processo amministrativo può essere diversamente rappresentato da tanti diritti all'annullamento e tante azioni d'impugnazione quanti sono i vizi (come avviene in tema di azioni di impugnazioni di atti privatistici)<sup>542</sup>, oppure da un unico diritto all'annullamento e da un'unica azione, pur in presenza di una pluralità di vizi<sup>543</sup>.

E' evidente che, se si assume la struttura unitaria dell'azione, i motivi si confondono nella produzione dell'effetto finale, quali elementi “fungibili” di un'unica causa petendi.

La questione della rilevanza dei motivi si pone con riguardo alla definizione della nozione di “capo della sentenza” rilevante ai fini dell'appello, che all'evidenza risente del valore che si intende riconoscere ai motivi di ricorso. Le conclusioni qui sono differenti, perchè si può identificare la nozione di capo della sentenza con il singolo vizio di illegittimità fatto valere nel ricorso (sul rilievo che a ciascun vizio esaminato nella sentenza corrisponde un distinto capo) oppure la si può conformare in base al petitum del ricorso (sul rilievo che ad ogni provvedimento annullato corrisponde un capo della sentenza), o ancora in base alle utilità che l'accoglimento di una censura può recare al ricorrente<sup>544</sup>.

L'alternativa tra unitarietà dell'azione o cumulo di azioni può essere assunta come chiave di lettura di altri istituti della disciplina del processo amministrativo.

Le ipotesi di impugnazione di più atti per connessione oggettiva, tradizionalmente inquadrate come cumulo oggettivo di azioni (si pensi ad istituti come i c.d. motivi nuovi, i motivi aggiunti, il ricorso collettivo, il ricorso cumulativo, il ricorso incidentale)<sup>545</sup> si prestano ad essere rivisitate secondo la logica dell'unitarietà dell'azione, come manifestazione di esercizio di un'unica azione identica nel petitum e nella causa petendi.

## 8.2. I motivi aggiunti e la teoria dell'unicità dell'azione

L'ammissione che i vizi del provvedimento impugnato costituiscono elemento di

---

542 Cfr. G. Chiovenda, *Principi cit.*, 285 e 989.

543 Cfr. M. Nigro, *L'appello cit.*, 30 e ss.

Per la tesi che esclude un concorso di domande di annullamento in ordine al medesimo interesse legittimo, sul rilievo che la situazione giuridica affermata dal ricorrente nel processo, ossia l'interesse legittimo, rimarrebbe unica, M. Magri, *L'ordine di trattazione dei motivi nel processo amministrativo cit.*, 1070.

544 In tal ultimo senso, M. Nigro, *L'appello cit.*, 417: “Capo è quindi non ogni soluzione di questione, ma solo quella soluzione che arreca rispettivamente un vantaggio e un pregiudizio qualificato (soccumbenza) che tendono a consolidarsi, da valutare in relazione al tipo di sentenza”.

545 Anche in tale ipotesi si assume il concetto di connessione alla base della tesi dell'unicità dell'azione, in considerazione della proponibilità del ricorso incidentale avverso atti diversi (ad esempio un atto presupposto, come un regolamento illegittimo), purchè connessi con quello originariamente impugnato.

Ed a una lettura in termini di unicità dell'azione si presta l'intervento liticonsortile e la rinuncia ad alcuno dei motivi proposti (assimilabile più ad un'ipotesi di rinuncia agli atti che ad una rinuncia all'azione).

identificazione dell'azione ed elemento dell'oggetto della domanda ai sensi dell'art. 17, comma 1, reg. proc. con. st. dovrebbe comportare, come conseguenza, l'impossibilità per il ricorrente di dedurre i vizi del provvedimento, una volta che questo sia divenuto definitivo, anche se si tratta di vizi conosciuti successivamente alla scadenza del termine di impugnativa, in forza del principio della consumazione dell'azione.

L'opera, della giurisprudenza<sup>546</sup> prima e del legislatore poi, ha contribuito al superamento di questo rischio di grave compromissione del diritto di difesa.

Oggi, in deroga ai principi, tra loro correlati, della rigidità dell'oggetto del giudizio<sup>547</sup> e dell'integralità della conoscenza<sup>548</sup>, è riconosciuta al ricorrente la possibilità di modificare la domanda facendo valere sia vizi ulteriori del provvedimento impugnato, sia vizi di altri provvedimenti, "adottati in pendenza del ricorso tra le stesse parti, purchè connessi all'oggetto del giudizio stesso" (art. 21, comma 1, legge tar).

La concentrazione di più impugnazioni nella forma dei motivi aggiunti, che rappresenta oggi una facoltà per il ricorrente<sup>549</sup>, è subordinata a due requisiti: quello della connessione oggettiva tra gli atti, e cioè del loro porsi come espressione di un potere diretto a realizzare una medesima "operazione amministrativa", e quello della sopravvenienza del secondo di tali atti nel corso del giudizio.

---

546 Prima della riforma del 2000, la giurisprudenza era divisa tra un indirizzo che, muovendo dalla difesa della centralità del provvedimento, riteneva inammissibili i motivi aggiunti che non si limitino a dedurre nuovi vizi del provvedimento ma ampliassero l'oggetto del ricorso originario estendendo l'impugnazione a provvedimenti ulteriori (così Cons. st. sez. IV 23 marzo 1992 n. 342; Cons. st. sez. VI 23 ottobre 1993 n. 776) ed un altro favorevole alla loro ammissibilità, che riteneva il provvedimento solo l'"occasione" per definire il conflitto sostanziale tra interesse pubblico e interessi privati (Cons. st. sez. V, 23 marzo 1993; Cons. giust. amm. reg. sic., 4 novembre 1995 n. 343).

547 Ossia di quello che in dottrina viene definito il dogma della immutabilità dell'affare litigioso che trae origine dalla tradizione storica della *litis contestatio*: così M. Comoglio, *Il principio di economia processuale cit.*, 177.

548 In forza di questo principio il *thema decidendum* risulta fissato nell'atto introduttivo limitatamente ai vizi deducibili dal provvedimento finale in relazione al precetto che assicura l'integrale conoscenza di questo.

Rispetto a tale principio si dovrebbe considerare eccezionale l'aggiunzione a patto che si ammetta la vigenza della regola della *integralità della conoscenza*: così, C. Mignone, *I motivi aggiunti nel processo amministrativo*, Padova 1984, 434.

Ciò significa che il carattere strutturale del processo amministrativo va individuato nell'opposto principio della flessibilità, rispetto al quale quello dell'immodificabilità riveste carattere secondario, valevole solo nell'ipotesi in cui prima del giudizio gli atti amministrativi fossero integralmente conoscibili.

Il rapporto di frequenza tra concentrazione e frazionamento della domanda dipende dalle norme che assicurano la pubblicità e dalla prassi dell'amministrazione di comunicare tutti gli atti del procedimento.

549 Così, in giurisprudenza, Cons. st., sez. V, 6 luglio 2002 n. 3171 e Cons. st., sez. V, 24 ottobre 2006 n. 6332, ove a proposito del rapporto tra aggiudicazione provvisoria e aggiudicazione definitiva si afferma che laddove la legge non definisce il tipo e l'intensità di una connessione con l'oggetto del ricorso già prodotto si dovrebbe riconoscere alla parte che vi ha interesse la facoltà di produrre sia ricorso per motivi aggiunti sia un ricorso autonomo.

In dottrina, nel senso che la l. n. 205/2000 non ha inciso sul principio della domanda, C. Cacciavillani, *Sul ricorso per motivi aggiunti di cui all'art. 21 della legge tar come modificato dalla legge n. 205 del 2000*, in *Dir. proc. amm.* 2001, 181 e ss.; M. Romajoli, *Impugnazione dei provvedimenti sopravvenuti nel corso del giudizio e connessi con quello già impugnato*, in *Nuove leggi civ. comm.* 2001, 567 ss.

Già prima della riforma del 2000, si era manifestata in dottrina la preferenza per una caratterizzazione della causa petendi nel senso della sua intrinseca flessibilità, quale risultato delle doglianze deducibili in dipendenza della cognizione progressiva dell'invalidità, sostenendosi che, se è normale la conoscenza progressiva dei vizi, occorre spostare nel tempo il referente temporale della regola della rigidità dell'oggetto, dato che l'immutabilità della causa petendi si realizza solo quando ulteriori motivi non siano più legalmente deducibili<sup>550</sup>.

Il tema di maggiore interesse ai fini della ricerca sull'oggetto del processo attiene alla questione se la proposizione dei motivi aggiunti dia luogo ad una "nuova azione" oppure se configuri l'esplicazione della "medesima azione" già esercitata con il ricorso principale.

E' evidente che la scelta, se identificare l'impugnazione di atti diversi con un autonomo giudizio oppure far confluire nel giudizio già pendente avverso il primo atto, dipende dalla nozione di oggetto del giudizio che si intende accogliere.

L'esame in un unico giudizio di più ricorsi altrimenti autonomi reca con sè evidenti benefici in termini sia di economia processuale sia di effettività della giustizia amministrativa: come riconosce la giurisprudenza amministrativa, "*il giudizio...deve rimanere unitario, anche perchè sussistono spesso connessioni tra i vari motivi per cui solo dall'esame congiunto di tutte le censure ciascuna di esse può essere veduta nella giusta luce*"<sup>551</sup>.

L'azione viene pertanto individuata non in base all'atto impugnato, ma in base alla lesione subita dal ricorrente, che può rimanere unitaria nonostante la pluralità dei motivi e dei provvedimenti impugnati.

La questione si inserisce nella più generale problematica del rapporto tra l'azione ed il vizio dell'atto, se cioè l'azione si configuri in funzione dell'atto di cui si chiede l'annullamento e rimanga unitaria pur in presenza di una pluralità di vizi<sup>552</sup>, oppure se l'azione si identifichi sulla base ai vizi, ciascuno dei quali a sua volta identifichi una distinta azione<sup>553</sup>.

---

550 Cfr. C. Mignone, *op. cit.*, 439.

551 Così, già in passato il Consiglio di Stato sottolineava le esigenze di concentrazione e di celerità dei giudizi sottese all'introduzione pretoria dei motivi aggiunti: Cons. st., ad. plen., n. 24 del 1987 e Cons. st., ad. plen., n. 5 del 1977, che ha riconosciuto la validità della regola della concentrazione delle impugnazioni ai fini della deroga alla competenza per territorio, ma solo in presenza di una connessione tra atti che si risolve in quella configurabile tra atto presupposto e atto applicativo.

552 Così, B. Cavallo, *Processo amministrativo e motivi assorbiti cit.*, 63; M. Nigro, *L'appello cit.*, 32; A. Piras, *Interesse legittimo cit.*, 225.

553 Per la tesi secondo cui tante sono le azioni quanti sono i motivi: A. Romano, *La pregiudizialità nel processo amministrativo*, Milano 1958, 371; O. Ranalletti, *Le guarentigie cit.*, 220; R. Villata, *L'esecuzione cit.*, 540; G. Chioyenda, *Istituzioni cit.*, 332; E. Casetta, *Manuale cit.*, 768 e A.M. Sandulli, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato ed ai giudici subordinati*, Napoli, 1963, 54-55.

Come criterio di identificazione dell'azione, la teoria dell'unicità dell'azione non assume i vizi-motivi (che vengono definiti solo come “una condizione dell'azione”), bensì il pregiudizio subito dal ricorrente l'atto<sup>554</sup> oppure, secondo altra prospettiva, la peculiarità del vantaggio che la decisione giudiziale può arrecare al ricorrente<sup>555</sup>.

L'azione, così ricostruita in termini di deduzione in forma unitaria dei motivi (come cioè “azione-tutela” e non “azione-motivo”)<sup>556</sup>, si presenta come un'entità da un lato “ipostatizzata ed unitaria” e dall'altro “fluida e reiterabile”.

Alla base della ricostruzione che spiega l'aggiunzione dei motivi secondo il principio dell'unitarietà dell'azione, vi è la consapevolezza dell'esigenza di riequilibrare la posizione deteriore della parte privata nei confronti dell'Amministrazione che è in grado di condizionare la conoscenza dei privati, costringendoli ad un ricorso al “buio”<sup>557</sup>.

Le conseguenze che si traggono sono rilevanti, perchè oltre al venir meno del ruolo centrale del provvedimento (considerato “mero veicolo della lesione”) viene dequotato il principio della rigidità della domanda, confermando le possibilità di frazionamento della stessa; inoltre, all'immutabilità del *thema decidendum* viene sostituito il principio della

---

554 Nel senso invece che i motivi di ricorso operano come insieme di fatti costitutivi di un'unica domanda e non come fattori identificativi di domande concorrenti: cfr. M. Giannini-A.Piras, voce *Giurisdizione amministrativa*, in *Enc. diritto*, vol. XIX Milano, 1970, 256; S. Piraino, *L'azione nel processo amministrativo*, Milano, 1984, 266; M. Magri, *L'ordine di trattazione dei motivi cit.*, 1968 e ss.; a favore dell'integrabilità dei motivi anche P. Stella Richter, *L'inoppugnabilità*, Milano 1970, 151.

Si riporta inoltre la definizione del processo amministrativo proposta da Nigro, di “processo costitutivo necessario”, avente per oggetto un solo diritto all'invalidazione, quanti siano i vizi e i motivi di invalidazione affermati: *L'appello cit.*, 32.

555 Così si ammette la frazionabilità dell'azione in più capi di domanda, ma tale frazionamento assume sembianze diverse a seconda del criterio assunto, dato che possono identificarsi tanti capi della domanda quante sono le misure dell'annullamento richiesto (in base al criterio del *petitum*) oppure i vizi fatti valere (in base al criterio della causa *petendi*) oppure i vantaggi conseguibili dal ricorrente (in base al criterio della c.d. peculiarità del vantaggio proposto da Nigro (*Giustizia amministrativa cit.*, 356).

Muovendo dalla critica verso l'eccessivo frazionamento della domanda operato dalla formulazione dei motivi in base ai vizi, l'autore privilegia il criterio del risultato cui tende il ricorrente, rispetto al quale la cognizione del singolo motivo di ricorso darebbe luogo a semplice punto di cognizione, al pari delle altre questioni che il giudice risolve nell'iter di formazione della pronuncia sul capo della domanda.

556 Così C. Mignone (*op. cit.*, 447) che nella diatriba tra la tesi dell'unicità dell'azione e la tesi della pluralità delle azioni vede un problema solo apparente, nel senso che nulla vieta di spendere l'azione simultaneamente o per segmenti *finchè* il rimedio sia ancora esperibile nei mezzi idonei ad assicurarne la realizzazione.

557 E proprio nella distanza tra conoscenza dell'illegittimità e conoscibilità della stessa all'atto della proposizione del ricorso contro il provvedimento lesivo al momento della proposizione dei ricorso si individua la ratio dell'istituto: così F. Fracchia, *op. cit.*, 707 che sottolinea la particolare posizione della p.a. che ben può incidere sulla posizione dell'amministrativo anche in pendenza del processo: in termini analoghi, Gallo, *La modificazione della domanda nel processo amministrativo*, Torino, 1985, 60 e ss.

Sintesi di esigenze diverse (quali l'economia processuale, la consolidazione degli effetti degli atti amministrativi e la tutela del diritto alla difesa), l'istituto dei motivi aggiunti rappresenta uno strumento garantistico di temperamento dell'onere della parte di impugnare l'atto entro un termine di decadenza e di correttivo alla regola dell'integrazione della motivazione in giudizio; quindi un mezzo per reagire alla superiorità del soggetto pubblico.

Si potrebbe peraltro ipotizzare un ridimensionamento delle occasioni di impiego dell'istituto in funzione di riequilibrare la situazione del privato nei confronti della p.a. che dispone della possibilità di regolare la quantità di conoscenza dei propri atti laddove si potenziassero gli strumenti a disposizione del privato per superare la originaria non conoscibilità degli atti

unicità della lesione, recuperando così quell'unitarietà dell'oggetto del processo che sarebbe frustrata dalla possibilità di impugnare atti ulteriori<sup>558</sup>.

Accedere alla tesi dell'unicità dell'azione che esclude la configurabilità di una pluralità di azioni nell'ambito dello stesso processo significa respingere l'idea di una coincidenza tra motivi e causa petendi, tra motivi ed elementi identificativi dell'azione.

L'affermazione dell'unicità dell'azione e dell'integrabilità di tutti i motivi (anche di quelli aggiunti) consente di superare, nell'originaria domanda, quella concezione “retriva” del processo amministrativo improntata al particolare assetto del rapporto fra il “conoscibile” prima del processo ed “deducibile” entro il processo<sup>559</sup>, in linea con quell'indirizzo giurisprudenziale che esclude si possa configurare l'aggiunzione di motivi come “un nuovo ricorso” tale da richiedere il rispetto dei requisiti previsti per la proposizione di un autonomo ricorso, compreso l'obbligo di un specifico mandato al difensore, sul rilievo che nel ricorso originario sarebbero già ricompresi tutti i poteri processuali finalizzati alla rimozione della lesione subita dal ricorrente<sup>560</sup>.

Inoltre, l'istituto parrebbe assumere una connotazione pubblicistica rispondente all'esigenza di operare nell'ambito di un unico processo l'esame contestuale di tutti i profili di lesività dell'azione amministrativa, secondo la concezione obiettivistica del processo finalizzata alla tutela dell'interesse pubblico alla legalità dell'azione amministrativa.

Di fronte ad un'azione processuale amministrativa che tende a frantumarsi in una molteplicità di segmenti, tutti ugualmente coperti dalla garanzia costituzionale, la sintesi si compie a livello della nozione di “unitaria entità azionabile”, nel cui ambito ciò che viene dopo l'atto iniziale di esercizio del potere d'azione o *accede* al medesimo atto iniziale o

---

558 Cfr. F. Fracchia, *Motivi aggiunti, termine di decadenza e modifiche del petitum*, nota a Cons. st., sez. IV, 6 marzo 1996 n. 292 e a Cons. giust. amm. reg. sic., 4 novembre 1995 n. 343, in *Dir. proc. amm.* 1996, 694 e ss.

559 A proposito del rapporto tra conoscibilità degli atti e specificità dei motivi, si è osservato che l'onere di allegare motivi non generici varrebbe solo per il caso il ricorso introduttivo il cui autore conosce l'invalidità dell'atto, mentre l'onere riguarderebbe solo la “complessa impugnativa” quale si presenta nel momento del passaggio in decisione: così C. Mignone, *op. cit.*, 89.

560 Cfr. Cons. giust. amm. sic., n. 343 del 1995 e in dottrina, A. Piras, *interesse legittimo cit.*, 253 e ss.: secondo questo autore i motivi aggiunti vanno a completare un procedimento che trae “la propria ragione d'essere unicamente dall'azione che il ricorrente ha esercitato entro il normale termine di decadenza”.

Di diverso avviso, a favore del riconoscimento della dignità di un “autonomo ricorso” ai motivi aggiunti, come soluzione più rispondente alle esigenze di garanzia delle parti: cfr. A. Romano, *La pregiudizialità cit.*, 362; R. Villata, *L'esecuzione cit.*, 1971, 542, nota 358; P.M. Vipiana, *Motivi aggiunti e doppio grado nel processo amministrativo in una recente decisione dell'Adunanza plenaria* in *Dir. proc. amm.* 1986, 91 e ss.; F. Fracchia, *Motivi aggiunti, termine di decadenza e modifiche del petitum cit.*; C. Cacciavillani, *Sul ricorso per motivi aggiunti cit.*, 192.

Si è pure sostenuto che mediante la proposizione di motivi aggiunti non tanto si formerebbe una nuova azione, quanto piuttosto verrebbero integrare e modificate quelle domande già prodotte nelle loro cause petendi: cfr. M. Nigro, *L'appello cit.*, 293.

Per un approfondimento sul tema si rinvia alla ricostruzione di C. Mignone, *I motivi aggiunti nel processo amministrativo cit.*, 427 e ss..

coinvolge una realtà *estranea* al processo.

Secondo questa lettura si può affermare che i motivi aggiunti non costituiscano una nuova azione, né modifichino l'azione originariamente proposta sotto il profilo del petitum, ma siano riconducibili all'azione inizialmente esercitata, integrando così le censure originarie non tanto nei confronti del primo provvedimento, quanto nei riguardi dell'intero esercizio del potere che ha leso la situazione soggettiva nel suo insieme.

In altri termini, si potrebbe sostenere che la proposizione dei motivi aggiunti costituisca esercizio dello stesso diritto di difendersi in un giudizio pendente, e non esercizio autonomo del diritto d'azione.

La formalizzazione della censurabilità degli atti amministrativi adottati nelle more dello svolgimento di un processo già pendente viene vista con favore da parte della giurisprudenza come applicazione di un "*principio generale che vuole che il reale oggetto del giudizio amministrativo sia costituito dalla pretesa azionata e dall'accertamento della sua fondatezza*"<sup>561</sup>; se il riferimento principale è dunque la pretesa sostanziale azionata in giudizio, gli atti successivi e diversi da quello inizialmente impugnato divengono suscettibili di impugnazione per connessione oggettiva sopravvenuta, in quanto episodi della medesima lesione dell'interesse del ricorrente<sup>562</sup>.

Come afferma un certo indirizzo giurisprudenziale, è venuta rafforzarsi l'idea dell'istituto dei motivi aggiunti come mezzo per integrare le censure prospettate non tanto nei confronti del primo provvedimento, ma nei riguardi dell'"intero esercizio del potere che ha comportato la lesione della situazione soggettiva nel suo insieme"<sup>563</sup>.

Si può anche non condividere l'interpretazione della disciplina dei motivi aggiunti come la consacrazione legislativa del nuovo modello sul giudizio sul rapporto, che assegna al giudice la determinazione dell'assetto corretto del rapporto sostanziale tra le parti<sup>564</sup>; ma non sembra revocabile in dubbio che si stia affermando una tendenza generale al

---

561 Cfr. Cons. st., sez. V, n. 3717 del 2002 che ha individuato il momento del sorgere dell'interesse a ricorrere nel momento dell'emanazione dell'atto di aggiudicazione definitiva, configurando un onere di impugnare in un secondo momento anche la suddetta aggiudicazione definitiva, pena l'improcedibilità del primo ricorso.

562 La previsione dell'istituto inoltre risponderebbe bene ai principi di concentrazione e di economia processuale, in nome dei quali se ne ravvisa l'ammissibilità anche quando per l'impugnazione di atti connessi si estenda la platea di parti necessarie: cfr. Cons. st. Sez. V n. 7632 del 2003; Cons. st. sez. V n. 3717 del 2002; Cons. st. ad. plen. n. 4 del 2003.

563 Cfr. Cons. st., sez. IV, 11 ottobre 2007 n. 5354 che in forza del cennato principio ha escluso l'onere del ricorrente di conferire un mandato ad hoc per introdurre i motivi aggiunti, ritenendo che il mandato originario sia già comprensivo di tutti i poteri processuali finalizzati alla rimozione della lesione subita dal ricorrente. Per l'opposto indirizzo che conferisce autonoma rilevanza al ricorso per motivi aggiunti, cfr. Cons. st., sez. VI, 22 giugno 2004 n. 456, che in forza del richiamato principio ha escluso l'idoneità della dichiarazione di inammissibilità del ricorso introduttivo ad incidere sulla sorte delle impugnazioni successive.

564 Cfr. B. Mameli, *Atto introduttivo e attività istruttoria*, in *Il nuovo processo amministrativo dopo la legge 21 luglio 2000 n. 205*, a cura di F. Caringella e M. Protto, Milano 2001, 3 ss.

superamento del ruolo del provvedimento nel giudizio amministrativo.

Sotto questo profilo, l'indagine sull'istituto dei motivi aggiunti evidenzia come si sta sviluppando una nuova concezione dinamica e sostanzialistica dell'oggetto del processo come nuova entità flessibile e non rigida, nel cui ambito l'atto lascia lo spazio a nuove nozioni come quella di "attività amministrativa" e di "operazione amministrativa", riducendosi a mera "*occasione*" che rende possibile il sindacato del giudice sull'esercizio del potere<sup>565</sup>.

\* \* \*

L'incerto quadro giurisprudenziale con particolare riguardo al tema di ricorso per motivi aggiunti bene esprime il contrasto tra le due concezioni, l'una formalistica e l'altra sostanzialistica, dell'oggetto del processo amministrativo.

Ne è conferma la recente ordinanza di rimessione all'Adunanza Plenaria della soluzione del contrasto giurisprudenziale in merito all'applicabilità al ricorso per motivi aggiunti della dimidiazione prevista per particolari materie dall'art. 23 bis della legge tar<sup>566</sup>.

Sulla questione se l'espressione letterale della norma secondo cui "i termini processuali previsti sono ridotti alla metà salvo quelli per la proposizione del ricorso" debba intendersi riferita solo all'atto introduttivo del giudizio oppure se l'applicazione della norma vada estesa anche al ricorso proposto con motivi aggiunti, si sono formati tre orientamenti giurisprudenziali.

Secondo il primo indirizzo, il legislatore avrebbe sancito una sola e rilevante eccezione alla regola generale, facendo riferimento soltanto al termine di proposizione del ricorso, in quanto la logica acceleratoria che caratterizza i processi ai quali tale norma si applica induce ad interpretare la disposizione secondo canoni di rigida tassatività, in considerazione anche del fatto che non sussisterebbero, rispetto ai "motivi aggiunti", le esigenze di garanzia della difesa del privato che, essendo già assistito da un difensore, non avrebbe la necessità di affidare un nuovo mandato<sup>567</sup>.

---

<sup>565</sup>Cfr. F. Scoca, *Attività amministrativa*, Enc. dir., Agg., VI, 75 e ss.

<sup>566</sup> Cfr. Cons. st., ord. 12 dicembre 2009 n. 7793.

<sup>567</sup> Cfr. Cons. st. sez. V, sent. 2002 n. 3717; Cons. st., sez. IV, 2007 n. 4657; Cons. st. sez. V 2008 n. 949; Cons. st. sez. V, 2009 n. 2149.

Pure l'Adunanza Plenaria, nella nota decisione n. 5/02 ha precisato che, nelle materie indicate dall'art. 23 bis della L. n. 1034/71, la dimidiazione dei termini costituisce la regola generale, con l'unica eccezione del termine relativo alla proposizione del ricorso in primo grado.

La sentenza dell'Adunanza Plenaria, tuttavia, assimila (proprio facendo specifico riferimento all'uso del plurale "quelli") il ricorso introduttivo al ricorso incidentale per il quale, afferma, "sovengono le stesse esigenze che hanno condotto alla esclusione del dimezzamento dei termini per il ricorso principale", ma non affronta il tema dei "motivi aggiunti" che, pur nell'ambito dell'unitarietà del processo, parteciperebbero, secondo un certo orientamento giurisprudenziale, alla stessa natura del ricorso principale avendo le sostanziali caratteristiche di un ricorso autonomo (cfr. Cons. st., sez. VI, 2007 n. 4480 e Cons. Cons. st., sez. VI, n.

Un secondo indirizzo interpretativo ritiene invece che la caratteristica dei motivi aggiunti quale strumento di concentrazione e speditezza processuale non fa venir meno il loro autonomo carattere impugnatorio per cui (ma solo nel caso in cui con i "motivi aggiunti" sia impugnato un provvedimento autonomo rispetto a quello originario) non vi sarebbe ragione per sottrarre tale impugnativa al medesimo regime generale previsto per il ricorso introduttivo<sup>568</sup>.

Infine, un terzo orientamento sostiene l'infondatezza dell'applicabilità della dimidiazione dei termini ai motivi aggiunti in quanto questi, ancorché cronologicamente collocati all'interno di un giudizio già pendente, attengono alla definizione della domanda e non possono che essere attratti nella disciplina del ricorso introduttivo, essendo assimilabili a quest'ultimo ai fini defensionali<sup>569</sup>.

Tra il primo orientamento che nell'intento di valorizzare lo scopo acceleratorio ed il carattere specialistico della norma elimina il contenuto autonomo dei motivi aggiunti ed il terzo indirizzo che tende ad attribuire analogo regime ad atti che hanno la "eadem ratio", così da evitare profili di disparità di trattamento, l'orientamento intermedio tenta di individuare una soluzione di compromesso.

La soluzione della questione, dalla quale discendono conseguenze pratiche in termini di necessità di una ulteriore procura alle liti nel caso di proposizione di motivi aggiunti, impone una scelta di fondo che attiene al problema della determinazione dell'oggetto del processo.

Ove si accogliesse la concezione del "ricorso preordinato all'integrale ed unitario soddisfacimento dell'interesse dedotto", che consente di sfumare la differenza fra "motivi

---

5707/03.

568 Cfr. Cons. st., sez. VI, 2006 n. 6990; Cons. st., sez. IV, del 2008 n. 1543; Cons. st., sez. IV, 2008 n. 2187. Secondo quanto afferma il giudice amministrativo nell'ordinanza di rimessione della questione all'Adunanza Plenaria (cfr. Cons. st., ord. 12 dicembre 2009 n. 7793), tale interpretazione avrebbe il difetto di frammentare nuovamente la categoria dei "motivi aggiunti" sulla base di una distinzione non considerata dalla norma né terrebbe conto del fatto che, talvolta, l'atto autonomo che viene impugnato (come, ad esempio, negli appalti, l'aggiudicazione definitiva) non implica la proposizione di motivi diversi rispetto a quelli del ricorso originario con la conseguenza che, per una ragione meramente formale, derivante dal carattere autonomo del nuovo provvedimento, si garantirebbe, senza particolari giustificazioni, un più lungo termine di impugnativa.

569 Si richiamano, a sostegno di tale interpretazione, i lavori parlamentari che hanno sostituito l'originaria espressione con cui si stabiliva la riduzione alla metà di tutti i termini processuali salvo "quello" per la proposizione del ricorso, con il pronome plurale (...salvo "quelli"...), volendosi, così, ricomprendere nella fattispecie del termine ordinario, oltre che il ricorso incidentale, anche il ricorso per "motivi aggiunti".

Si osserva, inoltre che, poiché lo strumento dei "motivi aggiunti" è stato delineato dall'art. 21 Lelle Tar come meramente facoltativo, il ricorrente, al fine di eludere la possibile preclusione temporale, potrebbe intentare ricorso autonomo chiedendo, poi, la riunione con quello principale.

Inoltre, ove si affermasse che ai "motivi aggiunti" si applica il termine dimidiato, potrebbe verificarsi la discriminante situazione che l'eventuale ricorso incidentale proposto avverso tali motivi aggiunti beneficerebbe di un termine più ampio rispetto a quello concesso al ricorrente per la proposizione di tali motivi (cfr. Cons. st., sez. V 2006 n. 1068; Cons. st., sez. VI, 2007 n. 4480; Cons. st., sez. VI, 2007 n. 5082).

integrativi" e "motivi aggiunti", dovrebbe ritenersi corretta l'interpretazione che applica il normale termine di impugnativa solo al ricorso introduttivo e che ritiene altresì estensibile la portata dell'originaria procura originaria anche alla proposizione di "motivi aggiunti"<sup>570</sup>.

8.3. *La cessazione della materia del contendere e l'improcedibilità del ricorso per sopravvenuta carenza di interesse.*

Si consideri ora l'ipotesi di provvedimento sopravvenuto nel corso del giudizio, che intervenga sulla materia del contendere in senso non soddisfacente per il ricorrente.

Nel definire la figura della cessazione della materia del contendere, l'art. 23 della legge tar si riferisce espressamente all'ipotesi in cui l'amministrazione annulli o riformi l'atto impugnato "in modo conforme all'istanza del ricorrente".

Tale disposizione viene interpretata in chiave sostanzialistica da parte della giurisprudenza amministrativa la quale afferma che la sentenza che dichiara la cessazione della materia del contendere è caratterizzata dal contenuto di accertamento nel merito della pretesa vantata e della sua piena soddisfazione da parte di determinazioni successive della pubblica amministrazione; siffatta decisione non ha pertanto valenza processuale, contenendo invece l'"accertamento relativo al rapporto amministrativo controverso ed alla pretesa sostanziale vantata dall'interessato"<sup>571</sup>.

Stante il disposto del citato art. 23, non è possibile pronunciare la cessazione della materia del contendere in presenza di un provvedimento sopravvenuto non soddisfacente della pretesa del ricorrente<sup>572</sup>; quest'ultimo atto, peraltro, secondo l'insegnamento giurisprudenziale prevalente, è pur sempre un provvedimento e come tale, seppure non determini la cessazione della materia del contendere, richiede comunque una nuova impugnazione, la cui omissione renderebbe improcedibile il ricorso per sopravvenuta carenza di interesse.

---

570 A favore dell'esclusione della necessità del rinnovo della procura alla lite, con gli ulteriori effetti relativi alla individuazione dei destinatari della notifica (la parte o il procuratore costituito, art. 170 c.p.c.): cfr. Cons. st., sez. V, 2007 n. 58; Cons. st., sez. VI, 2007 n. 3331; Cons. st., sez. IV, 2007 n. 5354; Cons. st., sez. IV, 2008 n. 298.

571 In tale prospettiva, la giurisprudenza amministrativa richiede la concorde dichiarazione del ricorrente e dell'Amministrazione in ordine alla satisfattività dei provvedimenti successivi adottati nelle more del giudizio, fermo restando il dovere del giudice di qualificare correttamente gli effetti derivanti dall'adozione di siffatti provvedimenti successivi: "le parti non sono cioè arbitre della formula terminativa del processo che spetta al giudice pronunciare interpretando la loro condotta processuale": cfr. Cons. st., sez. V, 12 dicembre 2009 n. 7800; Cons. st., sez. VI, 2008 n. 2618; Cons. st., sez. V, del 2007 n. 4449.

Di contro, nel senso che la valutazione dell'interesse alla prosecuzione dell'azione spetta unicamente al ricorrente: cfr. sentenza 31 dicembre 2009 n. 9292.

572 Cfr. E. Casetta, *Manuale diritto amministrativo*, Milano 2003, 753.

Per consolidata giurisprudenza, la decisione di improcedibilità del ricorso per sopravvenuto difetto di interesse consegue all'accertamento dell'inutilità della sentenza; tale verifica esige che l'indagine circa l'utilità conseguibile per effetto della definizione del ricorso conduca al sicuro convincimento che la modificazione, intervenuta in corso di causa, della situazione di fatto o di diritto esistente al momento della domanda impedisce di riconoscere in capo al ricorrente alcun interesse, anche meramente strumentale e morale, alla decisione, interesse che non può essere ravvisato nella “mera esigenza di ottenere regole conformative per la successiva azione amministrativa”; ovvero al convincimento che l'adozione da parte della p.a. di un provvedimento, pur senza avere alcun effetto soddisfacente, sia idoneo a ridefinire l'assetto degli interessi in gioco e tale da rendere certa e definitiva l'inutilità della sentenza<sup>573</sup>.

L'estinzione del processo per cessazione della materia del contendere a seguito dell'emanazione di un atto amministrativo sopravvenuto si ricollega alla piena soddisfazione in via extragiudiziale del bene della vita cui aspira il ricorrente: la cessata materia del contendere viene definita come “*un'ipotesi qualificata di sopravvenuta carenza di interesse*”, contraddistinta dalla causa che determina l'effetto estintivo del giudice, che è appunto la piena soddisfazione alla pretesa sostanziale azionata in giudizio<sup>574</sup>.

Rimane da capire quale fondamento abbia la distinzione tra cessazione della materia del contendere e la carenza sopravvenuta di interesse a ricorrere.

Mentre la prima incide sull'oggetto del giudizio e quindi sul merito del processo eliminandolo, la carenza sopravvenuta incide su un mero presupposto processuale (l'interesse a ricorrere) impedendo il passaggio al merito<sup>575</sup>.

---

573 Cfr. Cons. st., sez. V, 19 maggio 2009 n. 3069; Cons. st. sez. V, 1 aprile 2009 n. 2077; Cons. st., sez. IV, 19 febbraio 2008 n. 532; Cons. st., sez. IV, 11 aprile 2007 n. 1684; Cons. st., ad. plen., del 2003 n. 1; Cons. st., sez. IV, 6 ottobre 2001 n. 5296; Cons. st. sez. IV, 1 agosto 2001 n. 4206.

Altra declaratoria di improcedibilità individuata dalla giurisprudenza riguarda il ricorso avverso l'atto presupposto, nel caso di mancata impugnativa degli atti consequenziali.

Le critiche formulate a tale indirizzo da parte della dottrina si richiamano al meccanismo della caducazione automatica in forza dell'annullamento degli atti presupposti, da cui si fa discendere l'irrelevanza dell'eccezione di sopravvenuta carenza di interesse sollevata dalle parti resistenti a fronte dell'omessa impugnazione del secondo atto.

Sul tema si rinvia a L. Garofalo, *Impugnazione dell'atto presupposto e onere di impugnazione dell'atto consequenziale*, in Dir. amm. proc. 2000, 344 e ss.; P. Stella Richter, *La competenza territoriale nel giudizio amministrativo*, Milano, 1975, 57 e ss.; C. Cacciavillani, *op. ult. cit.*, 201; e in giurisprudenza, tra le altre cfr. Cons. st., sez. V, 11 dicembre 1992 n. 1447.

574 Per l'indirizzo che ravvisa nella diversa soddisfazione dell'interesse leso la principale differenza tra le due figure, nel senso che “*la sopravvenuta carenza di interesse opera solo quando il nuovo provvedimento non soddisfa integralmente il ricorrente, determinando una nuova valutazione dell'assetto del rapporto tra la pubblica amministrazione e l'amministrato; al contrario, la cessazione della materia del contendere si determina quando l'operato successivo della parte pubblica si rivela integralmente soddisfacente dell'interesse azionato*”: Cons. st. sez. IV, 31 dicembre 2009 n. 9292; in senso conforme, Cons. st., sez. V, 12 dicembre 2009 n. 7800; Cons. st., sez. V, 13 agosto 2007 n. 4449.

575 Cfr. Cons. st., sez. V, 5 marzo 2009 n. 1316; Cons. st., sez. IV, 8 giugno 2007 n. 3040; e con riguardo al

Si è sostenuto sempre in giurisprudenza che, rispetto alla fattispecie di cessazione della materia del contendere disciplinata dal citato art. 23, la dichiarazione di sopravvenuto difetto di interesse riguarderebbe “in senso più ampio” le ipotesi in cui l'atto impugnato abbia comunque cessato di produrre i suoi effetti o il processo non possa per qualsiasi motivo produrre un risultato utile per il ricorrente, certificando che “nessun effetto utile può essere conseguito dal ricorrente con l'accoglimento del ricorso”<sup>576</sup>.

Se si intendesse tuttavia la figura dell'improcedibilità per sopravvenuto difetto di interesse come comprensiva di tutte le ipotesi di emanazione di un nuovo atto che regoli il medesimo rapporto, non si comprenderebbe la ragione di un'autonoma previsione per la figura della cessazione della materia del contendere.

Se si vuole dare un significato alla previsione del citato art. 23, esso va individuato nella volontà del legislatore di riconoscere rilevanza sul processo al nuovo provvedimento amministrativo, solo a condizione che esso sia pienamente soddisfacente della pretesa sostanziale del ricorrente<sup>577</sup>.

La tesi giurisprudenziale che individua un onere di una nuova impugnativa avverso il provvedimento sopravvenuto, sanzionato con l'improcedibilità del ricorso originario per carenza sopravvenuta di interesse, conduce a gravi conseguenze.

Sia sotto il profilo del rispetto del principio della parità processuale fra le parti, dal momento che finisce per porre l'amministrazione in una posizione di supremazia sulla sorte del processo, affidandole il potere di condizionare l'esito del processo con una determinazione unilaterale anche non soddisfacente dell'interesse del ricorrente.

Sia sotto il profilo del rispetto della ragionevole durata del processo, considerato che il meccanismo congeniato dalla giurisprudenza allunga enormemente i tempi processuali per addivenire alla definizione della controversia.

Per tali ragioni, sembra preferibile seguire una linea interpretativa meno formalistica di quella sostenuta dalla giurisprudenza, alla stregua della quale riconoscere che l'esercizio

---

giudizio d'appello, Cons. st., sez. IV, 12 giugno 2003 n. 3318.

In dottrina, per la riconducibilità della pronuncia di cessazione della materia del contendere all'ambito delle decisioni di merito e per la non riproponibilità della domanda in conseguenza del prodursi degli effetti del giudicato di merito: cfr. C. Consolo, *Il cumulo condizionale cit.*, 449.

576 Cfr. Cons. st., sez. V, del 2008 n. 6530; Cons. st., ad plen., 29 gennaio 2003 n. 1; Cons. st., sez. VI, 31 luglio 2003 n. 4440.

577 Cfr. V. Caianiello, *Lineamenti di diritto processuale amministrativo*, Torino, 1988, 474 e ss.

A conferma del carattere non decisivo dell'argomento letterale fondato sulla disposizione contenuta nell'art. 23 legge tar si è peraltro rilevato che non sembra sostenibile che per il ricorrente sia sempre utile ottenere una sentenza che annulli l'atto originario, in caso di mancata impugnazione di un nuovo provvedimento non soddisfacente che modifichi o sostituisca quello già impugnato.

Tale utilità potrebbe ravvisarsi solo all'ipotesi in cui l'atto sopraggiunto modifichi il primo con effetto ex nunc, mentre in caso di efficacia ex tunc non dovrebbero esservi ostacoli all'estinzione del giudizio per sopravvenuta carenza di interesse, così Cacciavillani, *Sul ricorso per motivi aggiunti cit.*, 199.

del potere di provvedere da parte dell'amministrazione, nel corso del giudizio pendente ed in termini non soddisfatti per il ricorrente, non influisce sul processo instaurato mediante l'impugnativa dell'atto originario il quale pertanto può continuare fino alla pronuncia di merito.

Questa soluzione sostanzialistica è rispettosa del diritto di difesa e si conforma alle esigenze di economia processuale, perchè consente al destinatario dell'atto sopravvenuto di impugnarlo con lo strumento dei motivi aggiunti nello stesso giudizio già instaurato sull'atto originario, senza dover instaurare un nuovo giudizio e veder allungati i tempi della causa.

#### *8.4. Il ricorso incidentale e l'ammissibilità della domanda riconvenzionale nel processo amministrativo*

La domanda su cui il giudice amministrativo si deve pronunciare può essere ampliata anche su iniziativa del controinteressato, mediante la proposizione del ricorso incidentale, quando sia lesa dal medesimo provvedimento impugnato sotto il profilo di vizi ulteriori dello stesso provvedimento, sia quando contesti un provvedimento diverso su cui si fondi la domanda del ricorrente.

La legge processuale amministrativa conosce il ricorso incidentale (contro l'atto) e l'appello incidentale (contro la sentenza di primo grado), ma nulla dispone sulla domanda riconvenzionale che costituisce domanda nuova ed autonoma.

Pur in presenza di questo vuoto normativo, la giurisprudenza, inizialmente contraria all'ammissione delle domande riconvenzionali, è giunta a riconoscere la proponibilità della domanda riconvenzionale nelle vertenze su diritti devolute alla giurisdizione esclusiva, caratterizzate dall'assenza del vincolo all'impugnativa di atti e provvedimenti e da una ricchezza dei poteri decisori del giudice conformi alla varietà delle azioni davanti ad esso proponibili<sup>578</sup>. Con riguardo a tali ambiti, è richiesta la forma dell'atto notificato alle altre parti, come nelle altre ipotesi di ampliamento dell'oggetto del giudizio, facendo rinvio per le restanti modalità procedurali a quanto previsto per il ricorso incidentale.

Grazie all'introduzione dello strumento della domanda riconvenzionale ed in conformità ai principi costituzionali del diritto di difesa e dell'effettività della tutela, l'amministrazione può formulare domande di vario contenuto nelle materie di giurisdizione esclusiva<sup>579</sup>.

---

<sup>578</sup> Sul punto, si veda V. Domenichelli, *Giurisdizione esclusiva e pienezza di giurisdizione*, in Dir. proc. amm. 1989, 623 e ss..

<sup>579</sup> Così nella materia dei servizi pubblici, degli appalti pubblici, dell'urbanistica ed edilizia,

Nell'ambito della giurisdizione di legittimità, la parte resistente ha a propria disposizione solo la possibilità di formulare un'*eccezione riconvenzionale*, tesa solo a paralizzare la domanda del ricorrente: a differenza della domanda riconvenzionale, però il diritto che si oppone al ricorrente con l'*eccezione riconvenzionale* viene *accertato solo in via incidentale* e rimane privo di forza di giudicato<sup>580</sup>.

Il ricorso incidentale, come disciplinato dall'art. 37 del r.d. n. 1054 del 1924, è un istituto proprio del giudizio di legittimità e ne risente della sua struttura impugnatoria.

Muovendo da un'insopprimibile esigenza di tutela dei controinteressati (anche di quelli non intimati) e *de iure condendo* anche dell'amministrazione resistente, ci si interroga sulle modalità di ampliamento del *thema decidendum*.

Lo scopo delle parti può non essere la mera contestazione della domanda del ricorrente, per la quale è sufficiente la proposizione di una semplice eccezione volta a paralizzare l'azione avversaria, ma invece la proposizione di una domanda nuova tesa all'affermazione di una autonoma pretesa, per la quale è richiesto l'utilizzo di un mezzo di impugnazione vero e proprio, come la domanda riconvenzionale del processo civile<sup>581</sup>.

Accanto a chi ammette la possibilità di impugnare con il ricorso incidentale anche atti diversi, purchè connessi o presupposti dell'atto impugnato dal ricorrente principale<sup>582</sup>, vi è chi sostiene che in tale ipotesi il ricorso incidentale debba essere inquadrato nella

---

dell'espropriazione, di pubblico impiego, e degli accordi tra p.a. e privati e tra p.a..

580 La giurisprudenza amministrativa è contraria ad ammettere una domanda di risarcimento del danno avanzata dall'amministrazione in via riconvenzionale, in base al principio secondo cui nel processo amministrativo ogni ampliamento dell'oggetto del giudizio su iniziativa dei resistenti debba avvenire nella forma del ricorso incidentale: cfr. Tar Calabria, sez. II, 23 luglio 2009 n. 810; Tar Brescia, sez. I, 16 giugno 2008 n. 561; Cons. st., sez. V, 31 gennaio 2001 n. 353; Tar Ancona, 14 gennaio 2003 n. 1330.

In dottrina, non mancano opinioni favorevoli ad ammettere anche nell'ambito della giurisdizione di legittimità, una vera e propria domanda riconvenzionale autonoma avente ad oggetto pretese risarcitorie e/o patrimoniali: cfr. A. Di Giovanni, *La domanda riconvenzionale nel processo amministrativo*, Padova 2004, 156.

581 In dottrina si discute se lo strumento del ricorso incidentale vada configurato come eccezione: per la tesi che ravvisa nel ricorso incidentale l'equivalente dell'eccezione in senso proprio, cfr. F. Benvenuti, *Contraddittorio*, 738 e ss.; G. Vacirca, *Appunti per una nuova disciplina dei ricorsi incidentali nel processo amministrativo*, 57; sostiene invece che configuri si come domanda riconvenzionale (A. Di Giovanni, *La domanda riconvenzionale cit.*, 104 e ss).

Non manca però chi è favorevole alla duplice natura del ricorso incidentale come eccezione in senso tecnico e mezzo di impugnazione volto ad allargare il *thema decidendi*: cfr. L. Tarantino, *La plenaria chiarisce i rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale nel processo amministrativo*, in Urb. ed app. 1, 2009, 49 e ss.

Le differenze non sono di poco conto, perchè se si accoglie la tesi dell'eccezione, dal momento che la fondatezza del ricorso incidentale non comporta una pronuncia costitutiva ma solo la dichiarazione di inammissibilità del ricorso principale, ne conseguirebbe la non perentorietà del termine e l'ammissibilità della proposizione da parte della stessa amministrazione resistente.

Sul tema si rinvia a M. Tropea, *Il ricorso incidentale nel processo amministrativo*, Napoli, 2007, 293 e ss.; l'autore critico verso entrambe le cennate tesi (dell'eccezione e dell'impugnazione autonoma) propone la configurazione di un accertamento incidentale con efficacia meramente dichiarativa.

582 In questo senso, sulla necessità di uno stretto vincolo di connessione: cfr. V. Caianiello, *Manuale di diritto processuale amministrativo cit.*, 687 e ss; P. Virga, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 2001, 317.

categoria della domanda riconvenzionale<sup>583</sup>, con tutte le difficoltà legate alle differenze dei due modelli processuali ai quali i due strumenti processuali in esame afferiscono<sup>584</sup>.

L'individuazione per via giurisprudenziale della forma del ricorso incidentale, da notificarsi alle altre parti in base al principio del contraddittorio<sup>585</sup> non basta a superare le profonde differenze ontologiche e di disciplina che caratterizzano i due istituti: la domanda riconvenzionale, avendo ad oggetto profili relativi al rapporto e non all'atto, male si concilia con la struttura impugnatoria del giudizio amministrativo e con il principio dell'unilateralità dell'azione<sup>586</sup>.

Altro problema riguarda il rapporto tra domanda principale e domanda riconvenzionale: l'autonomia della domanda riconvenzionale verrebbe a mancare nell'ipotesi di sua presentazione nella forma del ricorso incidentale<sup>587</sup>.

In ogni caso, anche a prescindere dalla forma utilizzata per la presentazione della domanda riconvenzionale, la giurisprudenza riconosce il carattere accessorio e dipendente della domanda riconvenzionale rispetto al ricorso principale, sulla base del nesso di inscindibile correlazione tra le due domande che deve esistere per giustificare il simultaneo processo<sup>588</sup>.

---

583 Cfr. M. Nigro, *L'appello cit.*, 381.

584 Il ricorso incidentale dipende da un atto impugnato, mentre la domanda riconvenzionale dal titolo già dedotto in giudizio dall'attore o da quello che già appartiene alla causa come mezzo di eccezione (art. 36 c.p.c.); con il primo si impugnano atti, mentre con la seconda si tende a contestare profili relativi a rapporti ed a comportamenti di entrambi i soggetti coinvolti.

Oltre alla diversa posizione giuridica del titolare dell'azione (facoltà nel primo caso, onere nel secondo) vi sarebbe un'ulteriore differenza che attiene al rapporto con il rapporto principale: mentre il ricorso incidentale introduce una ragione di inammissibilità del ricorso principale e mira a conservare l'assetto di interessi scaturente dall'atto amministrativo oggetto di impugnazione, la domanda riconvenzionale non si limita a chiedere il rigetto della domanda principale, ma propone a sua volta una domanda autonoma.

585 Cfr. Cons. st., sez. V, 31 gennaio 2001 n. 353 e 354.

586 Ne consegue che la decisione di rigetto del ricorso non è una pronuncia che accerta la legittimità del provvedimento impugnato, ma che lo giudica esente dai vizi denunciati con i motivi: così V. Caianiello, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 2003, 356 e ss..

587 Cfr. Tarzia-C.E. Balbi, voce *Riconvenzionale (diritto processuale civile)*, in Enc. Dir. Vol. XL Milano 1989, 673.

588 Cfr. Tar Toscana, sez. II, 22 novembre 2000 n. 2362.

## CAPITOLO V

### Il giudicato e i suoi limiti oggettivi

SOMMARIO: 1. I motivi del ricorso e i limiti oggettivi del giudicato; 2. La teoria delle preclusioni procedurali e processuali; 3. Il giudizio di ottemperanza come strumento per l'effettività della giustizia amministrativa; 4.1. La situazione giuridica soggettiva delle parti a fronte del giudicato amministrativo 4.2. La configurazione di un obbligo dell'amministrazione all'esecuzione della sentenza e la natura esecutiva del giudizio di ottemperanza.

#### *1. I motivi del ricorso e i limiti oggettivi del giudicato*

Il contrasto tra la tesi del giudizio sul rapporto e quella del giudizio sull'atto si riflette anche in tema di limiti oggettivi della cosa giudicata.

Mentre per chi sostiene la tradizionale teoria del giudizio sull'atto la cosa giudicata si forma sui motivi e sui profili di illegittimità dedotti<sup>589</sup> senza che ciò comporti la rinuncia ad un vincolo susseguente in capo all'Amministrazione<sup>590</sup>, diversamente per i sostenitori della tesi del giudizio sul rapporto il problema dei limiti dell'accertamento giudiziale si pone in termini di un'alternativa netta: o l'accertamento investe l'atto e allora non si può parlare di giudicato come di un accertamento che vincoli l'amministrazione nell'emanazione di un nuovo provvedimento relativo al medesimo fatto con i medesimi oggetto e soggetto; oppure si accetta l'idea che l'Amministrazione debba essere legata agli accertamenti che hanno provocato l'annullamento del provvedimento e allora è necessario riconoscere che questi accertamenti non riguarderebbero l'atto ma il rapporto<sup>591</sup>.

Il tema dei limiti oggettivi della cosa giudicata, ampiamente studiato dalla dottrina processulciviltistica<sup>592</sup>, si concentra sulla questione dei vincoli che l'accertamento giudiziale pone all'attività ulteriore degli organi amministrativi, e sulla estensibilità della forza del giudicato amministrativo alla motivazione della sentenza<sup>593</sup>.

---

589 Cfr. F. Benvenuti, *Giustizia amministrativa*, pg. 602.

590 Così R. Villata, *L'esecuzione cit.*, 543 (nota 359).

591 Cfr. M. Giannini-A. Piras, *Giurisdizione amministrativa cit.*, 255-256.

592 Cfr. G. Chiovenda, *I principii cit.*; E. Allorio, *La cosa giudicata cit.*; E.T. Liebman, *efficacia e autorità cit.*; G. Pugliese, *Giudicato civile cit.*; S. Satta, *Diritto processuale cit.*

593 Cfr. G. Chiovenda, *I principii*, 910.

Nella Relazione Grandi a commento dell'art. 2909 c.c. si legge che il giudicato si forma con riguardo solo all'accertamento di fatti, di situazioni o di rapporti che abbia formato oggetto di pronuncia da parte del giudice, poco importando se la pronuncia si trovi inserita nel dispositivo o nei motivi.

Ma anche nell'ambito dell'indirizzo che ritiene l'autorità di giudicato circoscritta al dispositivo, ci si richiama costantemente alla motivazione ai fini dell'interpretazione e integrazione del dispositivo.

Si è osservato in proposito che, se il giudicato cade sulla conclusione e non sulle premesse del ragionamento

Il tema presenta collegamento con la problematica più generale della natura soggettiva o oggettiva della giurisdizione amministrativa, perché alla scelta se riconoscere prevalenza all'interesse privato o all'interesse pubblico alla legittimità dell'attività amministrativa corrisponde una soluzione diversa al problema dei limiti oggettivi del giudicato (che nell'un caso sarebbero contrassegnati dal rapporto dedotto in giudizio e dalle parti del giudizio, nel secondo caso invece non riguarderebbero il solo atto dedotto in giudizio, ma vincolerebbero il comportamento dell'Amministrazione nei confronti di ogni altra analoga fattispecie futura)<sup>594</sup>.

Il merito degli studi amministrativi è quello di aver contribuito ad accrescere la consapevolezza dell'intima connessione tra oggetto del processo e limiti oggettivi del giudicato<sup>595</sup>, anche se le tesi sull'oggetto non hanno offerto soluzioni soddisfacenti al problema del giudicato.

Secondo le elaborazioni di Sandulli<sup>596</sup> e di Benvenuti<sup>597</sup>, entrambe incentrate sull'atto impugnato in conformità di una finalità meramente caducatoria del processo amministrativo<sup>598</sup>, la denuncia di ogni vizio identifica una causa petendi autonoma (e una distinta azione) senza preclusione per l'Amministrazione di emanare un nuovo atto del medesimo contenuto, purchè depurato dal vizio accertato dal giudice di qualunque vizio di tratti (sostanziale o formale).

Rispetto alla ricostruzione di Sandulli che ravvisa una relazione di consequenzialità, necessaria e specifica ed immediata, tra giudicato e obbligo dell'Amministrazione di conformarsi al giudicato<sup>599</sup>, pare più preciso il metodo seguito da Benvenuti che, muovendo dal convincimento che la sentenza non impone in via sostitutiva la disciplina del rapporto tra amministrazione e cittadino, individua come unici effetti caratteristici della sentenza amministrativa l'effetto costitutivo e quello preclusivo<sup>600</sup>, anche se non convince pienamente

---

del giudice, l'esclusione dei motivi dal giudicato non può essere intesa in senso formalistico, in quanto risalire ai motivi pare indispensabile per identificare l'azione e per determinare la portata del giudicato.

Mediante la funzione integrativa della motivazione, potrebbe emergere altresì una restrizione o un ampliamento del dispositivo, perchè alcune questioni non sono state risolte malgrado l'ampiezza della formula conclusiva, o perchè altre si dimostrino risolte: cfr. F. Carnelutti, *Sistema di diritto processuale civile*, I, *Funzione e composizione del processo*, Padova, 1936, Vol. I, 273.

594 A. Romano, *Pregiudizialità cit.*, 373.

595 Cfr. A. Romano, *Pregiudizialità cit.*, 49.

596 Cfr. Sandulli, *Il giudizio cit.*, 52.

597 Cfr. F. Benvenuti, *L'istruzione cit.*, 54.

598 Cfr. F. Benvenuti, *Giudicato cit.*, 901.

599 Il contenuto della sentenza sarebbe povero di effetti ulteriori rispetto alla statuizione sulla controversia intorno alla validità di uno specifico atto.

600 In questa ricostruzione il giudicato diventa il momento dell'incontro e del collegamento tra due imperatività, quella della sentenza e quella del provvedimento amministrativo, investendo solamente l'accertamento del modo seguito dall'autorità per effettuare in concreto la conciliazione tra i due interessi in

la conclusione cui giunge l'autore, e cioè che la rilevanza dell'efficacia oggettiva della sentenza si riduce a mero *presupposto di fatto* dell'attività esecutiva riservata all'amministrazione<sup>601</sup>.

Le conclusioni cui giungono le concezioni di Sandulli e Benvenuti, pur coerenti con la matrice cassatoria del processo amministrativo, prestano però il fianco alla critica di porsi in contraddizione con la premessa da cui partivano, vale a dire l'equiordinazione e la completa indipendenza dell'imperatività della sentenza e dell'imperatività del provvedimento amministrativo<sup>602</sup>.

Nel contesto della crisi del modello tradizionale del processo amministrativo come processo impugnatorio, l'evoluzione della teoria del giudicato amministrativo esprime bene l'insoddisfazione verso una nozione di giudicato che si limita a rendere indiscutibile soltanto l'effetto di annullamento.

Il contributo più importante di questa nuova fase dello studio del giudicato è quello di Nigro, che identifica nella pronuncia amministrativa una sentenza non solo costitutiva ma anche ordinatoria, non soggetta però all'esecuzione forzata come una vera e propria sentenza di condanna<sup>603</sup>.

---

gioco in stretta applicazione della norma

Nella giurisdizione di legittimità, l'eliminazione o la conferma dell'atto amministrativo sono per definizione ugualmente soddisfatti e dell'interesse pubblico e dell'interesse privato, ma per definizione non dispongono alcuna nuova disciplina sostanziale del rapporto che continua a restare nella disponibilità dell'amministrazione. L'interesse individuale del cittadino si pone in rapporto diretto con l'interesse pubblico: i due interessi si confrontano tramite il filtro dell'atto amministrativo, ove entrambi confluiscono e si conciliano.

Nel senso che neppure l'interesse pubblico coincide con l'interesse obiettivo della giurisdizione giacché esso è l'interesse particolare che si determina rispetto alla fattispecie reale e si definisce con il provvedimento, la l'autore non avalla la tesi della giurisdizione obiettiva: cfr. F. Benvenuti, *Giudicato cit.*, 898-900 e nota 20; *contra*, A. Piras, *L'interesse legittimo cit.*, 225 e ss.

601 Questa efficacia indiretta della sentenza che si esplica al giudice ed all'amministrazione denota che il rapporto tra giurisdizione amministrativa e l'amministrazione è assai stretto, quasi di compenetrazione.

*Contra*, nel senso che la sentenza debba operare come atto giuridico e non come mero fatto cui si ricolleghino ex lege determinati fatti, R. Villata, *L'esecuzione cit.*, 70.

602 Secondo M. Clarich (*op. cit.*, 52), se non si riconoscesse la superiorità del giudice amministrativo sulla p.a. si dovrebbe dubitare della stessa ragione dell'istituzione di un giudice speciale per la p.a.

Più articolata la posizione di Lessona sul tema del giudicato di rigetto e dei suoi rapporti con l'autotutela amministrativa: l'autore distingue tra rapporto bilaterale (p.a. e cittadino, in cui sarebbe precluso l'annullamento d'ufficio sulla base dello stesso motivo) e quello trilaterale (p.a. cittadino e controinteressato, in cui la preclusione sarebbe totale anche se l'annullamento d'ufficio avvenisse per motivi diversi, e senza neppure consentire alla p.a. di ampliare nel corso del giudizio la materia del contendere).

La conclusione che il giudicato di rigetto valga come accertamento di legittimità dell'atto sembra in realtà alludere ad una sorta di consumazione dell'azione di annullamento che non trova riscontro nella disciplina del processo amministrativo, né pare fondata nelle disposizioni generali sul processo civile: cfr. A. Travi, *Il giudicato amministrativo*, in *Dir. proc. amm.* 2007, 913 e ss., secondo il quale il giudicato anche nel caso di rigetto dell'impugnazione si formerebbe sull'insussistenza del diritto all'annullamento in relazione al vizio dedotto, valendo in ogni altro caso come limite alla reiterazione della domanda il termine di decadenza per il ricorso.

603 Cfr. M. Nigro, *Sulla natura giuridica del processo di cui all'art. 27 n. 4 delle leggi sul Consiglio di stato*, in *Rass. Dir. Pubbl.* 1954, 291; esclude invece l'elemento ordinatorio nella sentenza amministrativa, R. Villata, *L'esecuzione cit.*, 68-69.

Allontanandosi dalla posizione dominante della dottrina processualcivilistica<sup>604</sup>, Nigro propone una nuova soluzione al problema del rapporto tra causa petendi e azione d'impugnativa, riconoscendo la sussistenza di un unico diritto all'invalidazione rispetto una pluralità di motivi unitariamente considerati, rinvenendo in ciò la giustificazione di fenomeni come l'assorbimento dei motivi, la proposizione di motivi aggiunti e la determinazione del concetto di soccombenza<sup>605</sup>.

Riguardo al problema del giudicato, l'attenzione dell'autore si concentra sul tema degli effetti della sentenza di accoglimento intesi come elementi del suo contenuto<sup>606</sup>, ed in particolare sull'effetto conformativo nel quale viene individuato il contenuto dell'accertamento inteso secondo l'art. 2909 c.c., inteso come identificazione da parte del giudice del modo corretto di esercizio del potere<sup>607</sup>.

\* \* \*

Il problema dell'esecuzione del giudicato attiene al comportamento cui l'Amministrazione sia tenuta in conseguenza di una pronuncia a lei sfavorevole, ai limiti entro cui l'attività di ricostruzione debba avvenire e sino a che punto l'accertamento giudiziale vincoli l'attività ulteriore degli organi amministrativi.

Si discute se la forza di giudicato si estenda ai motivi o se invece essa vada limitata al dispositivo della sentenza (perchè ad esempio la motivazione, errata o logica che sia, non avrebbe niente a che fare con l'efficacia della sentenza), anche se è ormai costante il richiamo alla motivazione quale principale strumento di chiarificazione, di interpretazione ed integrazione del dispositivo<sup>608</sup>.

---

In materia urbanistica, si è osservato come l'aspirazione del ricorrente vittorioso di veder tradotto il proprio diritto soggettivo in situazioni pianificatorie precise non giunge fino alla possibilità di ottenere una pronuncia di condanna della p.a. ad adottare un provvedimento amministrativo determinato, attesa la preclusione dell'esecuzione forzata per obblighi di fare e non fare: cfr. M. Fracanzani, *Giudicato e responsabilità nel procedimento di pianificazione urbanistica*, in Foro amm., 603.

604 Cfr. G. Chioyenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli 1933, 285; A. Cerino Canova, *La domanda giudiziale cit.*, 100.

605 Cfr. M. Nigro, *L'appello cit.*, 332 e ss..

Secondo questo autore, entrerebbero ad identificare il vizio-motivo tutti i fatti idonei ad individuare nella complessa azione amministrativa l'episodio in cui si sostanzia la difformità dal modello legale e a distinguerlo dagli altri possibili episodi (c.d. fatti individuanti); solo di essi sarebbe indispensabile l'apporto e non anche degli altri (fatti semplici) che invece rilevarebbero solo ai fini della prova della domanda.

606 Cfr. M. Nigro, *Giudicato cit.*, 69.

607 Si è però obiettato che il tentativo di risolvere il problema dell'effettività resterebbe senza successo se non si ammettesse altra forma di vincolo anche con riguardo ai tratti di azione amministrativa diversi da quelli caduti sub iudice, in ragione del fatto che il ricorrente persegue anche uno scopo mediato della soddisfazione del proprio interesse sostanziale, oltre quello immediato dell'annullamento dell'atto: cfr. M. Clarich, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova 1989.

608 Cfr. Relazione Grandi a commento dell'art. 2909 c.c.: "L'autorità della cosa giudicata riconosce ...soltanto all'accertamento di fatti, di situazioni o di rapporti che abbia formato oggetto di deliberazione o di pronuncia da parte del giudice stesso in una sentenza finale di merito. Poco importa se materialmente la pronuncia si trovi inserita nel dispositivo o nei motivi. Importa invece che il punto sia stato oggetto di

Anche al di là di queste esigenze di integrazione, la tendenza giurisprudenziale è quella di estendere il giudicato ai motivi (causa petendi dell'azione), quale presupposto logico e necessario del dispositivo (petitum dell'azione)<sup>609</sup>, nella convinzione che il dispositivo si riferisce solo al petitum, mentre la sentenza fa stato in quanto pronuncia sulla domanda nella sua totalità<sup>610</sup>.

La dottrina meno recente era di contrario avviso, sostenendo che l'efficacia del giudicato andasse limitata al solo dispositivo e che solo da esso potessero sorgere vincoli al successivo comportamento dell'Amministrazione.

Se si ritiene che i motivi di illegittimità siano solo connessi all'oggetto del giudizio ma non ne facciano parte, diventa difficile giustificare l'affermazione che ciò che passa in giudizio sia l'accertamento dell'illegittimità dell'atto solo in relazione al motivo dedotto dal ricorrente, stante l'evidenziata connessione tra oggetto del giudizio e limiti oggettivi del giudicato<sup>611</sup>.

Conseguentemente, si è sostenuto che se il dispositivo è sempre l'annullamento dell'atto illegittimo, a circoscrivere la portata del giudicato concorre unicamente l'accertamento di uno specifico vizio anziché di un altro, e che appunto su questo accertamento che cade l'autorità di cosa giudicata.

Dall'affermazione che ad individuare i limiti oggettivi dell'atto siano rilevanti i vizi dedotti del provvedimento impugnato discendono alcune importanti conseguenze, in relazione al vincolo cui soggiace la p.a. nella riedizione del provvedimento.

Anzitutto, atteso che il giudicato amministrativo si forma soltanto sui vizi di legittimità denunciati e non su tutti gli altri aspetti del provvedimento, pare impossibile accogliere il principio tipico della giurisdizione di diritto soggettivo, qual'è quello del dedotto e del deducibile<sup>612</sup>, nonchè l'assorbimento dei motivi, non essendo indifferente per il ricorrente che il giudice accerti questo o quell'altro vizio dell'atto<sup>613</sup>, e la tesi della priorità

---

*decisione all'effetto di fissarne irrevocabilmente i termini".*

609 Cfr. G. Chiovenda, *Principi*, 906.

610 Cfr. R. Villata, *op. cit.*, 567; Secondo E. Betti (*Diritto processuale*, Roma 1936, 600), il problema centrale consiste essenzialmente nell'identificazione della ragione fatta valere in giudizio, perchè ciò che acquista valore normativo non è il ragionamento che il giudice ha tenuto per giungere alla decisione ma la stessa decisione conclusiva in quanto ha per oggetto la ragione fatta valere e cade sull'esistenza di un rapporto giuridico che non si consuma nel processo ma è destinato ad aver vita anche fuori al processo.

611 Cfr. A. Romano, *La pregiudizialità cit.*, 387.

612 Cfr. Romano, *op. cit.*, 389, A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, 8429; F. Benvenuti, *Il giudicato cit.*, 904.

613 Cfr. A.M. Sandulli, *Il giudizio cit.*, 55.

A conferma della ridotta efficacia del giudicato amministrativo, si è affermato che l'immutabilità dell'accertamento non reagisce sul piano delle preclusioni immediate, perchè a causa del dinamismo del potere amministrativo la riproduzione tra atto e le circostanze della sua emanazione avviene sempre mediante una nuova effusione del potere: cfr. F. Benvenuti, *Giudicato cit.*, 906.

riconosciuta ai vizi sostanziali su quelli formali<sup>614</sup>.

## 2. La teoria delle preclusioni procedurali e processuali

Questa teoria mira ad estendere il giudicato ai tratti di azione amministrativa non sottoposti all'esame del giudice sulla falsariga della concezione di Nigro sull'unicità del diritto potestativo all'invalidazione dell'atto, di cui si propone l'estensione allo studio del potere amministrativo.

Questa proposta di indagine cerca di risolvere il problema dell'effettività della tutela del cittadino mediante l'applicazione congiunta dei principi procedurali e dei principi processuali, configurando la necessità di imporre alle parti l'onere di dedurre in giudizio tutti gli elementi che contribuiscono a definire il rapporto giuridico oggetto di accertamento: dal lato del ricorrente, l'onere di far valere tutti i profili di illegittimità; dal lato della p.a., l'onere di controdedurre, anche al di là della semplice integrazione della motivazione, tutti gli elementi di fatto e di diritto relativi alla fattispecie costitutiva del potere idonei a sorreggere l'assetto di interessi.

Muovendo dall'equiparazione, sotto il profilo strutturale, tra atto di esercizio del potere amministrativo e manifestazione di volontà attraverso la quale si esercita un diritto potestativo nel diritto privato<sup>615</sup>, la dottrina in esame ricerca una tesi dell'oggetto del giudizio maggiormente idonea ad assicurare una certa stabilità al giudicato di quanto lo sia la concezione tradizionale del diritto potestativo.

Una volta stabilita una relazione di simmetria tra nozione di procedimento

---

614 Se infatti l'annullamento di un atto per vizi formali comportasse per davvero l'accertamento della legittimità sostanziale dell'azione dell'Amministrazione, il ricorrente non potrebbe più contestare la legittimità sostanziale del provvedimento, anche se la relativa questione non è stata oggetto di cognizione da parte del giudice né quindi può dirsi coperta dal giudicato: per tali rilievi critici, cfr. G. Greco, *L'accertamento autonomo del rapporto cit.*, 183.

615 Le due fattispecie condividono alcuni fondamentali elementi strutturali (l'esistenza di una norma attributiva del potere, una dichiarazione unilaterale di volontà e la produzione di un effetto costitutivo), rispetto ai quali non andrebbero sopravvalutati né il carattere della doverosità dell'esercizio del potere amministrativo che sarebbe solo un elemento aggiuntivo specificante (sulla connessione tra potere e dovere, cfr. G. Guarino, *Potere e diritto soggettivo*, Napoli 1990, 309), né il fatto che il potere amministrativo sarebbe finalizzato al perseguimento di un fine pubblico legale, cioè alla tutela di un interesse della collettività diverso dall'interesse del soggetto che agisce, dato che questo fatto sarebbe non una necessità logica, ma solo una direttiva di opportunità politica perché il concetto di potere presuppone soltanto la possibilità data ad un soggetto di emanare un comando giuridico: cfr. Auletta, *Poteri formativi*, 565.

A favore dell'adozione di modelli unitari per l'impugnazione di un provvedimento amministrativo e per l'azione di annullamento di un atto negoziale nel processo civile, sotto il profilo dell'identificazione di un diritto potestativo all'annullamento dell'atto impugnato, cfr. A. Travi, *Il giudicato amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 919: l'autore aderisce alla tesi che pone al centro del giudizio il diritto all'annullamento dell'atto impugnato in relazione ad una specifica lesione di un interesse legittimo, evidenziando la differenza con l'annullamento di un contratto che esaurisce il rapporto contrattuale fra le parti, senza che assuma rilievo il vizio per cui il contratto sia stato annullato.

amministrativo e processo, il problema dell'individuazione della causa petendi del potere amministrativo viene risolto in termini analoghi al diritto all'invalidazione giudiziale.

Di conseguenza, analogamente a quanto afferma Nigro per il diritto all'invalidazione giudiziale, si giunge a qualificare il potere in maniera unitaria, a prescindere dalla pluralità dei singoli fatti costitutivi del potere stesso, che vengono considerati tutti riconducibili alla “fattispecie costitutiva d'assieme” attributiva del potere<sup>616</sup>.

Per tale via si elabora una diversa nozione di oggetto del processo che viene individuato, al di là dello schema del provvedimento amministrativo, nel potere amministrativo unitariamente inteso.

L'ostacolo maggiore all'accoglimento della teoria in esame è rappresentato dalla struttura di processo a senso unico del giudizio amministrativo, nel quale l'amministrazione ha solo la possibilità di difendere il provvedimento così come emanato, ma non di controdedurre nuovi elementi atti a giustificare l'emanazione dell'atto.

Per superare questo ostacolo, la teoria in esame arriva ad individuare l'onere dell'amministrazione di acclarare e di dedurre tutti i fatti costitutivi del potere già nella fase procedimentale.

L'attenzione si sposta qui dal piano del processo al piano dei rapporti sostanziali, richiamando la qualificazione del potere amministrativo come situazione giuridica avente struttura di un diritto potestativo stragiudiziale (*Gestaltungsrecht*)<sup>617</sup>.

L'Amministrazione fa valere il potere sostanziale di produrre un effetto costitutivo

---

616 In questa seconda prospettiva, la reiterazione del provvedimento annullato dovrebbe essere considerato come un atto di esercizio dello stesso potere, ancorchè fondato su fatti diversi perchè il relativo procedimento teso alla reiterazione dell'atto non dovrebbe essere considerato autonomo rispetto a quello che ha portato all'emanazione del primo atto e conseguentemente, detto atto di esercizio del potere se reiterato non potrebbe essere legittimo.

617 In base allo schema del *Gestaltungsklagerecht*, diversamente dal modello teorico del *gestaltungsklagerecht*, l'esercizio del potere presuppone un accertamento giudiziale preventivo del presupposti che giustificano la produzione dell'effetto giuridico; l'onere dell'attore diventa quello di provare l'esistenza di tutti i fatti costitutivi del potere, mentre il convenuto può avvalersi di tutte le eccezioni, con la conseguente applicazione della regola che il giudicato copre il dedotto ed il deducibile.

Se è vero che la scelta tra i due modelli dipende da ragioni di opportunità connesse all'esigenza di garantire la speditezza e l'efficienza dell'azione amministrativa, è altrettanto vero che queste ragioni non sembrano tali da giustificare un'attenuazione delle garanzie poste a tutela del cittadino che caratterizza l'interpretazione prevalente del modello recepito nel nostro ordinamento.

Secondo quest'ultima, sull'altare dell'efficienza dell'azione amministrativa, gli interessi del cittadino sono sacrificati due volte, la prima per effetto dell'inversione tra posizione sostanziale e posizione processuale delle parti; la seconda volta, per effetto della mancata imposizione in capo alla p.a. dell'onere di far valere e dar conto di tutte le ragioni atte a giustificare l'emanazione dell'atto.

Per rimediare alla situazione di palese squilibrio a danno del cittadino, si potrebbe o imporre alla p.a. l'onere di dedurre in via di eccezione tutto il deducibile all'interno del processo amministrativo, oppure costruire un onere analogo all'interno della fase procedimentale.

Posto che la prima soluzione, pur in linea con quanto avviene nel processo civile di impugnazione, contrasta con la struttura del processo amministrativo, resta aperta soltanto la via di ammettere l'esistenza di un onere procedimentale.

secondo una sequenza procedurale che si compone di una fase procedimentale, nella quale l'attore fa valere i fatti costitutivi del potere, e di una fase processuale, nella quale il convenuto (ora ricorrente in giudizio) fa valere le eccezioni (ora motivi di ricorso) che tendono a contestare la legittimità della produzione dell'effetto costitutivo.

In forza del giudicato (che copre tutti fatti costitutivi posti alla base della pronuncia di annullamento) e della preclusione procedimentale (che copre tutti gli altri fatti costitutivi del potere diversi da quelli posti alla base del provvedimento annullato), verrebbe raggiunta la stabilità del rapporto amministrativo, con benefici in termini di minore probabilità di un contenzioso successivo, di una maggiore trasparenza dell'azione amministrativa e di una migliore tutela del cittadino<sup>618</sup>.

La ricostruzione in esame impone peraltro un mutamento radicale nella struttura del processo amministrativo, che riconosca all'amministrazione il potere di proporre eccezioni e configuri in maniera più articolata la fase istruttoria<sup>619</sup>.

### *3. Il giudizio di ottemperanza come strumento per l'effettività della giustizia amministrativa*

Il giudizio di ottemperanza è un istituto di grande rilievo nel nostro sistema di giustizia amministrativa, nel quale trova massima espressione la ricerca dei modi di conciliazione tra il principio della divisione dei poteri e quello dell'effettività della tutela giurisdizionale.

Invero, la preferenza accordata alla tutela dell'uno o dell'altro principio condiziona le soluzioni di questioni centrali come la natura del giudizio di ottemperanza, il tipo dei

---

618 Nella concezione in esame il procedimento metterebbe in evidenza tutti i profili del c.d. rapporto giuridico potestativo, concludendosi con un provvedimento che esaurisce l'intera vicenda relativa all'esercizio dello specifico potere.

La concezione in esame ricollega l'effetto preclusivo connesso alla sentenza caducatoria alla denuncia da parte del ricorrente dei soli vizi sostanziali del provvedimento, per cui in un secondo processo instaurato nei confronti del nuovo atto non si potrebbe far valere i vizi sostanziali deducibili nel primo processo, ma solo altri vizi formali oppure altri vizi sostanziali.

Veniamo alle conseguenze della reiterazione dell'atto annullato che violi la preclusione conseguente all'onere di acclarare tutti i fatti costitutivi del potere.

Nell'ambito della ricostruzione qui in esame, la reiterazione del provvedimento sulla base di fatti costitutivi diversi, realizzerebbe una violazione del principio procedimentale della preclusione.

Peraltro, stante l'affinità tra preclusione processuale e quella procedimentale, si può ritenere che la violazione della preclusione procedimentale comporti le stesse conseguenze della violazione del principio processuale che vincola l'azione amministrativa agli accertamenti contenuti nella sentenza passata in giudicato, dando origine al medesimo tipo di vizio: l'atto reiterato espressione dello stesso potere sarebbe inutiliter dato e va sindacato nell'ambito del giudizio di ottemperanza, mentre contro il provvedimento espressione di un potere diverso va esperito il giudizio di legittimità.

619 Solo così sarebbe possibile giustificare una preclusione del dedotto e deducibile che operi anche nei confronti della p.a. e così garantire la stabilità del giudicato: cfr. M. Clarich, *op. cit.*, 112.

poteri esercitabili dal giudice, l'utilizzabilità del commissario ad acta.

Il conflitto tra i due principi emerge già dalla lettura delle disposizioni che disciplinano l'istituto in esame<sup>620</sup> ma anche dalla autorevole interpretazione dottrinale secondo la quale tali disposizioni, ove intese nel senso della sussistenza di una riserva di esecuzione del giudicato a favore dell'Amministrazione, sarebbero prive di contenuto precettivo<sup>621</sup>.

In realtà, il problema della prevalenza del dovere di ottemperanza sul potere di provvedere o viceversa non si esplica in termini assoluti<sup>622</sup>.

Né può essere trascurato il ruolo decisivo che riveste il giudice di ottemperanza, cui competono compiti di impulso e di controllo nei confronti di un'Amministrazione che rimane pur sempre titolare esclusiva del potere amministrativo<sup>623</sup>.

In virtù di questa tensione tra il polo dell'obbligo ed il polo della libertà o discrezionalità in cui versa il soggetto obbligato ad eseguire il giudicato, si è prospettato un parallelismo tra la problematica concernente il giudizio di ottemperanza e quella relativa alla tutela reale del lavoratore illegittimamente licenziato, anche se la questione si fa più complessa quando si discuta di esecuzione del giudicato amministrativo, atteso l'ulteriore profilo problematico rappresentato dalla fungibilità o meno dell'attività amministrativa<sup>624</sup>.

La stessa evoluzione storica dell'istituto del giudizio di ottemperanza rivela la discrasia tra l'obbligo di conformarsi al giudicato (inizialmente, solo del giudice ordinario<sup>625</sup>) e la sfera della discrezionalità dell'Amministrazione che, in virtù dell'incoercibilità dell'obbligo nascente dalla sentenza resa dal giudice amministrativo, potrebbe anche non adeguarsi al medesimo<sup>626</sup>.

---

620 Cfr. l'art. 88 r.d. 1907 n. 642, l'art. 45 r.d. 1924 n. 1054, art. 26, comma 2 legge 1971 n. 1034, art. 27 T.u. Cons. st..

621 Cfr. M. Nigro, *Il giudicato amministrativo cir.*, 89.

622 Cfr. G. Sciullo, *Il comportamento dell'amministrazione nell'ottemperanza*, in *Dir. proc. amm.* 1997, 74 e ss.

623 Cfr. M. Clarich, *L'effettività della tutela nell'esecuzione delle sentenze del giudice amministrativo*, *Dir. proc. amm.* 1998, 523 e ss..

624 Cfr. B. Sassani, *Dal controllo del potere cit.*, 25-26.

625 Tale obbligo assumeva un significato peculiare nel sistema della legge del 1865, ispirata al principio della separazione dei poteri, la quale vietava al giudice ordinario di annullare l'atto amministrativo, attribuendogli solo il potere della disapplicazione.

626 Cfr. M. Clarich, *op. cit.*, 528.

Vista l'antinomia tra posizione giuridica del dovere di osservare il giudicato e la permanenza del potere e la non tollerabilità da parte dell'ordinamento della simultanea esistenza di due norme confliggenti, quella contenuta nel giudicato e quella opposta cui l'amministrazione continuerebbe ad ispirarsi agendo in contrasto con questo (cfr. Cons. st. sez. VI, 3 febbraio 1992 n. 59), la Corte costituzionale, richiamandosi al principio di legalità dell'azione amministrativa ha evidenziato la soggezione dell'amministrazione a "tutti i vincoli posti dagli organi legittimati a creare diritto, fra i quali, evidentemente, gli organi giurisdizionali": cfr. sent. 15 settembre 1995 n. 435.

Pur dovendosi escludere che il dovere di ottemperanza prevalga in termini assoluti sul potere di provvedere (cfr. G. Sciullo, *op. cit.*, 67), resta aperto il problema del loro coordinamento.

Nel sistema della legge del 1889 che costruì la giurisdizione amministrativa come giurisdizione di annullamento, non sembrava esserci spazio per il giudizio di ottemperanza; la sentenza di annullamento di un atto non richiedeva alcuna esecuzione, dato il carattere non autonomo ed esterno dell'obbligo di conformarsi al giudicato rispetto al contenuto della sentenza ed all'effetto di ripristinazione ad esso interno<sup>627</sup>.

Quando il legislatore ha esteso il giudizio di ottemperanza al giudicato amministrativo, prevedendo un'ipotesi di giurisdizione di merito, non sono mancate resistenze in dottrina, la quale osservava che “*le autorità amministrative non possono essere forzate all'adempimento specifico dei loro obblighi*” e che non esiste “*un processo amministrativo di esecuzione*”<sup>628</sup>.

Si dubitava che il giudizio di ottemperanza fosse configurabile come giudizio di esecuzione, e prima ancora, che esso costituisse un vero giudizio<sup>629</sup> (si consideri che è assente nel giudizio in questione un vero contraddittorio processuale)<sup>630</sup>.

Solo con l'istituzione dei Tar nel 1971, il giudizio di ottemperanza ottenne riconoscimento formale sul piano legislativo, ma vi è peraltro da rilevare che, in assenza di una regolamentazione esaustiva della materia, è rimasta comunque decisiva la delicata opera di integrazione giurisprudenziale.

Il giudizio di ottemperanza si muove nell'ambito del giudicato e non dell'esecutività; a differenza di quanto accade nel processo civile, in quello amministrativo l'esecuzione della sentenza incide sugli interessi pubblici e l'autorità amministrativa dispone di poteri discrezionali circa il modo di eseguire la sentenza<sup>631</sup>.

Rimedio di tipo surrogatorio, definito come il risultato di un fatto di mera brutta

---

Secondo una prima linea interpretativa che pone l'accento sul dovere di ottemperanza e sull'effetto conformativo della sentenza, si giungerebbe ad ammettere l'esistenza di un vero diritto all'osservanza del giudicato, con connesso obbligo dell'amministrazione (cfr. Cons. st. sez. IV, 7 marzo 1994 n. 219): l'esecuzione diverrebbe “adempimento” in senso civilistico, adempimento che, se non fosse esatto, comporterebbe la nullità degli atti assunti in violazione del giudicato.

Secondo una diversa linea interpretativa, si potrebbe ritenere che il dovere di ottemperanza operi come limite del potere di provvedere, risolvendosi la violazione del giudicato in un cattivo uso del potere e quindi in un vizio di eccesso di potere (cfr. Cons. st. sez. V 31 marzo 1992).

Non convince la qualificazione in termini di nullità per carenza di potere degli atti difformi dal giudicato, trattandosi pur sempre di atto che sono espressione di un potere amministrativo; né è parso applicabile l'istituto della disapplicazione (per questa critica, L. Mazarroli, *Il giudizio di ottemperanza oggi: risultati concreti?*, in Dir. proc. amm. 1990, 244 ss., ove si predilige la soluzione dell'impugnabilità dell'atto ritenuto illegittimo mediante l'ordinario ricorso al Tar.

627 Cfr. M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, Bologna 1994, 313.

628 Cfr. E. Guicciardi, *La giustizia amministrativa*, Padova 1942, 352.

629 La configurazione del giudizio di ottemperanza pare risentire della stessa evoluzione storica da un contenzioso di natura amministrativo gestito da organi amministrativi al pieno riconoscimento della natura giurisdizionale delle decisioni rese dalla sezione IV del Consiglio di Stato.

630 In assenza di un obbligo di notificare il ricorso, rimane solo l'obbligo di deposito previsto dall'art. 90 e ss. del reg. del 1907.

631 Cfr. Cons. st., ad. plen., n. 9 del 1997.

normazione giurisprudenziale più che di una corretta operazione ermeneutica<sup>632</sup>, il giudizio di ottemperanza mira a garantire l'attuazione del giudicato, sopperendo alla mancata previsione di sanzioni di tipo pecuniario a carico dell'Amministrazione inadempiente, quali si rinvencono in altri ordinamenti, come quello francese e tedesco<sup>633</sup>.

In merito poi alla questione relativa alla natura ascrivibile al giudizio di ottemperanza, si discute se si possa riconoscere a siffatto giudizio natura di giudizio di cognizione, oltre che di esecuzione, in relazione al profilo relativo all'accertamento dell'effetto conformativo della pronuncia giurisdizionale<sup>634</sup>.

Fondamentale rilievo rivestono gli studi di Nigro sui nessi tra effetti del giudicato ed il giudizio di ottemperanza<sup>635</sup>, che hanno portato al consolidarsi della definizione del giudizio di ottemperanza come giudizio misto di cognizione e di esecuzione.

A questa linea interpretativa, che aspira ad un più ampio contenuto di accertamento, si è conformata la recente giurisprudenza amministrativa che ha evidenziato l'“asimmetria” del giudizio di ottemperanza rispetto al processo esecutivo civile, in ragione della competenza estesa al merito del giudice dell'ottemperanza titolare di poteri più estesi rispetto a quelli del giudice dell'esecuzione ordinaria.

Mentre l'esecuzione in senso stretto è vincolata entro i limiti del titolo e non lascia spazio ad integrazioni sostanziali, il giudizio di ottemperanza presenterebbe “*connotati misti sui generis, grazie alla coesistenza, in misura sensibile, di una sfera di cognizione*”, finalizzata alla verifica dell'esatto adempimento da parte della p.a. dell'obbligo di conformarsi agli obblighi derivanti dalla sentenza, il cui contenuto il giudice è quindi chiamato ad enucleare e precisare.

A conferma della natura mista del giudizio di ottemperanza, di esecuzione e di cognizione, si è evidenziato che spesso il giudicato amministrativo pone una regola implicita o incompleta che spetta al giudice dell'ottemperanza esplicitare o completare, dando un contenuto concreto all'obbligo conformativo che discende dalla sentenza<sup>636</sup>.

---

632 Cfr. M. Nigro, *Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza*, in *Atti del XXVII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Il giudizio di ottemperanza*, Milano 1983, 65.

Sul punto cfr. R. Villata, *Riflessioni cit.*, in *Dir. proc. amm.*, 369 e ss.

633 Il giudizio di ottemperanza viene definito come una delle costruzioni più pregevoli del giudice amministrativo, ma che attende ancora un inquadramento teorico compiuto: cfr. M. Clarich, *L'effettività della tutela nell'esecuzione delle sentenze del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.* 2008, 523 ss.; A. Pajno, *Le norme costituzionali sulla giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.* 1994, 419 e ss..

634 Di qui la distanza da un modello, quello dell'esecuzione civilistica che non conosce invece il momento della cognizione che si esplica a monte, nel titolo esecutivo rappresentato dalla sentenza di condanna, salva salva la possibilità di far riemergere la questione di merito relativa all'esistenza del diritto mediante l'opposizione prevista dall'art. 615 c.p.c..

635 Cfr. M. Nigro, *Il giudicato cit.*, 70 e ss..

636 Cfr. Cons. st., sez. VI, 3 marzo 2008 n. 796; Cons. st., sez. V, 11 luglio 2008 n. 3456.

Anche in presenza di spazi residui di discrezionalità in capo alla Pubblica Amministrazione in relazione alla forma, al tempo ed al modo di eseguire il giudicato, il giudice dell'ottemperanza non si limiterebbe ad adottare i provvedimenti esecutivi che discendono direttamente dal giudicato, venendo così abilitato ad esercitare il “potere sostitutivo diretto”<sup>637</sup>.

\* \* \*

Perché la tutela giurisdizionale sia effettiva, vi è l'esigenza che la sentenza di cui si chiede l'esecuzione presenti un contenuto di accertamento pieno, esteso a tutti i profili rilevanti ai fini dell'attribuzione del bene della vita al privato ricorrente<sup>638</sup>.

Nessuna attribuzione del bene della vita potrà esserci se il giudicato amministrativo sia privo di questi accertamenti vincolanti.

Oltre la ricostruzione completa dei fatti mediante l'utilizzo pieno degli strumenti istruttori, si esige l'esame e la decisione su tutti i motivi di ricorso e un sindacato più penetrante mediante l'individuazione di nuove figure di eccesso di potere e la valorizzazione del contenuto ordinatorio della sentenza desumibile dalla motivazione.

Come ben emerge dalla costante giurisprudenza amministrativa, è innegabile la rilevanza della motivazione della sentenza, dalla quale è dato desumere la regola che l'Amministrazione ha violato<sup>639</sup>: l'essenza volitiva della sentenza, pur concentrandosi nel

---

Per la giurisprudenza ordinaria, cfr. Cass., sez. I, 23 gennaio 2009 n. 1732, che peraltro ha escluso la possibilità di configurare il giudizio di ottemperanza come fase postuma del medesimo processo amministrativo di cognizione, senza soluzioni di continuità, ai fini della domanda di equa riparazione proposta ex artt. 2 e 4 legge n. 89 del 2001 e 6 CEDU, precisando che: “*il processo amministrativo non ha solo efficacia demolitoria, ma anche definitiva della norma agendi produttiva dell'effetto conformativo per la successiva azione amministrativa*”.

637 Cfr. Cons. st., ad. plen., 21 febbraio 1994 n. 4.

Peraltro, ragioni di principio legate all'esigenza di salvaguardare un tendenziale confine tra potere giurisdizionale e potere amministrativo, oltre che motivi di opportunità, inducono il giudice dell'ottemperanza a preferire, tra i vari modi di esercizio del potere sostitutivo, quello rappresentato dal commissario ad acta, figura caratteristica e delicata che opera come alter ego del giudice svolgendo attività sostanzialmente amministrativa.

E' noto il dibattito sulla natura del commissario ad acta (come organo ausiliario del giudice dell'ottemperanza oppure, secondo l'indirizzo prevalente, come organo straordinario dell'Amministrazione) e sul regime di impugnazione dei suoi atti (ove prevale in dottrina la tesi della concentrazione innanzi al giudice dell'ottemperanza di tutte le doglianze rivolte all'attività del commissario: Cfr. A.M. Sandulli, *L'effettività op. cit.*, 330; S. Giacchetti, *Il commissario ad acta nel giudizio di ottemperanza, si apre il dibattito*, in Foro amm. 1987, I, 990; R. Villata, *Riflessioni cit.*, 397).

638 Cfr. E. Capaccioli, *Per l'effettività della giustizia amministrativa (Saggio sul giudicato amministrativo)* in Capaccioli, *Diritto e processo in Scritti vari di diritto pubblico*, Padova 1978, 465.

639 Cfr. A. Travi, *L'esecuzione della sentenza*, in *Trattato di Diritto amministrativo – Diritto amministrativo speciale*, a cura di S. Cassese, IV, Milano, 2000, 3515.

Il dovere di conformare gravante sull'Amministrazione non va identificata con qualsiasi affermazione della sentenza, ma solo con quelle affermazioni che costituiscono la ragione necessaria dell'annullamento: cfr. Cons. st. sez. V 3 ottobre 1995 n. 1387.

La dottrina esclude che la parte motiva della sentenza dall'ambito del giudicato (così E.T. Liebman, voce *Giudicato (diritto processuale civile)*, *Enc. giur.*, 13), anche se non si esclude una sorta di compenetrazione tra motivazione e dispositivo, atteso il ruolo determinante della motivazione come parametro per valutare la

dispositivo, trova completamento nella motivazione che esprime il momento logico della sentenza ed assume rilievo nella fase di ottemperanza al giudicato<sup>640</sup>.

Solo attraverso una cognizione completa si può giungere ad una esecuzione puntuale della sentenza passata in giudicato, nella consapevolezza che dietro la non (o non esatta) esecuzione si nasconde non sempre un comportamento dell'Amministrazione, ma spesso incertezze obiettive in ordine al contenuto precettivo della sentenza<sup>641</sup>.

Voler rimediare alle carenze della fase di cognizione del giudizio nella fase esecutiva e arricchire quest'ultima di contenuti di cognizione che vanno al di là di quanto strumentale all'esecuzione, equivale a compromettere la certezza delle statuizioni giuridiche ad assicurare le quali è preordinato il giudicato<sup>642</sup>, e a rendere ancora più indefiniti i confini tra cognizione ed esecuzione: a tale esito si giunge qualora si ascriva al giudizio di ottemperanza la funzione integrativa delle statuizioni contenute nel giudicato, ossia la funzione di *“strumento per la completa sostituzione dell'Amministrazione nel singolo caso, indipendentemente delle censure sollevate ab origine e dai limiti stessi della giurisdizione di legittimità”*<sup>643</sup>.

Pare più corretto allora riconoscere al giudizio di ottemperanza la funzioni esecutiva in senso stretto, così da ritenere precluso al giudice la disciplina del tratto dell'azione amministrativa successivo al giudicato, al di là dai limiti segnati dal giudicato stesso<sup>644</sup>.

---

conformazione del comportamento delle parti alla statuizione giudiziale (cfr. tra le altre, Cons. st. sez. VI 7 aprile 1997 n. 555; Cons. st., sez. V, 18 settembre 2003 n. 5292; in dottrina, B. Sassani, *Dall'impugnazione dell'atto cit.*, Padova 1989, 133).

640 Cfr. Cons. st. sez. V 11 luglio 2008 n. 3456; Cons. st. sez. V 19 marzo 2007 n. 1302; Cons. st. sez. V, 28 febbraio 2001 n. 1075, ove si afferma che occorre avere riguardo al petitum ed alla causa petendi, desumendo il contenuto della sentenza non solo dal dispositivo ma anche dalle premesse logiche della decisione che integrano la statuizione in base al principio generale desumibile dall'art. 2909 c.c.

641 Cfr. M. Clarich, *op. cit.*, 549; R. Villata, *Riflessioni cit.*, 383 e ss.: *“Si tratta...di identificare esattamente il contenuto precettivo e le utilità garantire dal giudicato, senza proiettare nell'esecuzione le eventuali difficoltà attinenti alla fase cognitiva. In altri termini l'area della discrezionalità residua dell'Amministrazione dopo la sentenza di annullamento è esterna rispetto all'ottemperanza che concerne le statuizioni imperative nascenti dal giudicato: così un atto negativo emesso a seguito di una sentenza dichiarativa dell'obbligo di provvedere potrà essere impugnato con ricorso ordinario perchè estraneo al giudicato non perchè emesso in violazione di questo”*.

642 Cfr. Cons. st. 28 ottobre 1996 n. 451.

643 Cfr. R. Villata, *Riflessioni in tema di giudizio di ottemperanza ed attività successiva alla sentenza di annullamento*, 209 e 308, ove si precisa che la stessa natura di merito del giudizio di ottemperanza “si giustifica per la funzione sostitutiva dell'Amministrazione soccombente, non per la pretesa facoltà del giudice di valutare se in determinate ipotesi interessi pubblici preminenti consiglino un'attenuazione dell'obbligo di esecuzione”.

644 Cfr. M. Clarich, *op. cit.*, 549; G. Verde, *Osservazioni sul giudizio di ottemperanza alle sentenze dei giudici amministrativi*, in Riv. dir. proc., 1980, 649; V. Caianiello, *Diritto processuale amministrativo*, Torino, 1988, 782 e ss.; R. Villata, *Riflessioni cit.* che individua le seguenti ragioni: il riconoscimento che non esiste un obbligo di conformarsi al giudicato amministrativo esterno agli effetti propri della sentenza ed analogo all'obbligo di conformarsi al giudicato; la sentenza costituisce la fonte diretta del contenuto dell'ottemperanza; appare corretto costruire un concetto di esecuzione processuale più ampio dell'esecuzione forzata civile con previsione nel caso di violazione del dovere di ottemperare dell'intervento del giudice amministrativo che svolge attività di esecuzione specifica del proprio giudicato.

La nozione di esecuzione dovrebbe assumere il contenuto minimo di attività tendente ad attuare il comando concreto della legge, comprensiva di tutto ciò che viene compiuto affinché l'accertamento giudiziale abbia il suo effetto<sup>645</sup>.

In alternativa al completo esautoramento a titolo sanzionatorio dell'Amministrazione inadempiente dal potere di provvedere una volta promosso il giudizio di ottemperanza, pare condivisibile la proposta di ancorare rigidamente il giudizio di ottemperanza ai limiti oggettivi del giudicato, così da circoscrivere l'attività sostitutiva del giudice dell'ottemperanza entro confini più stretti coincidenti con le sole ipotesi in cui gli accertamenti del giudice di legittimità chiudano gli spazi di discrezionalità riconosciuti dalla legge all'Amministrazione, e sempre che non sia possibile già in sede di giudizio di legittimità emanare una sentenza che tenga luogo del provvedimento, senza lo svolgimento di ulteriori fasi processuali (come nel caso di provvedimenti vincolati).

La soluzione di non esautorare l'Amministrazione del potere di provvedere pare la migliore perchè mira al potenziamento del raggio d'azione del giudizio di legittimità, così da rendere più puntuali e cogenti i vincoli discendenti dalla sentenza passata in giudicato, eventualmente con previsione di sanzioni pecuniarie nei confronti dell'Amministrazione inadempiente.

Per contro, la ricostruzione del giudicato amministrativo a formazione progressiva sembra lasciare in bilico tra giudizio di legittimità e quello di ottemperanza tanto la cognizione quanto gli effetti del giudicato ovvero i vincoli gravanti sull'azione amministrativa.

A parte l'incertezza legata all'utilizzo di concetti vaghi come quello di effetti indiretti o di effetti vincolanti semipieni, non sembra corretto estendere l'influenza della sentenza ai tratti di azione amministrativa non sottoposti all'esame del giudice, mediante un'opera integrativa del giudicato operata in sede di giudizio di ottemperanza.

Oltre alla difficoltà di comprendere in quale momento sorga il vincolo gravante sull'azione amministrativa, non si riesce a stabilire gli esatti confini della cognizione, se quest'ultima si protraesse oltre il giudizio di legittimità<sup>646</sup>.

Si è parlato a ragione di rischio di atrofia del giudizio di cognizione e di ipertrofia di

---

Per l'autore ultimo citato, il giudizio di ottemperanza non può definirsi prosecuzione del precedente giudizio, nel senso di pervenire ad una definitiva sistemazione degli interessi di parte, essendo sua funzione quella di tradurre in atto le statuizioni contenute nel giudicato, non di integrarlo con ulteriori.

645 Cfr. R. Villata, *op. cit.*, 78.

646 Cfr. L. Ferrara, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Milano 2003, 52.

quello di ottemperanza<sup>647</sup>; e ancora di gonfiamento del giudizio di ottemperanza caricato di un eccessivo contenuto cognitorio<sup>648</sup>.

In tal maniera si offuscano le carenze del giudizio di cognizione e si fa regredire in secondo piano la stessa pronuncia in sede di cognizione, le cui prescrizioni vengono trasformate in semplici raccomandazioni<sup>649</sup>, escludendo al contempo la forza del giudicato a favore di una sorta di attività consultiva in forza di una nuova concezione del g.a. come giudice (che si ingerisce) *nell'Amministrazione*.

L'orientamento dottrinale prevalente non dubita sul carattere esecutivo del giudizio di ottemperanza, anche se non si è giunti ad una definizione unitaria<sup>650</sup>.

In contrapposizione alla concezione dell'esecuzione forzata che si esaurisce nell'attuazione del comando della sentenza, si è sviluppata una nuova concezione "espansionistica" del processo di ottemperanza che non ravvisa alcuna incompatibilità tra il concetto di esecuzione processuale e lo svolgimento di attività cognitive ai fini della realizzazione forzata della sentenza inottemperata<sup>651</sup>.

Per giustificare il passaggio dal concetto di esecuzione come attuazione di formalizzati comandi al concetto di esecuzione come realizzazione di diritti, si richiama il processo di soggettivizzazione della tutela giurisdizionale nei confronti dei pubblici poteri<sup>652</sup> e all'incertezza del valore giuridico da attribuire al comportamento della p.a. dalla quale discenderebbe la necessità di un complemento di cognizione<sup>653</sup>.

All'idea dell'assenza di una precisa ed univoca determinazione del bene della vita perseguito dal vincitore si pretende di accompagnare una sorta di elasticità della sentenza amministrativa e la definizione dell'ottemperanza come prosecuzione del giudizio amministrativo.

Se si aderisce a questa impostazione diventa difficile continuare a credere nella qualificazione del giudizio di ottemperanza come processo di esecuzione, perchè la

---

647 Cfr. G. Abbamonte, *Sentenze di accertamento ed oggetto del giudizio amministrativo di legittimità e di ottemperanza in Scritti in onore di M.S. Giannini*, I, Milano, 1988

648 Cfr. G. Greco, *L'accertamento autonomo del rapporto cit.*

649 Così, S. Giacchetti, *Il commissario ad acta nel giudizio di ottemperanza, si apre il dibattito*, in Foro amm. 1987, I, 990.

650 Secondo un certo indirizzo, il giudizio di ottemperanza apparterebbe di diritto ai processi di esecuzione, come forma fisiologica della funzione giurisdizionale esecutiva ma questa qualificazione verrebbe ridimensionata a fronte della specialità dello stesso giudizio in esame, la quale attiene alla posizione soggetto-pubblica amministrazione obbligata ed inadempiente contro cui si svolge il giudizio di ottemperanza, e la stessa funzione dalla medesima svolta: cfr. B. Sassani, *op. ult. cit.* 24 e ss..

Si parifica il giudizio di ottemperanza al processo esecutivo civile, il giudizio amministrativo al giudizio civile: cfr. C. Consolo, *Il processo amministrativo fra snellezza e civilizzazione*, in Corr. giur. 2000, 1271.

651 Cfr. R. Villata, *Riflessioni cit.*, 395. L'espressione è di L. Mazzaroli, *Il giudizio di ottemperanza oggi: risultati concreti*, in Dir. proc. amm., 1990, 237.

652 Cfr. L. Ferrara, *op. ult. cit.* 63.

653 Cfr. B. Sassani, *op. cit.*, 24.

cognizione, non più funzionalizzata all'esecuzione forzata della sentenza inottemperata, verrebbe a svilupparsi in progressione a quella svolta nel precedente giudizio di legittimità, rivelandone un'intrinseca omogeneità alla essa.

Tali argomentazioni non paiono però convincenti.

Se, contrariamente a quanto affermano i teorici della c.d. formazione progressiva del giudicato<sup>654</sup>, si ricostruisce il giudizio di inottemperanza come processo esecutivo e non come prosecuzione del precedente giudizio di legittimità<sup>655</sup>, si dovrebbe concludere che dopo il giudicato non vi sia più spazio per l'ordinaria cognizione giurisdizionale.

Certamente non si può non riconoscere che l'attuazione della sentenza amministrativa passi attraverso la riedizione del potere amministrativo che, a sua volta, implica la riconsiderazione della situazione e la cooperazione della parte obbligata.

Qualora peraltro permangono margini di discrezionalità dopo il giudicato amministrativo, rispetto a questi si resta al di fuori dell'ottemperanza intesa come attuazione degli effetti della sentenza<sup>656</sup>, altrimenti si realizza il “*governo dei giudici*”.

Non si può fondatamente ritenere che il giudizio di ottemperanza sia utilizzabile nell'ipotesi in cui sia necessario compiere valutazioni discrezionali - ed invero l'indirizzo giurisprudenziale dominante anche nel passato è stato quello di ritenere il giudizio di ottemperanza circoscritto ai casi in cui dal giudicato derivassero obblighi ben definiti e specificati<sup>657</sup>-, a meno che non si voglia ammettere che il giudice dell'ottemperanza possa legittimamente sostituirsi all'Amministrazione anche nell'esercizio del suo potere discrezionale<sup>658</sup>.

Parimenti non si condivide il richiamo alla situazione di obiettiva incertezza che caratterizzerebbe l'obbligo di conformarsi al giudicato, quale conferma della natura cognitoria del giudizio di ottemperanza<sup>659</sup>.

Se è vero che l'obbligo di esecuzione a carico dell'Amministrazione nasce per effetto del giudicato e non della sentenza conclusiva del giudizio di ottemperanza, non si vede perchè esso debba essere ulteriormente accertato per potersi dar luogo all'esecuzione<sup>660</sup>.

---

654 Sulla teoria del giudicato a formazione progressiva, cfr. M. Nigro, *Il giudicato amministrativo e il processo di ottemperanza*, in *Giudizio di ottemperanza*, Milano, 1983, 63; contro, cfr. A. Pajno, *Il giudizio di ottemperanza come processo di esecuzione*, in *Foro amm.* 1987, 1651.

655 Cfr. M. Clarich, *L'effettività della tutela nell'esecuzione delle sentenze del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.* 1998, 523 e ss.; A. Piga, *op. cit.*

656 Cfr. R. Villata, *Riflessioni cit.*, 376.

657 Cfr. Cons. st. ad. plen. 26 novembre 1984 n. 6.

658 Cfr. A. Pajno, *Il giudizio cit.*, 1648 ss..

659 Cfr. Piras, *Interesse legittimo cit.*, 664.

660 Vi è chi dubita però che la cognizione, circoscritta nel giudizio di ottemperanza all'aspetto relativo all'esatto adempimento dell'obbligo discendente dal giudicato, possa espandersi ex ante nel giudizio di legittimità fino alla valutazione se il potere amministrativo sia stato legittimamente esercitato, con conseguente

La stessa definizione del giudizio di ottemperanza come giudizio necessariamente di esecuzione ed eventualmente di cognizione si pone in contraddizione con l'assunto da cui muove la tesi del giudicato a formazione progressiva, ossia il carattere indefinito del diritto soggettivo del vincitore nel giudizio di legittimità, che confermerebbe semmai la natura non eventualmente ma essenzialmente cognitoria del giudizio di ottemperanza.

In realtà, a fronte di un accertamento giudiziale pieno, non vi è spazio nel giudizio di ottemperanza per precisare, integrare, ampliare l'ambito del giudicato<sup>661</sup>.

#### *4.1. La situazione giuridica soggettiva delle parti a fronte del giudicato amministrativo*

Oltrechè sulla natura e sulla finalità sottesa al giudizio di ottemperanza, si è dibattuto a lungo in dottrina sul tema delle situazioni giuridiche soggettive della parte soccombente e di quella vincitrice nel giudizio di legittimità a fronte del giudicato<sup>662</sup>.

Secondo l'iniziale e prevalente insegnamento dottrinale, le anzidette situazioni venivano ricostruite in termini di dovere e di interesse legittimo, in ragione della distinzione tra doveri e obblighi (basata sul fatto che i primi stanno fuori da ogni rapporto giuridico con cose e persone, mentre i secondi costituiscono uno dei termini di questi rapporti)<sup>663</sup>, nonché in ragione della particolare natura dell'Amministrazione tesa al perseguimento di fini pubblici e della qualificazione del dovere come tassativo ed assoluto.

La successiva evoluzione dottrinale si è aperta alla prospettiva che identifica la situazione passiva dell'Amministrazione in termini di obbligo<sup>664</sup>, sostituendo la rigida alternativa obbligo-diritto soggettivo/dovere-interesse legittimo con la nuova combinazione obbligo-interesse legittimo<sup>665</sup>.

---

venir meno del potere discrezionale della p.a.: cfr. Caianiello, *Diritto processuale amministrativo*, 850.

661 La tesi della natura intrinsecamente esecutiva del giudizio di ottemperanza trova un ulteriore elemento di sostegno nell'ambito della tesi del giudizio sul rapporto che, attraverso la valorizzazione della cognizione del giudizio di legittimità, tende a garantire l'integrale vincolatezza dell'esecuzione del giudicato e quindi una migliore protezione della situazione soggettiva del ricorrente: cfr. L. Ferrara, *Dal giudizio di ottemperanza cit.*, 81.

662 Anche per quanto attiene al problema della finalità sottesa al giudizio di ottemperanza, il quadro delle posizioni dottrinali è variegato: accanto alla tesi che propugna il ricorso alla nozione di dovere pubblicistico per definire la posizione della p.a. di fronte al giudicato, in senso privatistico si è identificata detta finalità con la soddisfazione dell'interesse materiale del ricorrente; in via intermedia, detta finalità è stata pure individuata nell'esecuzione del giudicato o nella soddisfazione dell'interesse legittimo, sia pure temperato con tutti gli altri interessi in gioco.

663 Cfr. S. Romano, *Doveri, obblighi, in Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1983, 293.

664 Cfr. V. Caianiello, *Diritto processuale amministrativo*, Torino 1988, 849 ss.; L. Mazzarolli, *Il processo amministrativo come processo di parti e l'oggetto del giudizio*, in *Dir. proc. amm.* 1997, 472; *contra*, G. Sciullo, *Il comportamento*, 66 ss..

665 Cfr. L. Mazzarolli, *Il giudizio di ottemperanza cit.*, 248.

Sotto l'influenza della tesi del giudizio di spettanza, la dottrina più evoluta è pervenuta ad enucleare *un vero e proprio diritto soggettivo all'ottemperanza*, la cui lesione verrebbe a configurare la fonte di un obbligo risarcitorio a carico dell'Amministrazione<sup>666</sup>.

In senso contrario alla configurazione di un diritto soggettivo all'ottemperanza si è però sostenuto che il giudicato non esplica effetti novativi (non aggiungendo nulla alla volontà della legge), nè trasforma l'interesse legittimo in diritto soggettivo (operando solo un rafforzamento dell'interesse legittimo, in conseguenza della possibilità di pretendere che l'Amministrazione proceda all'esecuzione della sentenza amministrativa)<sup>667</sup>.

In merito alla qualificazione della situazione passiva in termini di dovere, si è rilevato in senso critico che la nozione generale di dovere pare difficilmente correlabile con l'interesse legittimo, stante la sua finalizzazione alla soddisfazione di un interesse generale e l'assenza di un determinato destinatario: il dovere è infatti irrelato, consiste in una relazione non tra soggetti ma tra il soggetto e l'ordinamento<sup>668</sup>; la suddetta nozione di dovere non sembra pertanto idonea ad esprimere la relazione giuridica tra Amministrazione e cittadino<sup>669</sup>.

Se il dovere è per definizione un dovere verso tutti, non soddisfa l'idea che un soggetto dell'ordinamento sia in rapporto con un altro soggetto: il rapporto giuridico finisce per diventare un concetto vano e astratto se non ancorato ad una esigenza di concretezza.

#### 4.2. *La configurazione di un obbligo dell'amministrazione all'esecuzione della sentenza e la natura esecutiva del giudizio di ottemperanza*

L'ulteriore interrogativo riguarda la possibilità di configurare il vincolo apposto all'agire amministrativo come un obbligo dell'amministrazione nei confronti di colui che

---

666 Cfr. B. Sassani, *op. cit.*, 118-119; e già prima, di diritto soggettivo all'osservanza del giudicato parlava Guicciardi (*La giustizia amministrativa*, rist. della 3<sup>o</sup> ed. Padova, 1957, 293)

Secondo questa concezione, la sentenza di accoglimento attribuisce al privato un bene della vita la cui individuazione è operata dal giudizio di ottemperanza e la cui apprensione è oggetto di una situazione di pretensibilità configurabile come diritto soggettivo.

A favore invece del riconoscimento di un interesse legittimo come situazione sostanziale investita dal giudicato amministrativo, L. Mazarroli, *Processo amministrativo di parti cit.*, 472.

667 Cfr. A. Piras, *Interesse legittimo cit.*, I, 685; L. Montesano, *La tutela cit.*, 152.

668 Cfr. E. Allorio, *Problemi del diritto*, vol. I, Milano 1957, 18.

669 Lo studio della relazione tra cittadino e l'Amministrazione ha iniziato a svilupparsi dopo l'introduzione della legge sul procedimento, ricevendo importanti contributi dottrinali (si pensi alle teorizzazioni di Piras e di Greco) e giurisprudenziali (cfr. Cass., sez. I, 10 gennaio 2003 n. 157; Cass. civ. 10 ottobre 2003 n. 157).

Un impulso alla ricostruzione del rapporto giuridico tra p.a. e destinatario del provvedimento è dato altresì dal riconoscimento della risarcibilità della lesione degli interessi legittimi.

In questo contesto, si accresce la convinzione circa l'inadeguatezza della nozione di dovere ad inquadrare la posizione passiva dell'Amministrazione, stante la dimensione relazionale dell'esercizio del potere amministrativo: cfr. L. Ferrara, *op. ult. cit.*, 117.

dall'adempimento del vincolo trae soddisfazione in un proprio interesse<sup>670</sup>.

Si è obiettato al riguardo che la nozione di obbligo è incompatibile con quella di interesse legittimo, attesa la dicotomia interesse legittimo-potere<sup>671</sup>.

Di contro, volendo porre l'accento sull'interesse legittimo come situazione giuridica attiva, si deve riconoscere che per poter contrapporre ad esso una posizione passiva di obbligo, si impone di qualificare l'interesse legittimo in termini di diritto di credito<sup>672</sup>.

A questa qualificazione osta però la considerazione degli aspetti differenziali che connotano le due figure giuridiche, in relazione alle situazioni giuridiche contrapposte (rispettivamente, il potere e l'obbligo); alla soddisfazione dell'interesse materiale (che accompagna il solo diritto di credito)<sup>673</sup> e all'assetto definitivo degli interessi sostanziali (che non è ancora determinato nel caso di interesse legittimo, mentre nel caso di diritto di credito già integralmente designato e giuridicamente rilevante)<sup>674</sup>.

A ciò si aggiunga che l'adempimento della prestazione oggetto del diritto di credito giova solo al creditore, mentre l'esercizio del potere di pretendere l'attività dovuta dalla pubblica autorità va a vantaggio, oltre che al titolare dell'interesse legittimo, anche dell'autorità stessa che realizza così le sue finalità istituzionali<sup>675</sup>.

Si è inoltre rilevato che la realizzazione dell'interesse legittimo discende non dalla soddisfazione dell'interesse finale ma dall'adempimento degli obblighi discendenti dalla legge, per cui se si postula l'esistenza di un'inammissibile dovere dell'Amministrazione di osservare le leggi e di una corrispondente situazione giuridica favorevole in capo a tutti i soggetti e non di alcuni soltanto, l'interesse legittimo verrebbe a confondersi con l'interesse alla legittimità degli atti amministrativi<sup>676</sup>.

In ogni caso, anche a prescindere da tali rilievi, pare opportuno sottolineare che la conseguenza più rilevante che configura l'interesse legittimo come diritto di credito ad un

---

670 Cfr. E. Capaccioli, *Interessi legittimi*, 125 e ss..

671 Cfr. D. Corso, *La giustizia amministrativa*, Bologna 2002, 40: l'interesse legittimo è correlato necessariamente all'esercizio di un potere amministrativo".

672 Non sarebbe quindi corretto contrapporre tanto l'interesse legittimo, quanto la sua posizione di soggezione: cfr. L. Ferrara, *op. cit.*, 169: una volta ammessa l'esistenza di un binomio potere-soggezione, non si potrebbe essere un secondo potere-interesse legittimo.

673 Cfr. M. Clarich, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino 1995, 32.

Mentre nel rapporto obbligatorio l'adempimento ha per oggetto un bene della vita che procura un'utilità al creditore, nel procedimento ad istanza di parte, l'adempimento può consistere anche in un provvedimento di rigetto che non attribuisce il bene della vita al privato.

674 Cfr. F. Scoca, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano, 1990, 30.

675 Cfr. Giacchetti, *L'interesse legittimo cit.*, 259.

676 Cfr. M. Nigro, *Giustizia amministrativa cit.*, 89; L. Ferrara, *Dal giudizio di ottemperanza cit.*, 179; secondo tale ultimo autore, si tratterebbe di un'obiezione fallace che trascura i vantaggi discendenti dall'adempimento dell'obbligazione.

Inoltre, non condivisibile pare l'identificazione tra diritto di credito ed interesse alla legittimità perchè la costruzione proposta non postulerebbe un generalizzato dovere dell'amministrazione di osservare le leggi, ma un preciso obbligo di quest'ultima verso un soggetto determinato.

bene della vita, è la seguente, e cioè che l'inadempimento giustifica una sentenza di condanna cui faccia *subito* seguito un processo di esecuzione.

Ai sensi dell'art. 35 della legge n. 205/2000 al giudice amministrativo dovrebbe essere dato il potere di pronunciare una *condanna ad un facere specifico*, consistente nella emanazione di un atto amministrativo attributivo di questo bene della vita<sup>677</sup>. Grazie a tale pronuncia reintegratoria, la sentenza di annullamento acquisterebbe *contenuto di condanna*, realizzando la reintegrazione in forma specifica con lo strumento del giudizio di ottemperanza<sup>678</sup>.

Oltre a confermare la riconducibilità del giudizio di ottemperanza nell'ambito dei processi esecutivi<sup>679</sup>, questa tesi ricostruttiva implica una diversa sistemazione del giudizio non solo di ottemperanza ma anche di legittimità perchè, se tra condanna ed esecuzione c'è una condizione di reciprocità, allora la sentenza di accoglimento dovrebbe formalizzare in un preciso capo di condanna i diritti del privato e gli obblighi dell'Amministrazione<sup>680</sup>.

*De iure condito*, la trasformazione della pronuncia caducatoria in una pronuncia ordinatoria si produce solo nel giudizio di ottemperanza, perchè solo in quella sede giudiziale avviene il subentro dell'obbligo di eseguire le prescrizioni del giudice dell'ottemperanza al dovere di conformarsi al giudicato.

*De iure condendo*, il vigente sistema processuale potrebbe essere rivisto alla luce delle nuove disposizioni di legge che ammettono la reintegrazione in forma specifica<sup>681</sup> e che, secondo un certo indirizzo dottrinale, avrebbero introdotto nel nostro ordinamento un'*azione di adempimento*, simile a quella prevista nell'ordinamento tedesco<sup>682</sup>.

A tale esigenza di revisione contribuiscono le critiche alla tesi sul giudicato amministrativo a formazione progressiva ed alla configurazione del giudizio di ottemperanza come prosecuzione del giudizio di merito.

La giurisprudenza anche recente ascrive al giudizio di ottemperanza *natura mista*, di esecuzione e di cognizione, riconoscendo al giudice, oltre al potere di integrare l'originario

---

677 Cfr. F. Trimarchi Banfi, *Tutela specifica e tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, Torino, 2000, 63 e ss..

678 Cfr. S. Giacchetti, *La risarcibilità degli interessi legittimi* in [www.giust.it](http://www.giust.it); F. Trimarchi Banfi, *op. cit.*, 50.

679 Cfr. L. Ferrara, *op. ult. cit.*, 207.

680 Cfr. Sassani, *Dal controllo dell'atto cit.*, 21.

681 Altra prassi giurisprudenziale da rivedere è quella del c.d. assorbimento dei motivi, cui si addebita lo scaricamento della cognizione sul giudizio di ottemperanza.

682 L'azione di adempimento postula la configurabilità in capo al privato di un vero e proprio diritto a quell'atto cui si correla l'esistenza in capo all'amministrazione di un vero e proprio obbligo alla soddisfazione di quella pretesa (cfr. M. Clarich, *Tipicità delle azioni ed azioni di adempimento nel processo amministrativo cit.*).

Contro tale ricostruzione si è schierata la giurisprudenza maggioritaria: cfr. Cons. st., sez. VI, 51 maggio 2008 n. 10395; Cons. st., sez. VI, 18 giugno 2002 n. 3338; Cons. st., sez. VI, 23 ottobre 2007 n. 5562; Cons. st., sez. VI, 3 aprile 2003 n. 1716.

disposto della sentenza con statuizioni che costituiscono non mera esecuzione, ma attuazione in senso stretto<sup>683</sup>, ulteriori spazi cognitori in relazione alle sopravvenienze di fatto o di diritto rispetto al giudicato e alle domande accessorie quali interessi, rivalutazione e risarcimento del danno.

In particolare, secondo la giurisprudenza amministrativa, l'oggetto del giudizio di ottemperanza è rappresentato dalla puntuale verifica da parte del giudice dell'esatto adempimento da parte dell'Amministrazione dell'obbligo di conformarsi al giudicato per far conseguire concretamente all'interessato l'utilità o il bene della vita già riconosciuto in sede di cognizione: tale verifica giurisdizionale del quomodo dell'esecuzione comporta una delicata attività di interpretazione del giudicato al fine di enucleare e precisare il contenuto del comando, e in quella sede il giudice amministrativo può giungere fino ad adottare una statuizione analoga a quella che potrebbe emettere in un nuovo giudizio di cognizione<sup>684</sup>.

Ne consegue, sempre secondo l'impostazione del giudice amministrativo, che l'essenza di tale giudizio non riposa in una "defatigante contrapposizione di opposti interessi": la contenziosità del giudizio di ottemperanza rispetto alla congiunta volontà delle parti di meglio adempiere al precetto giurisdizionale dovrebbe infatti ritenersi recessiva perchè, dopo che in sede cognitoria sia stato risolto il problema dell'andamento della spettanza del diritto, la successiva attività di esecuzione della sentenza dovrebbe svolgersi una "funzione congiuntamente collaborativa" sotto la mediazione del giudice dell'ottemperanza chiamato a dirimere i contrasti sul quomodo dell'attuazione.

---

683 Sulla natura mista del giudizio di ottemperanza, cfr. Cons. st. sez. VI 16 ottobre 2007 n. 5409 che ha ritenuto azionabile in sede di ottemperanza la domanda non formulata in sede di giudizio di annullamento volta ad ottenere la restituzione di quanto pagato in base all'atto annullato.

In senso conforme, cfr. Cass., sez. un., 30 giugno 1999 n. 376; Cons. st., ad. plen., 15 marzo 1989 n. 7; Cons. st., sez. VI, 3 marzo 2008 n. 796; Cons. st., sez. VI, 22 settembre 2008 n. 4563, ove si afferma che la pretesa restitutoria può essere attivata direttamente in sede di ottemperanza, senza richiedere l'introduzione di un ulteriore giudizio di cognizione, rientrando essa tra gli effetti conformativi del giudicato di annullamento.

E' irrilevante, secondo il giudice amministrativo, "la circostanza che manchi nel giudicato di annullamento una espressa condanna alla restituzione di quanto pagato in base al d.m. annullato, trattandosi di un effetto che deriva ipso iure dalla retroattività dell'annullamento giurisdizionale...Diversamente opinando, del resto, le sentenze di annullamento del giudice amministrativo non sarebbero mai suscettibili di ottemperanza in quanto "autoesecutive", perché il risultato utile dell'annullamento sarebbe già assicurato dalla caducazione del provvedimento impugnato. Ed invece, è proprio la violazione dell'obbligo ripristinatorio o dell'obbligo conformativo a giustificare l'instaurazione di un giudizio di ottemperanza anche a fronte di una pronuncia di annullamento".

Di recente la definizione del giudizio di ottemperanza come "prosecuzione del processo di cognizione" è stata smentita dal giudice ordinario, ad avviso del quale tale definizione avrebbe una "mera natura empirica", e "un'accezione descrittiva dello specifico mezzo processuale satisfattivo a disposizione della parte vittoriosa": Cfr. Cass. sez. civ., 23 gennaio 2009 n. 1732: dal carattere di spiccata autonomia del giudizio di ottemperanza la Corte fa discendere il principio per cui deve intendersi decadenza la domanda di indennizzo per violazione della citata durata ragionevole, se proposta dopo il termine di sei mesi dalla sentenza che definisce il giudizio di merito.

684 Cfr. Cons. st., sez. VI, 14 dicembre 2009 n. 7809; Cons. st., sez. VI, 6 novembre 2009 n. 6930; Cons. st., sez. VI, 3 marzo 2008 n. 796; Cons. st., sez. IV, 14 febbraio 2006 n. 583; Cons. st., sez. VI, 30 dicembre 2004 n. 8275; Cons. st., sez. V, 17 ottobre 2000 n. 5512.

Alla luce dei richiamati principi giurisprudenziali, non si può dubitare sulla necessità di compiere un'attività di interpretazione del giudicato al fine di enucleare il comando rimasto inadempito, vertendo appunto il giudizio di ottemperanza sulla verifica dell'adempimento dell'obbligo nascente dal giudicato.

D'altro canto, non sembra sia ammissibile la proposizione in sede di ottemperanza di domande, come quella risarcitoria, che non siano proposte in primo grado e non siano già contenute nel *decisum* della sentenza (stante l'autonomia della tutela risarcitoria, essa presupponga una specifica domanda ed il correlato accertamento in sede cognitoria)<sup>685</sup>; né la proposizione di deduzioni con cui si contesti il contenuto della sentenza di cui deve assicurarsi l'esecuzione, pena la trasformazione del giudizio di ottemperanza in una impropria sede di appello<sup>686</sup>.

\* \* \*

Pare senza dubbio difficile stabilire un'equivalenza tra giudizio di ottemperanza ed esecuzione forzata civilistica sulla base della natura cognitoria e dei caratteri (elastico, incompleto e condizionato) propri dell'effetto conformativo del giudicato di annullamento.

La formula dell'elasticità e della c.d. formulazione progressiva del giudicato non pare essere un connotato specifico del giudicato amministrativo: tale formula è utile perchè riconosce l'inesauribilità del potere giurisdizionale quale immagine riflessa dell'inesauribilità del potere amministrativo, ma non consente di conseguire l'attribuzione definitiva del bene della vita, mediante la trasformazione dell'implicito in esplicito, della discrezionalità in vincolatezza<sup>687</sup>.

Tale formula è criticabile nella misura in cui postula successive fasi di cognizione di fronte al riesercizio plurimo del potere da parte della stessa Amministrazione inadempiente contro il concetto di esecuzione forzata, nonché l'esaurimento della discrezionalità nell'assenza di discrezionalità o di un sistema di preclusioni processuali<sup>688</sup>.

E' vero però che *“L'accertamento che contraddistingue il giudicato è sempre*

---

685 Cfr. Cons. st. 16 gennaio 2008 n. 76, che ammette in sede di ottemperanza solo i danni verificatisi in seguito alla formazione del giudicato e proprio a causa di ritardo nella esecuzione della pronuncia irretrattabile.

686 Cfr. Cons. st. 29 febbraio 2008 n. 765.

Per la proposizione in sede di ottemperanza della sola domanda risarcitoria avente ad oggetto il danno da ritardo, cfr. Cons. st., 31 luglio 2008 n. 3851.

687 Questa è la convinzione di Nigro, Giachetti, Sassani.

688 Cfr. B. Sassani, *Dal controllo dell'atto cit.*, 15 ss.

La dottrina che sostiene l'esaurimento del potere a seguito dell'intervento giurisdizionale si fonda su vari argomenti come una certa lettura dell'art. 35 d.lgs n. 80 del 1998 (cfr. S. Tarullo, *Il giusto processo amministrativo*, Milano 2004, 256 e ss.), la tendenza ad espellere i vizi formali dal giudizio e la valorizzazione del nuovo art. 10 bis della legge n. 241 del 1990.

In luogo della tesi della consumazione del potere di provvedere in conseguenza dell'avvio del giudizio di ottemperanza, ha ricevuto maggiore credito la tesi che configura la permanenza del potere di provvedere in concorrenza con le competenze del commissario ad acta: cfr. Cons. st. sez. V, 8 luglio 1995 n. 1041.

“accertamento” e 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...”.

L'estinzione del potere non ha nulla a che fare con i principi dell'effettività della tutela giurisdizionale e del giusto processo; si deve invece riconoscere che l'esigenza di garantire il *ne bis in idem* trovi attuazione nella previsione di un termine breve di decadenza per il ricorso contro un certo atto<sup>689</sup>.

Pur riconoscendo la centralità dell'approccio di Nigro, non si può negare la presenza nella teoria del giudicato a formazione progressiva – e nello stesso modello dell'integrazione fra giurisdizione ed amministrazione - di margini di ambiguità, difficilmente compatibili con i principi sulla discrezionalità amministrativa<sup>690</sup>.

In ogni caso, non risulta che il cittadino vincitore nel giudizio di legittimità si veda sempre attribuire il c.d. bene della vita al termine del giudizio di ottemperanza, perchè se sono in gioco interessi oppositivi alla pronuncia caducatoria dell'atto ablatorio il giudice può far seguire, ove ne sia richiesto, la condanna dell'Amministrazione a reintegrare in forma specifica la posizione del ricorrente; mentre nel diverso caso di interessi pretensivi, non può ammettersi la reintegrazione in forma specifica come ulteriore strumento di tutela dell'interesse del ricorrente che consenta di ottenere dal giudice una pronuncia sulla spettanza del bene della vita.

Anche se la decisione affronta tutti i profili, sia formali che sostanziali, della vicenda controversa, si potrà esplicitare un più ampio effetto conformativo della sentenza, ma a favore del ricorrente la sentenza non contiene l'attribuzione diretta del bene della vita, ma solo il riconoscimento del diritto a conseguire il bene della vita.

Così alla reintegrazione in forma specifica nel processo amministrativo potrebbe essere riconosciuto un ruolo identico ed alternativo rispetto a quello svolto dal giudizio di ottemperanza<sup>691</sup>.

---

689 Cfr. A. Travi, *Il giudicato amministrativo cit.*, 936.

690 Cfr. A. Travi, *Il giudicato amministrativo cit.*, 936.

691 Cfr. Cons. st., sez. IV, 14 maggio 2001 n. 3169; in dottrina, Trimarchi Banfi, *Tutela specifica e tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, Torino, 2000, 22. M. Stella Richter, *Il principio di concentrazione nella riforma della giustizia amministrativa*, in *Giust. civ.* 2000, 439.

## CAPITOLO VI

### Conclusioni

L'indagine svolta ha consentito di evidenziare i profili di criticità e l'incompletezza delle principali teorie sull'oggetto del giudizio, in particolare della tradizionale teoria che identifica l'oggetto del giudizio amministrativo nell'accertamento dell'illegittimità dell'atto impugnato secondo un contenuto di diritto oggettivo e della concezione sostanzialistica del giudizio sul rapporto tra cittadino e amministrazione.

Il tema dell'oggetto del giudizio costituisce un interessante terreno di indagine per ripensare al ruolo del provvedimento all'interno del giudizio, e per interrogarsi se esso non debba essere considerato solo l'“occasione” per la definizione giudiziale del conflitto sostanziale degli interessi, piuttosto che l'oggetto centrale del giudizio.

L'attuale discussione sull'oggetto del giudizio amministrativo muove da alcuni punti fondamentali: da un lato, la perdita di centralità del riferimento formale al provvedimento amministrativo come oggetto del giudizio amministrativo e la questione della sopravvivenza della specialità della giurisdizione amministrativa; dall'altro lato, l'esigenza di salvaguardare l'azione amministrativa dal rischio di ingerenza del potere giudiziario in ordine al profilo dell'attribuzione del bene della vita.

Nella recente evoluzione normativa e giurisprudenziale, l'oggetto del giudizio si è arricchito di fattispecie nuove in cui è assente il riferimento formale al provvedimento amministrativo: non solo viene ammessa la giustiziabilità dei comportamenti dell'Amministrazione, della realtà fattuale che sta dietro l'atto (come nel caso dell'eccesso di potere), di forme di attività amministrativa di tipo organizzativo e d'indirizzo nonché di fenomeni di connessione fra atti amministrativi; ma il principio dell'indifferenza dello schema giuridico formale trova significativa espressione pure nel riconoscimento della sindacabilità, da parte del giudice amministrativo, dell'esercizio della funzione pubblica secondo il modulo convenzionale, anziché unilaterale.

In luogo del riferimento formale all'atto amministrativo, di frequente ci si richiama alle nozioni sostanzialistiche di “episodio della vita”, di “fattispecie d'assieme”, di “operazione amministrativa”.

All'insoddisfazione verso il tradizionale modello del processo amministrativo come mezzo di controllo formale e meramente cassatorio, idoneo alla tutela dei soli interessi oppositivi, si accompagna l'idea che l'atto amministrativo non rappresenti più l'oggetto del

processo, ma solo “un'occasione” che consente il sindacato del giudice sull'attività amministrativa complessivamente intesa, sia essa provvedimento o di diverso tipo (organizzativa o di indirizzo, sia incidente su interessi diffusi), sia essa relativa a fenomeni di connessione tra atti amministrativi.

Parallelamente all'affermarsi sul piano sostanziale della logica dell'amministrazione di risultato, anche la giustizia amministrativa si sta avviando ad assumere le sembianze di una “giurisdizione di risultato”, sia nel senso chiovendiano di giurisdizione in grado di assicurare alla parte che ha ragione tutto ciò che gli spetta sulla base del diritto sostanziale, sia nel senso più attinente all'oggetto della cognizione che viene individuato non più in quel “frammento” di azione amministrativa rappresentato dall'atto impugnato, ma nella pretesa sostanziale fatta valere in giudizio, ossia nella spettanza o non spettanza di un certo bene della vita che il ricorrente mira a conseguire o a conservare.

Tale processo evolutivo improntato alla logica di risultato è iniziato con il riconoscimento della risarcibilità del danno da lesione di interessi legittimi, passando per una serie di interventi legislativi in materia (come l'introduzione della consulenza tecnica, l'impugnabilità dei motivi aggiunti, la nuova disciplina del silenzio, la disciplina sulla non annullabilità degli atti affetti da vizi formali contenuta nell'art. 21 octies legge n. 241 del 1990), fino alle più recenti novità legislative, come l'introduzione del c.d. rito superaccelerato in materia di grandi opere, previsto dall'art. 20 del d.l. n. 195/08 conv. dalla legge n. 2/09, e il d. lgs. n. 198/09 “Attuazione dell'art. 4 della legge 4 marzo 2009 n. 15, in materia di ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici” (c.d. class action amministrativa).

Sempre più di frequente il conflitto sostanziale di interessi viene assunto come il criterio idoneo per affrontare in modo innovativo le problematiche tradizionali del giudizio amministrativo: dall'instaurazione del contraddittorio alla determinazione del suo oggetto, dalla rilevanza dei motivi del ricorso sino all'individuazione dei limiti oggettivi del giudicato amministrativo.

Il processo amministrativo viene visto come “*momento di cooperazione all'esercizio del potere*”<sup>692</sup>, nel senso che, a differenza di quello civile, non si svolgerebbe per verificare una realtà sostanziale esterna e definita (il diritto soggettivo), ma per concorrere a creare l'oggetto stesso della verifica, fissando la regola del concreto operare dell'amministrazione in relazione all'interesse sostanziale dell'amministrato.

Anche la fase istruttoria è interessata da questa evoluzione verso il progressivo

---

692 La definizione è di M. Nigro, *Giustizia amministrativa cit.*, 254.

estendersi dell'oggetto del giudizio amministrativo all'esatta valutazione del fatto, essendo oggi consentito al giudice amministrativo per giungere alla ricostruzione completa dei fatti di andare oltre la conoscenza dell'atto e di ricercare i fatti rilevanti per l'affermazione del vizio anche al di fuori dell'atto stesso, fermo restando l'onere per il ricorrente di introdurre in giudizio i fatti identificativi dei vizi dedotti in ossequio al principio dispositivo.

\* \* \*

Alla crisi del modello impugnatorio si ricollega la discussione sulla perdita di centralità della figura dell'interesse legittimo e sulla stessa sopravvivenza della specialità del giudice amministrativo, come strumento per rendere effettiva la tutela del cittadino nei confronti dell'autorità pubblica.

Dopo il riconoscimento della tutela risarcitoria a favore degli interessi legittimi, si è sviluppata una tendenza ad una sorta di omologazione degli interessi legittimi ai diritti soggettivi come se, perso il carattere di alterità rispetto al diritto soggettivo, l'interesse legittimo si fosse evoluto in una specie di diritto soggettivo, a cui si correla la titolarità in capo all'Amministrazione di veri e propri obblighi e la conseguente scomparsa della categoria del potere amministrativo.

La trasformazione della figura dell'interesse legittimo risente dell'influenza dell'esperienza del diritto comunitario, dove non esiste un dialogo necessitato tra potestà discrezionale e situazioni soggettive e dove la situazione soggettiva mantiene la connotazione del "diritto".

L'ordinamento comunitario è orientato verso la tutela effettiva e piena dei diritti dei cittadini, diritti che sono separati dal potere e si configurano come diritto di credito cui si correla in capo all'autorità una situazione soggettiva dell'autorità qualificata in termini di obbligo, secondo la tipica configurazione di un rapporto obbligatorio.

Nella logica del diritto comunitario, andrebbe dunque ripensato il ruolo dell'autorità (non più come sede di poteri discrezionali, ma soggetto destinatario di obblighi), nonché la stessa funzione del giudice amministrativo, secondo un modello di giurisdizione di tipo soggettivo che configura il processo amministrativo come strumento di tutela della pretesa sostanziale del cittadino e non come mezzo di controllo dell'azione dell'amministrazione.

Sostenere, secondo un'impostazione chiovendiana, che il processo amministrativo è strumentale all'attuazione della volontà della legge nel caso concreto mediante l'attribuzione alla parte vittoriosa del bene della via cui aspira, porta con sé alcune rilevanti implicazioni: *in primis*, sotto il profilo della definizione dell'oggetto del giudizio che verrebbe individuato nell'accertamento della spettanza del bene della vita, ma anche dell'interpretazione

dell'intera disciplina processuale in ottica sostanzialistica<sup>693</sup>.

\* \* \*

In questo contesto, si colloca la tendenza a ridimensionare la rilevanza dei motivi di ricorso ai fini dell'identificazione della domanda del giudizio, configurandoli tra loro fungibili, e finanche qualificandosi come questione pregiudiziale che sta al di fuori del dispositivo ed è oggetto di accertamento solo incidentale.

Il riferimento all'illegittimità dell'atto impugnato non si indirizza più necessariamente verso un modello di giurisdizione di diritto oggettivo, ma allude alla *rilevanza dell'interesse legittimo*.

Al processo amministrativo non paiono applicabili gli schemi validi nel processo civile, perchè sul piano della tutela giurisdizionale amministrativo ciò che rileva è l'interesse legittimo lesa, nel senso che solo *a posteriori*, vale a dire nei confronti di un'azione amministrativa già esercitata e lesiva di un interesse legittimo, può espletarsi l'accertamento giudiziario<sup>694</sup>.

Quest'ultima considerazione mette in evidenza la debolezza della tesi del giudizio sul rapporto<sup>695</sup>, perchè la sentenza amministrativa ha valore di accertamento costitutivo solo in via negativa per il passato, e non in positivo per il futuro: essa cioè non è in grado di attribuire il bene della vita, ma si inserisce nel continuo flusso dell'azione amministrativa e ne conforma l'esercizio.

Non è chiaro, inoltre, come si possa utilizzare il concetto di rapporto giuridico per definire la relazione tra privato e potere pubblico, né come si possa far coincidere questo concetto con quello di semplice vincolo tra due soggetti, anche in considerazione della peculiare funzionalizzazione dell'agire amministrativo alla cura dell'interesse pubblico.

Anche tenuto conto dei canoni offerti dalla teoria generale sulla classificazione delle figure giuridiche soggettive, si dovrebbe escludere sia la possibilità di assumere il potere in

---

693 Si pensi ad istituti come la legittimazione a ricorrere e l'interesse all'appello, ma anche alla nozione di capo di sentenza (che potrebbe essere individuato, secondo un'impostazione sostanzialistica sostenuta da Nigro, in forza del criterio della dimensione del vincolo e del peculiare vantaggio che i diversi motivi possono produrre attraverso l'annullamento), al quella di vizio-motivo (secondo la definizione dei vizi come "semplici ponti di passaggio per pervenire al riconoscimento o alla negazione del diritto all'annullamento", come tali fungibili tra loro) e alla figura della cessazione della materia del contendere.

694 Una cosa è affermare la titolarità di un diritto soggettivo (che ben può costituire oggetto del processo, e come è stato affermato, ha una efficacia dinamica ed attuale) e un'altra cosa è affermare la titolarità di un interesse legittimo (che ha una rilevanza statica in quanto la posizione di vantaggio è la risultanza delle norme disciplinatrici di un altrui potere).

695 Questa teoria, in nome dell'esigenza di realizzare la stabilità del rapporto propone di investire il giudice amministrativo della cognizione estesa a tutti gli elementi del rapporto intercorrente tra potere dell'Amministrazione e interesse del privato, grazie all'applicazione del principio del dedotto e del deducibile tanto nei confronti del ricorrente quanto nei confronti dell'amministrazione e al riconoscimento all'Amministrazione del potere di integrare la motivazione dell'atto nel corso del giudizio fino al momento dell'emanazione della sentenza di accoglimento.

sé come lato attivo del rapporto, sia la ricostruzione del rapporto tra Amministrazione e privato in termini di credito-obbligo<sup>696</sup>.

Altre ragioni di perplessità inducono a non accogliere la tesi dell'accertamento del rapporto e riguardano, da un lato, l'utilizzo di strumenti interpretativi di carattere presuntivo privi di un solido fondamento normativo (come le presunzioni secondo cui il giudicato coprirebbe il dedotto ed il deducibile rispetto al rapporto e il giudice amministrativo dovrebbe accertare in via prioritaria la sussistenza dei vizi sostanziali e solo in via subordinata i vizi formali), e, dall'altro, la grave forzatura della struttura del giudizio di annullamento.

Solo attraverso una radicale riforma del sistema di giustizia che legittimi la trasformazione del potere amministrativo al "*ruolo di una pretesa collocabile sul medesimo piano di quella del privato e a questa contrapposta*" si potrà addivenire ad una completa cognizione del rapporto tra amministrazione e cittadino; finchè ciò non avvenga, la cognizione del rapporto in giudizio potrà assumere rilevanza soltanto in via mediata, nei limiti in cui tale rapporto sia interessato dai vizi dell'atto e attraverso la configurazione che ne dia il ricorrente dal punto di vista del suo interesse.

Alla medesima critica va incontro anche la teoria favorevole all'introduzione dell'azione di accertamento autonomo del rapporto, perchè con l'ammettere l'accertamento autonomo del rapporto come figura generale si finisce per legittimare un'inammissibile sostituzione del giudice all'Amministrazione nella titolarità e nella gestione del potere in palese violazione del principio di separazione dei poteri<sup>697</sup>.

---

696 Alla configurabilità dell'interesse legittimo come un diritto di credito in capo al privato ostano non solo la mancanza di distacco tra interesse tutelato e titolarità della posizione obbligatoria e la compresenza, in capo allo stesso soggetto privato, di due qualificazioni apparentemente inconciliabili (una attiva, relativa alla titolarità di un diritto di credito e una passiva, relativa alla soggezione); ma anche altre ragioni, quali la natura funzionale dei poteri provvedimentali, la difficoltà di sussumere in termini di patrimonialità la prestazione collegata all'emanazione di un provvedimento amministrativo e l'identificazione tra il soggetto destinatario degli atti e l'ipotetico creditore.

697 Inoltre la tesi qui criticata va incontro ad un'evidente contraddizione, laddove afferma che ciò che il giudice amministrativo può accertare in realtà sono solo le c.d. componenti rigide del rapporto giuridiche, ad esclusione di quelle discrezionali.

Le preoccupazioni legate al rischio di un'ingerenza del potere giudiziale nel merito amministrativo sono state espresse dalla giurisprudenza in relazione alla facoltà che l'art. 2 della legge n. 241/90 riconosce al giudice amministrativa di accertare la fondatezza della pretesa sostanziale del privato in presenza di fatti complessi che implicano valutazioni ampiamente discrezionali, facoltà che secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale andrebbe circoscritta ai soli casi di attività vincolata.

La rilevanza della natura vincolata dell'attività amministrativa trova oggi un espresso riconoscimento formale nell'art. 21 octies della legge n. 241/90.

Con riguardo all'ipotesi di vizi formali che non incidono sul contenuto dispositivo, si è sostenuto che l'interesse legittimo verrebbe ad assumere le sembianze di diritto soggettivo, perchè orientato non alla tutela in via mediata del legittimo esercizio del potere amministrativo ma alla tutela della pretesa sostanziale del privato a vedersi garantito dal giudice il bene della vita.

Allargando la prospettiva, si è affermato che pure nell'ipotesi di impugnativa di provvedimenti discrezionali

Rimangono, infine, i dubbi legati all'accoglibilità nell'attuale sistema della giustizia amministrativa della teoria delle c.d. preclusioni processuali e procedurali sostenuta da Clarich<sup>698</sup> che nel perseguimento dell'obiettivo della stabilità del giudicato rielabora la tesi sull'unicità del diritto potestativo all'invalidazione dell'atto elaborata da Nigro con riferimento allo studio del potere amministrativo.

Questa teoria non risolve, a nostro avviso, il problema dell'effettività della tutela del cittadino, ma rende anzi più difficile la posizione del ricorrente sotto il profilo di una maggiore difficoltà del diritto di difesa, considerato che, in base a questa tesi, le parti avrebbero l'onere di dedurre in giudizio tutti gli elementi che contribuiscono a definire il rapporto giuridico oggetto di accertamento: sia dal lato del ricorrente, al quale spetterebbe l'onere di far valere tutti i profili di illegittimità dell'atto; sia dal lato della p.a., al quale spetterebbe l'onere di acclarare e di dedurre già nella fase procedimentale tutti i fatti costitutivi del potere amministrativo.

Il risultato della stabilità del giudicato viene raggiunto mediante il riconoscimento di un effetto preclusivo esteso a tutti gli altri fatti costitutivi del potere diversi da quelli posti alla base del provvedimento annullato, nonché a tutti i fatti costitutivi posti alla base della pronuncia di annullamento<sup>699</sup>.

\* \* \*

La ricerca sull'oggetto del processo amministrativo di legittimità dovrebbe essere indirizzata verso soluzioni alternative che siano idonee a svincolare il problema dell'oggetto del giudizio dalla dicotomia tra giudizio sull'atto e giudizio sul rapporto.

Un valido modo verso il superamento della dicotomia tra concezione formale e concezione sostanziale dell'oggetto del giudizio è rappresentato, a nostro giudizio, dalla valorizzazione delle nozioni di connessione tra atti e di provvedimento sostanziale.

Alla base di questa tesi vi è il convincimento che non basti ammettere l'occasionalità reciproca della tutela dei due interessi, pubblico e privato, ma che occorra difendere la piena

---

debba considerarsi recessiva la valutazione dell'illegittimità formale con conseguente identificazione dell'interesse legittimo con l'interesse sostanziale da tutelare ovvero con la "spettanza" (cfr. D. Corletto, *Vizi formali e poteri del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.* 2006, 33 e ss.).

La prospettiva indicata, oltre ad essere rischiosa, perché apre la strada alla "deprocedimentalizzazione del potere" e alla scomparsa delle garanzie procedurali, è inaccoglibile sotto il profilo della giurisdizione del giudice amministrativo, perché configura un'inammissibile ipotesi di giurisdizione esclusiva non introdotta ex lege, in contrasto peraltro con il *dictum* della Corte costituzionale che vuole il giudice amministrativo giudice dell'esercizio del potere amministrativo indipendentemente dal carattere discrezionale o vincolato.

698 Cfr. M. Clarich, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova 1989.

699 Secondo l'impostazione di Clarich, il tentativo di risolvere il problema dell'effettività resterebbe senza successo, se non si ammettesse un vincolo anche con riguardo ai tratti di azione amministrativa diversi da quelli caduti sub iudice, in ragione del fatto che il ricorrente persegue anche uno scopo mediato della soddisfazione del proprio interesse sostanziale, oltre quello immediato dell'annullamento dell'atto: cfr. M. Clarich, *op. ult. cit.*

complementarietà della loro tutela, evitando di contrapporre l'interesse privato a quello pubblico, al fine di riconoscere il primo quale componente essenziale dello stesso basilare interesse pubblico che l'Amministrazione deve realizzare mediante l'esercizio del potere: interesse privato e interesse pubblico, dunque, non più contrapposti come oggetto strumentale e oggetto finale del giudizio, ma visti nella loro complementarietà come oggetti entrambi principali del giudizio, in quanto tali meritevoli di tutela con la stessa intensità.

Assumendo la figura della connessione oggettiva tra atti come caratteristica naturale del processo amministrativo e criterio interpretativo per definire l'oggetto del giudizio, la prospettiva si estende perchè il giudizio non si appunta solo sul rapporto tra interesse pubblico e interesse privato, ma anche sul rapporto tra interessi pubblici diversi.

Nella connessione oggettiva si scorge una nuova dimensione dell'atto, come "*figura sostanziale di atto*", che viene definita "*in base all'unità degli effetti sostanziali che possono trarsi da una pluralità di atti formali*"; nella connessione si stempera così la distinzione tra atto e rapporto e la stessa imperatività del provvedimento formale<sup>700</sup>.

Ne discende una visione meno formale del giudizio amministrativo, come punto di fusione tra il "momento oggettivo" rappresentato dall'atto e il "momento soggettivo" rappresentato dall'interesse sostanziale del ricorrente, e come sede privilegiata di un confronto efficace tra l'interesse individuale e l'interesse pubblico, e della tutela contemporanea di interessi diversi che connota la specialità del giudice amministrativo rispetto al giudice civile<sup>701</sup>.

L'utilizzo della figura della connessione si rivela di grande utilità, perchè orienta la ricerca sul tema dell'oggetto del processo non più secondo la direttrice del confronto tra giudizio sull'atto/giudizio sul rapporto, bensì secondo la configurazione di un rapporto di correlazione, improntato ad una *logica collaborativa*, tra potere della parte e dovere decisorio del giudice nell'individuazione della materia del contendere<sup>702</sup>.

Si profila dunque un modello di giudizio che non può definirsi a rigore né di tipo

---

700 Cfr. G. Berti, *Connessione e giudizio amministrativo*, Padova 1970.

701 L'accoglimento di tale ricostruzione incontra un limite nella struttura del processo in relazione al rischio che l'amministrazione sia posta in una condizione impari rispetto al ricorrente, avendo la possibilità di difendere solo atti singolarmente presi e non più atti tra loro connessi: al fine di garantire un contraddittorio efficace, la parte pubblica, nella sua veste di centro di imputazione della attività amministrativa e sede di confronto tra interessi pubblici, dovrebbe essere abilitata ad introdurre nel giudizio "più sostanza" di quella che è racchiusa nell'atto formale.

702 La riflessione sul rapporto tra potere della parte e dovere decisorio del giudice coinvolge anche il principio dell'economia del giudizio, che si presta ad essere ripensato secondo la logica collaborativa, e quindi ad essere visto non più come pretesto di un'ingerenza giudiziale nelle aree di politica processuale riservate al legislatore, ma come criterio flessibile in grado di razionalizzare il "giudizio di utilità" in termini funzionali e indirizzare il dovere decisorio del giudice verso la definizione del processo sul merito della domanda: cfr. M. Comoglio, *Il principio di economia processuale*, Padova 1982.

obiettivo come giudizio sull'atto, né come giudizio sul rapporto, ma come *giudizio di natura mista, oggettiva e soggettiva insieme*, il cui oggetto si incentra nell'accertamento giudiziario del “*rapporto tra interessi diversi*”, pubblici e privati, rispetto al quale il problema della validità formale dell'atto riveste carattere accessorio.

Secondo la prospettiva assunta, il giudizio amministrativo di legittimità rappresenta uno strumento per il coordinamento tra interessi pubblici e privati, con la finalità dunque di realizzare la *sintesi di due elementi contrapposti*, l'uno *soggettivo* (la salvaguardia dei beni della vita dell'interessato) e l'altro *oggettivo* (l'interesse della collettività al ripristino della legalità violata ed alla rinnovazione della funzione).

Oltre a costituire un utile parametro riferibile non esclusivamente all'azione di annullamento, la prescelta nozione di oggetto consentirebbe di salvaguardare l'*in sè* della giurisdizione amministrativa che si identifica con “*la tutela degli interessi legittimi nei confronti della pubblica amministrazione*” (art. 103 cost.).

Al giudice amministrativo di legittimità compete non solo il potere di annullare un atto, ma anche quello di *conformare* l'azione amministrativa: entro i limiti tracciati dal ricorrente, egli opera come “*giudice degli interessi*”, verificando se possa ritenersi ragionevole la composizione degli interessi, pubblico e privato, operata in sede procedimentale dall'Amministrazione.

La complessità del ruolo del giudice amministrativo si misura sul piano della composizione del conflitto tra l'esigenza di tutelare l'interesse privato all'attribuzione del bene della vita e l'esigenza di tutela dell'interesse pubblico alla legalità dell'azione amministrativa.

Non è più sostenibile l'assunto della naturale “*conflittualità*” tra l'esigenza di tutela della legalità pubblica e l'esigenza di tutela delle situazioni giuridiche soggettive, perchè nulla esclude che una tutela che contribuisce al ripristino della legalità dell'azione amministrativa possa essere anche una tutela effettiva sotto il profilo della protezione dell'interesse individuale.

Una volta che si accetti l'idea della centralità dell'interesse legittimo inteso come compromesso solidaristico tra le esigenze collettive e la pretesa privatistica<sup>703</sup>, vi sono i presupposti per svincolare il giudizio amministrativo da quella concezione formalistica e obiettiva legata all'atto e ai singoli motivi di ricorso verso una dimensione più sostanzialistica e unitaria, e per svolgere un'ulteriore riflessione sulla natura della sentenza

---

<sup>703</sup> Secondo la definizione proposta dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nella nota sentenza n. 12/07.

amministrativa.

\* \* \*

Come sottolineava Benvenuti, la sentenza amministrativa, pur essendo ugualmente soddisfacente dell'interesse pubblico e di quello privato, sia in caso di eliminazione dell'atto sia in caso di sua conferma, non è affatto idonea ad imporre una disciplina del rapporto tra amministrazione e cittadino sostitutiva della disciplina racchiusa nel potere amministrativo: ciò induce ad escludere, quantomeno con riferimento all'ambito della giurisdizione di legittimità, che la sentenza amministrativa abbia natura costitutiva<sup>704</sup>.

Per chiarire quale sia la natura della sentenza amministrativa, appare utile richiamarsi alla soluzione sopra prospettata al problema dell'oggetto del giudizio amministrativo.

Se si riconosce, come a noi pare, che il giudice amministrativo non conosce l'atto né nella sua interezza, né sotto il profilo del “*momento formale dell'atto che si riassume nel problema di validità*”<sup>705</sup>, ma verifica la correttezza della composizione degli interessi pubblici e privati conformando l'esercizio successivo dell'azione amministrativa, si dovrebbe altresì riconoscere che la soluzione più coerente con siffatta nozione di oggetto del giudizio sia quella di qualificare il processo amministrativo di legittimità come *processo dichiarativo*, con conseguente esclusione della natura costitutiva della sentenza<sup>706</sup>.

La sentenza contiene l'accertamento sul bilanciamento degli interessi e la fissazione della *regola agendi* per l'agire amministrativo, ed è assistita da un effetto preclusivo, che però non sarebbe tale da precludere al ricorrente ogni nuova possibilità di agire per l'annullamento<sup>707</sup>.

Secondo l'impostazione qui accolta, il processo amministrativo non può configurarsi come un processo costitutivo necessario avente ad oggetto il diritto potestativo al mutamento giuridico, perché il momento essenziale e qualificante della sentenza amministrativa va individuato, a nostro avviso, nell'elemento conformativo e non in quello costitutivo.

---

704 Cfr. F. Benvenuti, *Giudicato cit.*, 898-899, per il quale la sentenza avrebbe valore soltanto come “fatto” che non può essere trascurata in sede di riemanazione dell'atto.

705 Come invece sostengono tra gli altri F. Benvenuti (*Giudicato cit.*, 898) e A. Romano (*La pregiudizialità cit.*, 277 e ss.).

706 Sostengono la tesi della natura dichiarativa della sentenza amministrativa, tra gli altri, F. Benvenuti, *Giudicato cit.* e E. Ferrari, voce *Decisione giurisdizionale amministrativa*, in *Digesto IV*.

707 Come invece sostiene Cerino Canova, in *La domanda giudiziale cit.*

Come già riferito, il citato autore individua come criterio di identificazione della *res in iudicium deducta* l'“effetto giuridico”, anziché il fatto (atto di esercizio del potere) che si assume aver determinato la produzione dell'effetto, sostenendo che l'azione è unica quanti che siano i fatti costitutivi dell'unica fattispecie di modificazione giuridica; il che consentirebbe di escludere la ripetitività del processo tra le parti in forza dell'estensione della preclusione del giudicato a tutti i fatti rilevanti per l'effetto costitutivo invocato.

La sentenza amministrativa infatti non solo annulla un atto, ma svolge una funzione conciliativa di interessi contrapposti, cioè di controllo e di indirizzo dell'agire amministrativo, verificando mediante l'esame del c.d provvedimento sostanziale e il coordinamento tra atti, quale scelta amministrativa realizzi il migliore bilanciamento di interessi pubblici e interessi privati.

Ne consegue che l'oggetto del giudizio non può vertere unicamente nella questione dell'illegittimità dell'atto ma si incentra sull'accertamento dell'interesse legittimo, che non può ridursi pertanto a mera questione pregiudiziale, né configurare solo il presupposto per l'annullamento dell'atto<sup>708</sup>.

L'aver escluso che il processo amministrativo rientri nella categoria dei processi costitutivi non ci impedisce di svolgere un ultimo rilievo, in relazione all'impossibilità di giungere ad una ricostruzione unitaria del processo civile e del processo amministrativo sotto il profilo dell'impossibilità di identificare l'oggetto del giudizio amministrativo nell'esistenza del potere del privato di modificare la situazione giuridica (tesi peraltro che porterebbe anch'essa ad attribuire all'attività giurisdizionale valore di accertamento)<sup>709</sup>, dal momento che il potere di annullare gli atti illegittimi è riservato all'Amministrazione in quanto titolare dell'interesse protetto direttamente, ossia dell'interesse pubblico.

In definitiva, in accordo con quanto sostiene una certa dottrina civile in relazione al problema dell'impugnazione negoziale<sup>710</sup>, si può ritenere che la sentenza di annullamento di atti amministrativi non riveste natura costitutiva per due ragioni: perchè essa non incide sulla disciplina sul rapporto tra le parti, che rientra esclusivamente nella disponibilità dell'Amministrazione, ed inoltre perchè essa svolge una funzione di verifica sulla correttezza del bilanciamento dei interessi pubblici e privati che ha trovato forma nell'atto o degli atti impugnati.

\* \* \*

L'interesse legittimo entra nel processo attraverso la ricostruzione degli interessi proposta dal ricorrente, ossia mediante la rappresentazione di un tipo di relazione tra interessi che, con le singole censure, il ricorrente intende contrapporre a quella formalizzata nel provvedimento impugnato.

Mediante i motivi di ricorso, il ricorrente sollecita al giudice il controllo sulla

---

708 Ad esempio, per realizzare la conciliazione tra interesse privato ed il interesse pubblico, non si comprende come possa riconoscersi rilevanza all'interesse legittimo solo come titolo di legittimazione al ricorso, come invece sostiene A. Romano, *La pregiudizialità cit.*, 277 e ss.

709 Tra gli autori che sottolineano il collegamento tra processo costitutivo e potere del privato si ricorda Hellwig, Allorio, Cassarino, Chiovenda.

710 Cfr. I. Pagni, *Le azioni di impugnativa negoziale. Contributo allo studio della tutela costitutiva*, Milano 1998.

correttezza del bilanciamento tra interessi pubblici e privati operato in sede amministrativa e, in caso di accoglimento del ricorso, con la pronuncia giudiziale il giudice detterà la regola di comportamento per l'Amministrazione che dovrà procedere ad un nuovo bilanciamento di interessi.

L'interesse legittimo entra così nel processo attraverso la ricostruzione degli interessi proposta dal ricorrente, ma a costituire l'oggetto del giudizio non è l'interesse legittimo affermato, ma l'interesse legittimo accertato dal giudice; in altri termini, oggetto dell'accertamento giudiziale non è la pretesa prospettata dal ricorrente, bensì la pretesa come viene interpretata dal giudice.

La proposta definizione di oggetto del processo amministrativo di legittimità conduce ad alcune rilevanti conseguenze.

Il criterio dell'interesse legittimo modella *il dovere decisorio del giudice*, improntandolo alla logica del coordinamento e non a quella della conflittualità tra interessi contrapposti, tipica del modello processuale di tutela dei diritti soggettivi.

Il coordinamento tra interessi rappresenta un momento fondamentale verso il superamento dello schema formale dell'atto impugnato e l'affermarsi della nozione di provvedimento sostanziale<sup>711</sup>.

Il coordinamento tra atti consente al giudice di andare oltre la frammentazione del materiale cognitorio nel giudizio e di individuare nella pluralità degli atti formali la lesione del medesimo interesse legittimo affermata dal ricorrente con le censure formulate nel ricorso.

Se si identifica l'oggetto del giudizio nell'“unico” interesse legittimo, ne discende che, in ordine al medesimo interesse legittimo, non si configurano altrettante azioni di annullamento quanti sono i vizi dell'atto (e dunque un'ipotesi di cumulo oggettivo di domande), ma un'unica azione pur in presenza di una pluralità di vizi.

La questione della rilevanza dei vizi-motivi del ricorso è al centro del dibattito dottrinale sull'oggetto del giudizio: in particolare, si discute se ai vizi-motivi vada riconosciuto valore di elemento identificativo dell'azione da accertarsi in via principale oppure valore di semplice questione pregiudiziale, rientrante nella motivazione e oggetto di

---

711 La nozione di coordinamento rilevante nel processo amministrativo non è solo la “connessione oggettiva” come tradizionalmente intesa nel processo civile, ossia come connessione per identità del titolo e/o del petitum, ma soprattutto la “*connessione per così dire funzionale*” tra i provvedimenti impugnati, che ha riguardo all'unitarietà della lesione dell'interesse del ricorrente, né si potrebbe escludere la rilevanza di una forma di connessione fattuale fondata su un legame di mero fatto tra le varie controversie: cfr. M. Romajoli, *La connessione nel processo amministrativo*, Milano 2003, 57.

accertamento meramente incidentale<sup>712</sup>.

Da tale scelta discendono conseguenze diverse: mentre nella prima ipotesi, si profilano tanti diritti all'annullamento e tante azioni d'impugnazione quanti sono i vizi (come avviene nel caso di azioni di impugnazione di atti privatistici), nella seconda ipotesi alla pluralità di vizi corrisponde un unico diritto all'annullamento e un'unica azione.

\* \* \*

E' evidente che, se si assume la struttura unitaria dell'azione, i motivi si confondono nella produzione dell'effetto finale, quali elementi "fungibili" di un'unica causa petendi.

Le implicazioni sono varie, non solo perchè la questione della rilevanza dei motivi condiziona la definizione della nozione di capo della sentenza da assumere ai fini dell'appello<sup>713</sup>, ma anche perchè l'alternativa tra unitarietà dell'azione o cumulo di azioni può essere altresì assunta come criterio interpretativo di diversi istituti della disciplina del processo amministrativo.

Le ipotesi di impugnazione di più atti per connessione oggettiva, tradizionalmente inquadrate come cumulo oggettivo di azioni (si pensi ad istituti come i c.d. motivi nuovi, i motivi aggiunti, il ricorso collettivo, il ricorso cumulativo, il ricorso incidentale<sup>714</sup>) si

---

712 In particolare, Romano ridimensiona il vizio-motivo a questione pregiudiziale, ma ammette che ad esso si estenda il giudicato, in virtù di una asserita funzionalità dei motivi alla determinazione dei limiti oggettivi della decisione, nel senso che detti motivi svolgerebbero soltanto una funzione di integrazione e non di determinazione dell'oggetto stesso.

La critica che si può muovere a quest'ultimo indirizzo riguarda la difficoltà di cogliere la differenza tra funzione integrativa e funzione identificativa dell'oggetto del giudizio, nonché la distanza che si crea tra l'oggetto dell'accertamento rappresentato dalla legittimità od illegittimità del provvedimento impugnato e l'oggetto del giudicato che si vuole delimitato non dal solo dispositivo della sentenza ma anche dalla sua motivazione; se si ammette che l'oggetto del giudizio e del giudicato è costituito dall'illegittimità in rapporto al vizio dedotto, si dovrebbe altresì riconoscere che il giudice accerti legittimità o l'illegittimità in relazione a quel vizio dell'atto solo a condizione di ricomprendere il motivo di ricorso direttamente nell'oggetto del giudizio come suo elemento costitutivo, e non semplicemente collegato.

713 L'accettazione della tesi dell'unicità dell'azione che configura i motivi come elementi fungibili di un'unica causa petendi fornisce una utile chiave di lettura per l'interpretazione di figure processuali come quella di capo della sentenza rilevante ai fini dell'appello: anziché essere identificata con il singolo vizio di illegittimità fatto valere nel ricorso (sul rilievo che a ciascun vizio esaminato nella sentenza corrisponde un distinto capo), la nozione di capo di sentenza verrebbe ad essere conformata in base al criterio dell'utilità che l'accoglimento di una censura può recare al ricorrente.

In tal ultimo senso, M. Nigro, *L'appello cit.*, 417: "Capo è quindi non ogni soluzione di questione, ma solo quella soluzione che arreca rispettivamente un vantaggio e un pregiudizio qualificato (soccumbenza) che tendono a consolidarsi, da valutare in relazione al tipo di sentenza".

714 Al fine di realizzare la parità delle parti nel giudizio, si potrebbe ipotizzare *de iure condendo* la configurazione di un modello processuale da citazione, con la parallela previsione della domanda riconvenzionale a favore dell'Amministrazione, alla quale oggi compete la sola difesa del suo operato entro i limiti fissati con ricorso introduttivo, senza alcuna possibilità di ampliamento dei termini della controversia.

La vigente legge processuale amministrativa conosce solo il ricorso incidentale (contro l'atto) e nulla dispone sulla domanda riconvenzionale che costituisce domanda nuova ed autonoma.

La giurisprudenza è giunta a riconoscere la proponibilità della domanda riconvenzionale solo nelle vertenze su diritti devolute alla giurisdizione esclusiva, mentre nell'ambito della giurisdizione di legittimità si riconosce alla parte resistente solo la possibilità di formulare un'eccezione riconvenzionale per paralizzare la domanda del ricorrente, che tuttavia non dà luogo ad un accertamento coperto dal giudicato.

prestano ad essere rivisitate secondo la logica dell'unitarietà dell'azione, come manifestazione di esercizio di un'unica azione identica nel petitum e nella causa petendi.

Con particolare riguardo all'istituto dei motivi aggiunti e alla conseguente possibilità di modificare la domanda facendo valere sia vizi ulteriori del provvedimento impugnato, sia vizi di altri provvedimenti “adottati in pendenza del ricorso tra le stesse parti, purchè connessi all'oggetto del giudizio stesso” (art. 21, comma 1, legge tar), è controverso se la proposizione dei motivi aggiunti dia luogo ad una “nuova azione” oppure se configuri l'esplicazione della “medesima azione” già esercitata con il ricorso principale.

E' evidente che la scelta, se identificare l'impugnazione di atti diversi con un autonomo giudizio oppure far confluire nel giudizio già pendente avverso il primo atto, dipende dalla nozione di oggetto del giudizio, inserendosi la questione nella più generale problematica del rapporto tra l'azione ed il vizio dell'atto.

Se si aderisce alla tesi dell'unicità dell'azione, si assume come criterio di identificazione dell'azione non i vizi-motivi ma il pregiudizio subito dal ricorrente oppure, secondo una diversa prospettiva, la peculiarità del vantaggio che la decisione giudiziale può arrecare al ricorrente.

Le conseguenze che si traggono sono rilevanti, perchè oltre al venir meno del ruolo centrale del provvedimento (considerato “*mero veicolo della lesione*”) viene dequotato il principio della rigidità della domanda, sostituendosi all'immutabilità del thema decidendum il principio della unicità della lesione.

L'affermazione dell'unicità dell'azione è in linea con quell'indirizzo giurisprudenziale che esclude si possa configurare l'aggiunzione di motivi come un nuovo ricorso tale da richiedere il rispetto dei requisiti previsti per la proposizione di un autonomo ricorso, compreso l'obbligo di un specifico mandato al difensore, *sul rilievo che nel ricorso originario sarebbero già ricompresi tutti i poteri processuali finalizzati alla rimozione della lesione subita dal ricorrente.*

Conforme all'esigenza di operare nell'ambito di un unico processo quell'esame contestuale di tutti i profili di lesività dell'azione amministrativa, alla quale si riferisce la nozione di “provvedimento sostanziale”, la proposizione di motivi aggiunti non sembra qualificabile come una nuova azione, né come una modificazione dell'azione originariamente proposta sotto il profilo del petitum, ma piuttosto sia riconducibile

---

Anziché richiamare la nozione di domanda riconvenzionale, che si caratterizza per l'attinenza a profili relativi al rapporto e che male si concilia con l'impianto impugnatorio del giudizio di legittimità, sembra preferibile utilizzare anche in questa ipotesi la nozione di coordinamento e valorizzare la possibilità di impugnare con il ricorso incidentale anche atti diversi, purchè connessi o presupposti dell'atto impugnato dal ricorrente principale.

all'azione inizialmente esercitata: questo perchè se il riferimento principale è la pretesa sostanziale azionata in giudizio, gli atti successivi e diversi da quello inizialmente impugnato divengono suscettibili di impugnazione per connessione oggettiva sopravvenuta, in quanto “*episodi della medesima lesione dell'interesse del ricorrente*”<sup>715</sup>.

Nell'attesa della decisione dell'Adunanza Plenaria, alla quale è stata di recente deferita la questione della configurabilità dei motivi aggiunti come impugnazione autonoma e della conseguente inapplicabilità della dimidiazione prevista per particolari materie dall'art. 23 bis della legge tar<sup>716</sup>, ci si limita a osservare come alcune recenti interpretazioni giurisprudenziali, come quella favorevole ad ammettere il carattere autonomo dell'aggiunzione dei motivi nonchè quella che ha costruito la figura dell'improcedibilità del ricorso per sopravvenuta carenza di interesse in caso di sopravvenuto provvedimento non soddisfacente divenuto inoppugnabile, sono espressione di una ormai superata concezione formalistica del giudizio amministrativo di legittimità, fondata sulla frammentazione dell'azione giudiziale<sup>717</sup>.

L'indagine sull'istituto dei motivi aggiunti evidenzia come si stia sviluppando una nuova concezione dinamica e sostanzialistica dell'oggetto del processo come nuova entità flessibile e non rigida, nel cui ambito l'atto lascia lo spazio a nuove nozioni come quella di “attività amministrativa” e di “operazione amministrativa”, riducendosi a mera “*occasione*” che rende possibile il sindacato del giudice sull'esercizio del potere.

La soluzione della questione impone una scelta di fondo che attiene all'oggetto del giudizio perchè, solo accogliendo la concezione del “*ricorso preordinato all'integrale ed unitario soddisfacimento dell'interesse dedotto*”, si potrebbe escludere per i motivi aggiunti l'applicabilità del termine di impugnativa previsto dal ricorso introduttivo ed estendere ai medesimi la portata dell'originaria procura originaria.

\* \* \*

---

715 Cfr. Cons. st., sez. IV, 11 ottobre 2007 n. 5354 che in forza del cennato principio ha escluso l'onere del ricorrente di conferire un mandato ad hoc per introdurre i motivi aggiunti, ritenendo il mandato originario già comprensivo di tutti i poteri processuali finalizzati alla rimozione della lesione subita dal ricorrente.

Per l'opposto indirizzo che conferisce autonoma rilevanza al ricorso per motivi aggiunti, cfr. Cons. st., sez. VI, 22 giugno 2004 n. 456, che ha escluso l'idoneità della dichiarazione di inammissibilità del ricorso introduttivo ad incidere sulla sorte delle impugnazioni successive.

716 Cfr. Cons. st., sez. V, ord. 12 dicembre 2009 n. 7793.

In giurisprudenza esiste un contrasto tra indirizzi circa l'ammissibilità del carattere di autonoma impugnazione dei motivi aggiunti: a favore della qualificazione dei motivi aggiunti come impugnazione autonoma, cfr. Cons. st., sez. VI, 2006 n. 6990; Cons. st., sez. IV, del 2008 n. 1543; Cons. st., sez. IV, 2008 n. 2187.

717 La Sezione V del Consiglio di Stato, nella sopra citata ordinanza di rimessione alla Plenaria, rileva inoltre che in conseguenza del riconoscimento del carattere autonomo dell'aggiunzione dei motivi sarebbe del tutto ingiustificata la garanzia di un più lungo termine di impugnativa, specie nei casi in cui il nuovo provvedimento non implichi la proposizione di motivi diversi rispetto a quelli del ricorso originario (si pensi ad esempio all'atto di aggiudicazione definitiva in materia di appalti pubblici).

Ad analoghe considerazioni si presta l'esame della figura della cessazione della materia del contendere prevista dall'art. 23 della legge tar.

Secondo il consolidato insegnamento giurisprudenziale, la sentenza che dichiara la cessazione della materia del contendere si caratterizza per il contenuto di accertamento nel merito della pretesa vantata; siffatta decisione non ha valenza processuale, perchè conterrebbe l'“*accertamento relativo al rapporto amministrativo controverso ed alla pretesa sostanziale vantata dall'interessato*”<sup>718</sup>.

Stante il chiaro disposto del citato art. 23, il giudice amministrativo non potrebbe pronunciare la cessazione della materia del contendere in presenza di un provvedimento sopravvenuto non soddisfacente della pretesa del ricorrente<sup>719</sup>; purtuttavia, secondo la consolidata giurisprudenza amministrativa, tale provvedimento, proprio in quanto tale, pur non determinando la cessazione della materia del contendere, richiederebbe comunque una nuova impugnazione, alla cui omissione conseguirebbe l'improcedibilità del ricorso per sopravvenuta carenza di interesse.

Tale indirizzo giurisprudenziale conduce a gravi conseguenze, sia sotto il profilo del rispetto del principio della parità processuale fra le parti, dal momento che finisce per porre l'Amministrazione in una posizione di supremazia sulla sorte del processo, affidandole il potere di condizionare l'esito del processo con una determinazione unilaterale anche non soddisfacente dell'interesse del ricorrente, sia sotto il profilo del rispetto della ragionevole durata del processo, considerato che il meccanismo congenito dalla giurisprudenza allunga i tempi processuali per addivenire alla definizione della controversia.

Una linea interpretativa meno formalistica suggerirebbe invece di escludere che l'esercizio del potere di provvedere da parte dell'Amministrazione, nel corso del giudizio pendente ed in termini non soddisfacenti per il ricorrente, fosse in grado di influire sul processo instaurato mediante l'impugnativa dell'atto originario, con conseguente possibilità di prosecuzione del processo fino alla pronuncia di merito<sup>720</sup>.

\* \* \*

---

718 In tale prospettiva, la giurisprudenza amministrativa richiede la concorde dichiarazione del ricorrente e dell'Amministrazione in ordine alla soddisfazione dei provvedimenti successivi adottati nelle more del giudizio, fermo restando il dovere del giudice di qualificare correttamente gli effetti derivanti dall'adozione di siffatti provvedimenti successivi: “*le parti non sono cioè arbitre della formula terminativa del processo che spetta al giudice pronunciare interpretando la loro condotta processuale*”: cfr. Cons. st., sez. V, 12 dicembre 2009 n. 7800; Cons. st., sez. VI, 2008 n. 2618; Cons. st., sez. V, 2007 n. 4449.

Di contro, nel senso che la valutazione dell'interesse alla prosecuzione dell'azione spetterebbe unicamente al ricorrente: cfr. sentenza 31 dicembre 2009 n. 9292.

719 Cfr. E. Casetta, *Manuale diritto amministrativo*, Milano 2003, 753.

720 Questa soluzione sostanzialistica appare più rispettosa del diritto di difesa, se si ammette che il destinatario dell'atto sopravvenuto possa impugnarlo con lo strumento dei motivi aggiunti nello stesso giudizio già instaurato sull'atto originario, senza dover instaurare un nuovo giudizio.

Al principio del coordinamento dovrebbe ispirarsi pure la decisione del giudice di seguire un certo ordine nella trattazione dei motivi di ricorso: escluso che al dovere decisorio del giudice sia correlato l'obbligo di esaminare tutti i motivi di ricorso e che esista un sistema di regole precostituite, la decisione di trattazione dei motivi, che già identifica l'interesse legittimo violato, dovrebbe rimanere *una prerogativa del giudice* e conformarsi alla logica del coordinamento di interessi, pubblici e privati, che realizza la tutela dell'interesse legittimo.

E' evidente che è diverso il vizio il cui esame viene ritenuto pregiudiziale dal giudice amministrativo, a seconda che venga assunto a criterio discrezionale l'interesse pubblico al ripristino della legalità oppure l'interesse sostanziale del privato: ad esempio, mentre in base al primo criterio si potrebbe riconoscere valore assorbente al motivo formale, in base al secondo criterio il giudice sarebbe portato ad esaminare con priorità il vizio sostanziale, come ad esempio la censura relativa alla mancata esclusione dell'impresa aggiudicataria, in considerazione del fatto che l'aggiudicazione della gara rappresenta, nell'ottica del ricorrente, *un vantaggio maggiore rispetto alla ripetizione della gara*, tenuto conto in tale ultima ipotesi dell'incertezza circa la vittoria della gara da parte del ricorrente.

Più in generale, secondo lo schema soggettivistico, al giudice sarebbe richiesto di seguire una gerarchia di motivi che coincide con l'ordine indicato dal ricorrente, e dunque di pronunciarsi con priorità sui motivi di ricorso diretti a conseguire la più ampia reintegrazione dell'interesse del ricorrente. L'impostazione però non convince perchè non sembra corretto riconoscere precedenza assoluta ai vizi sostanziali rispetto a quelli formali con i quali si introduce all'interno del processo il profilo dell'interesse pubblico al ripristino della legalità violata.

La complessità dei rapporti tra poteri della parte e dovere del giudice in materia di ordine di esame dei motivi di ricorso suggerisce di non assolutizzare né il principio dispositivo né il potere officioso del giudice.

L'assorbimento dei motivi può ritenersi una tecnica legittima, quando sia *“espressione consapevole del potere di controllo esercitato dal giudice amministrativo sull'esercizio della funzione pubblica”*, e non *“frutto di arbitrio o causalità giudiziaria”*<sup>721</sup>.

In quanto tecnica legittima che non svincola il principio dispositivo, l'assorbimento meriterebbe di essere valorizzata come la sede di quel giudizio preliminare finalizzato alla determinazione dell'oggetto della domanda giudiziale.

Si può allora sostenere che, come nella fase istruttoria, anche in quella decisoria

---

721 Cfr. Cons. st., sez. V, 6 aprile 2009 n. 2143.

operi un principio acquisitivo, considerato che è dall'interpretazione dei motivi ad opera del giudice e non dai motivi, configuranti fatti costitutivi di un'unica domanda, che si ricava la determinazione dell'oggetto della domanda.

Il giudice amministrativo dovrebbe interpretare i motivi di ricorso secondo la logica del coordinamento, applicando la regola dell'assorbimento anche con riferimento a censure che siano rivolte non contro lo stesso atto, ma anche ad *atti diversi*, ancorchè legati da un nesso di presupposizione e comunque connessi.

Inoltre, il giudice amministrativo dovrebbe evitare di piegarsi alla logica della tutela dei diritti, evitando così di ritenersi vincolato ad un certo ordine di motivi voluto dal ricorrente.

In particolare, l'assorbimento di alcuni motivi di ricorso non si presta a valutazioni di favore verso il modello risarcitorio, come sostiene un originale indirizzo della Sezione Sesta del Consiglio di Stato<sup>722</sup>, peraltro criticata da altre Sezioni dello stesso Consiglio<sup>723</sup>, secondo cui per assorbire un motivo deve essere evidente che dall'accoglimento della censura assorbita non possa derivare alcun vantaggio al ricorrente neanche sotto il profilo risarcitorio.

Il giudice non dovrebbe cioè dare priorità all'esame di quei motivi dal cui accoglimento “*derivi un effetto pienamente satisfattivo della pretesa*”, riconoscendo la pregiudizialità assoluta dell'esame dei vizi sostanziali su quelli formali.

Tale principio giurisprudenziale è senz'altro criticabile, perchè il riconoscimento al processo amministrativo della funzione di dare al ricorrente, mediante l'annullamento dell'atto, tutto ciò che gli spetta, anche sotto il profilo risarcitorio, risponde ad un modello di giudizio di spettanza del tutto estraneo all'impianto tradizionale del giudizio di legittimità.

\* \* \*

La soluzione proposta ci induce a svolgere alcune ulteriori considerazioni sul tema del c.d. primato dell'azione di annullamento e dei rapporti tra azione di annullamento e azione di risarcimento.

Al riguardo si ritiene che il giudizio impugnatorio debba essere considerato la sede privilegiata per quella verifica del bilanciamento tra interesse privato e interesse pubblico, che invece rimane preclusa al giudice del giudizio risarcitorio: in tanto si può affermare il primato dell'azione di annullamento rispetto all'azione risarcitoria, in quanto si può identificare nell'azione di annullamento dell'atto lo strumento più valido di tutela

---

722 Cfr. Cons. st., sez. VI, 25 gennaio 2008 n. 231.

723 Cfr. Cons. st., sez. V, 6 aprile 2009 n. 2143 e Cons. st., sez. I, 15 settembre 2009 n. 5346.

dell'interesse legittimo.

Solo la tutela costitutiva realizza, mediante l'annullamento dell'atto (o degli atti impugnati), l'equilibrio tra interessi contrapposti mediante l'individuazione della regola di composizione del conflitto tra gli stessi interessi.

Come afferma autorevole dottrina<sup>724</sup>, *“neppure l'interesse pubblico coincide con l'interesse obiettivo della giurisdizione giacchè esso è l'interesse particolare che si determina rispetto alla fattispecie reale”*; *“poiché l'interesse pubblico è parziale, l'altra parte non può essere che l'interesse privato. E quindi, attraverso la controversia sull'atto, viene cercata quella composizione tra interesse pubblico e l'interesse particolare che può corrispondere a quella formulata nell'atto stesso oppure anche non corrispondervi”*.

Non è che la controversia sia in funzione di una validità oggettiva dell'atto, quanto piuttosto che questa validità è *“in funzione della conciliazione degli interessi prevista dalla norma”*.

Poiché è l'atto che dà la misura della conciliazione di questi interessi e la soluzione del conflitto non è risolutiva in senso sostanziale del conflitto, ma solo dal punto di vista della validità formale dell'atto, verrebbe svilita la naturale funzione conciliativa di interessi contrapposti propria del giudizio amministrativo di legittimità qualora tale giudizio si piegasse alle logiche della spettanza.

Tale ultimo rilievo conduce ad evidenziare l'inadeguatezza del giudizio di legittimità alla conoscibilità ed alla soluzione delle questione risarcitorie.

Nel giudizio di legittimità non vi è spazio per le conoscibilità delle questioni risarcitorie a causa della mancanza dei presupposti sostanziali.

Come ha rilevato lo stesso giudice amministrativo, il giudizio risarcitorio da provvedimento illegittimo si atteggia a *“giudizio di spettanza di natura virtuale”*, con finalità esclusivamente compensative, avente ad oggetto l'accertamento della lesione di un diritto.

Tali rilievi conducono a riconoscere al rimedio risarcitorio un connotato di *“autonomia”*, ma non nel senso di negazione della regola della pregiudizialità, ma alludendo al diverso regime di cognizione giurisdizionale, il quale comporta che in sede di cognizione della domanda risarcitoria non si perseguono direttamente risultati provvedimenti, né ogni altra forma di tutela specifica, bensì la tutela di un diritto<sup>725</sup>.

---

724 Cfr. F. Benvenuti, *Giudicato cit.*, 898 e 900, nota 20.

725 Cfr. Cons. st., sez. IV, 21 aprile 2009 n. 2435, con nota di F. Cortese, *Il danno da provvedimento illegittimo e il “dover essere” del procedimento*, in *Giorn. dir. amm.* n. 10/2009, 1060 e ss.

In applicazione del principio affermato, il Consiglio di Stato conferma la tesi originale dei primi giudici

Di conseguenza, data l'autonomia della cognizione della domanda risarcitoria, dovrebbero essere rispettati gli ordinari principi dell'onere della prova, non potendosi invocare l'esercizio del generale metodo acquisitivo tipico del giudizio di annullamento<sup>726</sup>: l'azione risarcitoria andrebbe quindi soggetta al principio dell'onere della prova con conseguente onere in capo al ricorrente di dimostrare la fondatezza della sua pretesa, non diversamente da quanto avviene in ogni altro processo avente ad oggetto diritti<sup>727</sup>.

Dopo la sentenza n. 500/99 della Cassazione che ha riconosciuto la risarcibilità dei danni per lesione di interessi legittimi, la giurisprudenza amministrativa ha cercato di difendere il modello tradizionale del processo di legittimità improntato alla difesa della posizione di sovraordinazione dell'Amministrazione nei confronti della forza "eversiva" del giudizio risarcitorio, come dimostra l'atteggiamento di netta chiusura del giudice amministrativo alla tesi dell'autonoma esperibilità dell'azione risarcitoria<sup>728</sup>.

---

sull'irrelevanza della sopravvenuta improcedibilità delle domande costitutive in merito alla cognizione della domanda risarcitoria, e per tale via accoglie la ricostruzione del cumulo oggettivo di domande come *litisconsorzio unitario facoltativo*.

726 Cfr. Cons. st., sez. IV, 21 aprile 2009 n. 2435.

727 Suscita critiche pertanto il ricorso a criteri forfettari ai fini della determinazione del quantum debeatur il quale, inquadrandosi in un logica indennitaria, male si concilia con il regime della prova nel sistema della responsabilità civile: critiche nei confronti dell'utilizzo di criteri forfettati, come quello del 10 %, desunte da alcune disposizioni in tema di lavori pubblici, si rinvencono nella stessa giurisprudenza amministrativa che ha ritenuto tale tecnica risarcitoria un "*rimedio inappagante*" che sconta "*il vizio d'origine di un costrutto argomentativo che nasce all'interno della logica indennitaria e non si concilia affatto con il regime della prova nel sistema della responsabilità civile in genere e della p.a. amministrativa in particolare*"; in applicazione di questo principio è stato affermato che il ricorrente dovrebbe fornire in giudizio una prova rigorosa della percentuale di utile effettivo che egli avrebbe conseguito se fosse risultato aggiudicatario dell'appalto (cfr. tra le altre Cons. st., 7 aprile 2009, 2143; e, in senso conforme, Cons. st., sez. V, 2008 n. 2967, Cons. st., 5 aprile 2005 n. 1563; Cons. st. sez. VI, 4 aprile 2003 n. 478); analoghe considerazioni possono essere svolte nei riguardi del ricorso alla c.d. sentenza sui criteri di liquidazione di cui all'art. 35 co. 2 del d.lgs n. 80/98, la quale disposizione, postulando che sia accertata l'esistenza del danno, non potrebbe essere strumentalizzata per eludere l'obbligo di allegazione dei fatti costitutivi del diritto al risarcimento del danno.

728 La teoria della tutela risarcitoria autonoma si ispira al modello della giurisdizione soggettiva e presenta profili di pericolosità per la sopravvivenza del giudice amministrativo.

Le maggiori preoccupazioni riguardano la violazione dei principi di buon andamento e di legalità dell'azione amministrativa, specie in ragione del riconoscimento a favore del privato leso di un potere di scelta tra le due azioni in questione che finisce per tradursi in una sorta di "consolidazione" dell'illegittimità del provvedimento amministrativo (oltre che nella monetizzazione dell'illegittimità stessa).

Particolarmente grave è il rischio che mediante la sostituzione dell'azione risarcitoria a quella di annullamento, venga compromesso il controllo giurisdizionale della legalità dell'azione amministrativa in ambiti di fondamentale rilevanza, come quello delle appalti pubblici ed, in particolare, delle grandi opere, in nome del principio della prevalenza del risultato sulla legalità.

Suscitano perplessità, sotto il profilo della legittimità costituzionale, anche alcuni recenti alcuni interventi legislativi favorevoli a configurare la tutela risarcitoria come esclusiva forma di tutela a discapito della rimozione dell'illegittimità in nome dell'esigenza di accelerazione delle procedure amministrative, dal momento che la tutela dell'interesse pubblico da parte del giudice amministrativo dovrebbe avvenire esclusivamente con strumenti che, anziché consentire il perpetrarsi delle violazioni di legge (come il rimedio risarcitorio per equivalente), impediscano che la violazione produca effetti (così il rimedio della sospensione e dell'annullamento).

Come osserva la Corte Costituzionale "*le forme di riparazione economica*", quali il risarcimento del danno o le indennità riconosciute dalla disciplina privatistica (nel caso concreto, a favore del lavoratore ingiustificatamente licenziato), "*non possono rappresentare nel settore pubblico strumenti efficaci di tutela degli interessi collettivi lesi da atti illegittimi di rimozione di dirigenti amministrativi*": cfr. Corte cost. n. 351

Tuttavia, il riconoscimento del potere del giudice amministrativo di compiere un giudizio sul comportamento illecito dell'Amministrazione ha scalfito la solidità dell'impianto impugnatorio del processo amministrativo di legittimità.

Nel giudizio risarcitorio non si compie un giudizio sull'atto e sul corretto uso del potere, perchè ciò che viene in gioco non è l'illegittimità del provvedimento amministrativo ma la liceità della condotta della p.a. al quale si ricollega l'emergere di una situazione giuridica qualificabile in termini di diritto soggettivo di credito e non di interesse legittimo.

Stante la difficoltà di inquadrare le controversie risarcitorie entro l'impianto impugnatorio del giudizio di legittimità, diventa difficile ipotizzare la concentrazione nell'ambito dello stesso giudizio di legittimità delle due tutele, quella costitutiva e quella risarcitoria.

La questione che si pone riguarda l'individuazione del tipo di relazione tra la valutazione dell'illegittimità dell'atto e l'illiceità della condotta, tra oggetto del giudizio di impugnazione e giudizio risarcitorio.

Secondo una discutibile tesi della Cassazione<sup>729</sup>, che sottende l'aspirazione ad un ritorno alla giurisdizione del giudice ordinario come giudice naturale competente a conoscere le questioni risarcitorie, dall'individuazione dell'oggetto del giudizio risarcitorio nel diritto ad ottenere il risarcimento del danno discenderebbe la conoscibilità dei singoli aspetti della fattispecie dell'illecito e quindi anche dell'illegittimità dell'atto solo come questioni pregiudiziali, oggetto cioè di un accertamento solo incidentale.

L'affermazione suscita perplessità perchè non si vede come la questione relativa all'accertamento dell'illegittimità dell'atto, proprio perchè contribuisce alla valutazione complessiva sul comportamento del responsabile insieme al danno *contra jus* e all'elemento soggettivo, non debba essere assunta come componente principale del *thema decidendum*, come tale oggetto di accertamento principale da parte del giudice investito della questione risarcitoria.

Dal punto di vista della giurisdizione del giudice amministrativo di legittimità, la questione dovrebbe essere impostata diversamente, e cioè verificando quale sia il fondamento che meglio giustifichi la competenza del giudice di legittimità a conoscere del diritto al risarcimento del danno non in via incidentale, come ogni altra questione sui diritti, bensì *in via principale* e *in contestualità* con la cognizione della questione della legittimità del provvedimento impugnato: diversamente, ipotizzando cioè l'esperibilità del rimedio

---

del 24 ottobre 2008 in materia di spoils system.

729 Cfr. Cass., sez. un., 28 dicembre 2008 n. 30254.

risarcitorio autonomo davanti al giudice amministrativo, verrebbe svilita la funzione del giudizio amministrativo di legittimità di tutelare degli interessi legittimi<sup>730</sup>.

Un ulteriore profilo problematico attiene alla questione del riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo e discende dalla premessa di fondo secondo cui nel giudizio risarcitorio il soggetto leso dal provvedimento fa valere un vero e proprio diritto di credito e non un interesse legittimo.

Se ciò è vero, si dovrebbe riconoscere che l'art. 7 della legge tar configuri *una nuova materia di giurisdizione esclusiva*, perchè solo nelle materie di giurisdizione esclusiva il giudice amministrativo può conoscere le controversie risarcitorie relative alla lesione di diritti<sup>731</sup>.

Questa interpretazione genera tuttavia nuovi dubbi sotto il profilo della legittimità costituzionale della norma, ponendosi in contrasto con i principi affermati dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 204 del 2004, che ha configurato il risarcimento del danno come uno strumento di tutela ulteriore rispetto al rimedio demolitorio e non una materia di giurisdizione esclusiva.

Ragionando diversamente, e cioè sottolineando il fatto che il giudicato risarcitorio si forma *sempre* su un *diritto soggettivo al risarcimento*, sia leso un diritto soggettivo o un interesse legittimo, pare fondato chiedersi se non sia più giusto che di questo diritto conosca il “*giudice naturale dei diritti*”, ossia il giudice ordinario<sup>732</sup>.

\* \* \*

Da ultimo, l'accoglimento della tesi sull'oggetto del giudizio amministrativo come accertamento della corretta composizione degli interessi ci conduce infine ad affrontare la questione della natura ascrivibile al giudizio di ottemperanza.

Nella recente giurisprudenza amministrativa, si evidenzia l’“asimmetria” del giudizio di ottemperanza rispetto al processo esecutivo civile: in particolare, si afferma che il giudizio di ottemperanza, essendo finalizzato alla verifica dell'esatto adempimento da parte dell'Amministrazione dell'obbligo di conformarsi agli obblighi derivanti dalla sentenza, presenterebbe “*connotati misti sui generis, grazie alla coesistenza, in misura sensibile, di una sfera di cognizione*”.

---

730 Ammissione del rimedio risarcitorio autonomo equivarrebbe infatti a mancata soddisfazione dell'interesse collettivo ed insieme rinuncia alla tutela dell'interesse legittimo: cfr. M. Magri, *L'incostituzionalità dello spoils system e la reintegrazione del dirigente cit.*

731 Cfr. F. Scoca, *Divagazioni su giurisdizione azione risarcitoria nei confronti della p.a.*, in Dir. proc. amm. n. 1/2008, 10 e 13.

732 Sulla necessità che il giudice ordinario si riappropri delle controversie da lesione dell'interesse legittimo con riserva al giudice amministrativo delle sole controversie sui diritti patrimoniali consequenziali: cfr. F. Volpe, *Pregiudizialità amministrativa alla luce del principio di consequenzialità e del principio di eventualità*, in Foro amm. (Cons. st.) 2008, 1940.

Questo orientamento giurisprudenziale muove dalla premessa che spesso il giudicato amministrativo pone una regola implicita o incompleta che spetta al giudice dell'ottemperanza esplicitare o completare, dando un contenuto concreto all'obbligo conformativo che discende dalla sentenza, secondo la nota teoria di Nigro sul c.d. giudicato a formazione progressiva.

Sotto il profilo dell'effettività della tutela giurisdizionale, l'esigenza di un accertamento pieno ci porterebbe ad escludere la possibilità per il giudice di ottemperanza di sopperire alle carenze della fase di cognizione del giudizio nella fase esecutiva, anche al fine di non rendere ancora più indefiniti i confini tra cognizione ed esecuzione.

Tuttavia, senza voler configurare il giudizio di ottemperanza come una prosecuzione del giudizio amministrativo, andrebbe riconosciuta a nostro avviso al giudice di ottemperanza una "*funzione integrativa del giudicato*", in virtù della vocazione naturale di giudice degli interessi legittimi.

Anche il giudizio di ottemperanza, come quello di legittimità, ha come fine la soddisfazione dell'interesse legittimo, da intendersi non come interesse coincidente con l'esecuzione del giudicato ma sempre come contemperamento di interessi diversi, anche di quelli pubblici che emergono nell'esercizio della discrezionalità *residua*.

L'accoglimento di tale prospettiva rende difficile accettare quell'indirizzo evoluto che, sulla base della qualificazione del giudizio di ottemperanza come processo esecutivo, ravvisa in capo al ricorrente vittorioso la titolarità di un diritto soggettivo all'ottemperanza, anziché di un interesse legittimo<sup>733</sup>.

Non si vede come la forza del giudicato possa andare oltre il rafforzamento dell'interesse legittimo che consegue alla possibilità per il ricorrente di pretendere che l'Amministrazione proceda all'esecuzione della sentenza amministrativa, fino ad operare la trasformazione dell'interesse legittimo in diritto soggettivo; né si comprende come possa disconoscersi la rilevanza di un dato fondamentale che renderebbe già da sé impraticabile la configurazione del processo esecutivo, e cioè la permanenza in capo all'Amministrazione dopo il giudicato amministrativo di margini di discrezionali.

Tenuto conto dello stretto collegamento tra oggetto del giudizio e limiti oggettivi del giudicato e della stessa natura di merito del giudizio di ottemperanza che legittima il giudice

---

733 Per la configurazione dell'interesse legittimo come diritto di credito ad un bene della vita e che ricollega all'inadempimento del correlato obbligo da parte dell'Amministrazione la possibilità di ottenere dal giudice amministrativo la pronuncia di una sentenza di condanna cui faccia seguito un giudizio di ottemperanza inteso come processo di esecuzione: cfr. L. Ferrara, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 2003.

di ottemperanza a sostituirsi all'Amministrazione nell'esercizio del potere pubblico, non si dovrebbe disconoscere la centralità della figura dell'interesse legittimo anche e soprattutto nell'ambito del giudizio di ottemperanza.

Poiché infatti la distinzione tra diritto e interesse è da ricondurre alla sussistenza o meno di un potere discrezionale in capo all'Amministrazione, si può affermare che come il potere discrezionale non viene meno per effetto del giudicato, così non dovrebbe venir meno neppure l'interesse legittimo.

Si osserva infine che la configurazione del giudizio di ottemperanza come processo di esecuzione ha come presupposto l'inottemperanza ad un tipo di pronuncia giurisdizionale avente natura non di accertamento bensì di condanna: l'inottemperanza cioè ad una pronuncia che contiene la puntualizzazione e la formalizzazione di un obbligo non adempiuto dall'Amministrazione correlato al diritto di credito ad un bene della vita in capo al ricorrente, oltre la condanna dell'Amministrazione ad adempiere.

Tale configurazione, oltre a scontrarsi con la fondamentale obiezione relativa all'inconfigurabilità di un'azione generale di adempimento nell'attuale sistema di giustizia amministrativa, riflette l'adesione ad un modello, quello del giudizio sul rapporto, che non ci sembra accettabile perchè conduce ad un'inammissibile ingerenza da parte del giudice di legittimità nella sfera riservata all'Amministrazione mediante un eccessivo ampliamento della portata dell'accertamento giudiziale.

## BIBLIOGRAFIA

- A. Albini, *Diritti e interessi all'ottemperanza: estensione dei limiti del giudicato del giudice ordinario?*, in *Atti del Convegno sull'adempimento del giudicato amministrativo tenuto a Napoli i giorni 23-25 aprile 1960*, Milano 1960
- A. Albini, *Il processo amministrativo con pluralità di parti*, Milano 1953
- A. Andreani, in *Enc. Trecc.*, voce *Motivazione della sentenza (dir. proc. amm.)*, *Enc. giur.*, XX, 1990, 1 e ss.
- A. Andreani, *La motivazione della sentenza amministrativa*, in *Dir. proc. amm.* 1986, 5 e ss.
- A. Attardi, *Diritto processuale civile*, Padova 1997
- A. Attardi, *In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990
- A. Attardi, *In tema di questioni pregiudiziali e giudicato*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi*, Padova 1975
- A. Attardi, *Preclusione (principio di)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano 1985, 893 e ss.
- A. Attardi, *Riconoscimento del diritto, cessazione della materia del contendere e legittimazione ad impugnare*, in *Giur. it.* 1987
- A. Attardi, *Interesse ad agire*, Padova 1998
- A. Bartolini, *Il risarcimento del danno tra giudice comunitario e giudice amministrativo: la nuova tutela del danno da interesse legittimo*, Torino 2005
- A. Cerino Canova, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, in *Commentario al codice di procedura civile diretto da E. Allorio*, Torino, 1980
- A. Di Giovanni, *La domanda riconvenzionale nel processo amministrativo*, Padova 2004
- A. Di Majo, *Il risarcimento in via autonoma contro gli atti della p.a.*, in *Corr. giur.* n. 5 del 2009
- A. Falzea, *Accertamento (teoria generale)* in *Enc. dir.*, I, Milano 1958
- A. Orsi Battaglini e C. Marzuoli, *Unità e pluralità della giurisdizione: un altro secolo di giudice speciale per l'amministrazione?*, *Dir. pubbl.* 1997, 902 e ss..
- A. Orsi Battaglini, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia non amministrativa (Sonntagsgedanken)*, Milano 2005.
- A. Orsi Battaglini, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. dir. proc. civ.* 1988, 3 ss.
- A. Pajno, *Il giudizio di ottemperanza come processo di esecuzione*, in *Foro amm.* 1987, 1651.
- A. Pajno, *il riparto della giurisdizione*, in *Trattato del diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, *Il processo amministrativo*, Milano 2003
- A. Pajno, *La giurisdizione concentrata*, in *Gior. dir. amm.* 2000, 1043 e ss.
- A. Pajno, *Le norme costituzionali sulla giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.* 1994, 419 e ss..
- A. Piga, *L'ottemperanza, giudizio di cognizione o di esecuzione?*, in *Il giudizio di ottemperanza*, 137 ss.
- A. Piras, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, I e II, Milano 1960
- A. Police, *Riflessi processuali della disciplina generale dell'azione amministrativa*, in V. Cerulli Irelli, *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli 2006, 462 e ss.
- A. Proto Pisani, *Appunti preliminari su rapporti tra diritto sostanziale e processo*, in *Diritto e giurisprudenza*, 1978
- A. Proto Pisani, *Appunti sull'azione costitutiva*, in *Riv. dir. civ.* 1991, 86 e ss.
- A. Proto Pisani, *Appunti sulla tutela di mero accertamento*, *Riv. trim. proc. civ.* 1979, 620 e ss.
- A. Proto Pisani, *Breve note in tema di tutela specifica e tutela risarcitoria*, in *Foro it.* 1983, V, 127 ss.
- A. Proto Pisani, *La trascrizione delle domande giudiziali*, Napoli 1968
- A. Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli 2002.

- A. Proto Pisani, *Verso il superamento della giurisdizione amministrativa*, in Foro it. 2001, IV, 21 ss..
- A. Romano Tassone, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano 1987
- A. Romano, *In tema di intervento nel processo amministrativo*, in Foro amm. 1961, 1, 1249
- A. Romano, *Diritto soggettivo, interesse legittimo e assetto costituzionale*, in Foro it., 1982, V, 258 e ss.
- A. Romano, *I caratteri originari della giurisdizione amministrativa e la loro evoluzione*, in Dir. proc. amm. 1994, 636 ss.
- A. Romano, *Interesse legittimo e ordinamento amministrativo*, in *Atti del Convegno celebrativo del 150° anniversario della istituzione del Consiglio di Stato*, Milano 1983
- A. Romano, *La pregiudizialità nel processo amministrativo*, Milano 1958
- A. Travi, *Il giudicato amministrativo* in Dir. proc. amm. 2007, 913 e ss.
- A. Travi, *L'esecuzione della sentenza*, in *Trattato di Diritto amministrativo – Diritto amministrativo speciale*, a cura di S. Cassese, IV, Milano, 2000, 3515.
- A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino 2006
- A. Travi, *Per l'unità della giurisdizione*, in Dir. pubbl. 1998, 371
- A. Travi, *Questioni attuali di responsabilità dell'amministrazione: giurisdizione, risarcimento dei danni, pregiudizialità*, in Resp. civ. e prov. n. 3/2003, 663 e ss.
- A. Travi, *Rileggendo Orsi Battaglini, alla ricerca dello stato di diritto per una giustizia non amministrativa (Sonntagsgedanken)*, in Dir. pubbl. 2006, 91 e ss..
- A. Zito, *Integrazione della motivazione del provvedimento: una questione ancora aperta*, in Dir. proc. amm. 1994, 577
- A. Zito, *Il danno da illegittimo esercizio della funzione amministrativa. Riflessione sulla tutela dell'interesse legittimo*, Napoli 2003
- A. Zito, in F.G. Scoca, *Giustizia amministrativa*, Torino, 2003, 73 e ss..
- A. Zito, *L'integrazione in giudizio della motivazione e del provvedimento amministrativo: una questione ancora aperta*, in Dir. proc. amm. 1994, 584.
- A.M. Sandulli, *Finalmente “definitiva certezza” sul riparto di giurisdizione in tema di comportamenti e sulla c.d. pregiudiziale amministrativa? Tra i due litiganti vince la garanzia di piena tutela*, in Riv. giur. ed. 2006, 898
- A.M. Sandulli, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato ed ai giudici subordinati*, Napoli, 1963
- A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli 1989
- B. Cavallo, *Processo amministrativo e motivi assorbiti*, Chieti 1975
- B. Mameli, *Atto introduttivo e attività istruttoria*, in *Il nuovo processo amministrativo dopo la legge 21 luglio 2000 n. 205*, a cura di F. Caringella e M. Protto, Milano 2001, 3 ss.
- B. Sassani, *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto*, Padova 1989
- B. Carpino, *L'acquisto coattivo dei diritti*, Napoli 1977, 100 e ss.
- C. Cacchiavillani, *Giudizio amministrativo e giudicato*, Padova 2005
- C. Cacchiavillani, *Sul ricorso per motivi aggiunti di cui all'art. 21 della legge tar come modificato dalla legge n. 205 del 2000*, in Dir. proc. amm. 181 e ss.
- C. Calabrò, *Giudicato (diritto processuale amministrativo)*, *Enc. giur.*, XV, Roma, 1989, 2 e ss.
- C. Calabrò, *L'ottemperanza come prosecuzione del giudizio amministrativo*, in *Il giudizio di ottemperanza. Atti del XXVII convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Milano 1983
- C. Castronovo, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *Scritti in onore di L. Mengoni*, I, Milano 1995, 147 e ss.
- C. Consolo “*Considerazioni sull'ontologico discrimen tra le giurisdizioni*”, in *La giurisprudenza amministrativa in trasformazione*, Padova 2006

- C. Consolo, *Il cumulo condizionale delle domande*, I e II, Torino, 1991
- C. Consolo, *Il processo amministrativo fra snellezza e civilizzazione*, in *Corr. giur.* 2000, 1266
- C. Consolo, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo*, *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1991, 215 ss.
- 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, 171.
- C. Mandrioli, *Corso di diritto processuale civile*, vol. I, Torino 1975
- C. Mandrioli, *Diritto processuale civile*, Torino 2004 (XVI ed.)
- C. Mastragostino, in *La giustizia amministrativa in trasformazione*, Padova 2006
- C.E. Gallo, *Contributo allo studio dell'invalidità degli atti processuali nel giudizio amministrativo*, Milano 1983, 75.
- C.E. Gallo, *Processo amministrativo*, in *Enc. dir.*, 619 e ss..
- C.E. Gallo, *La modificazione della domanda nel processo amministrativo*, Torino 1985
- C. Mignone, *I motivi aggiunti nel processo amministrativo*, Padova 1984
- C. Mortati, *Obbligo della motivazione e sufficienza della motivazione degli atti amministrativi*, in *Giu. ital.*, 1943
- C. Ferri, *Profili dell'accertamento costitutivo*, Padova 1970
- D. Corletto, *Vizi formali e poteri del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 33 ss.
- D. Corso, *La giustizia amministrativa*, Bologna 2002
- D. De Pretis, *Azione di annullamento e azione di risarcimento nel processo amministrativo*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)
- D. Vaiano, *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, Milano 2002
- D'Alberti, *Diritto amministrativo comparato*, Bologna 1992
- De Nictolis, *Il nuovo contenzioso in materia di appalti pubblici alla luce del codice dei contratti pubblici*, Milano 2007
- E. Allorio, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, in *Problemi del diritto*, I, Milano 1957
- E. Allorio, *Natura della cosa giudicata*, in *Problemi del diritto*, III, Milano 1967
- E. Allorio, *Nuove riflessioni critiche in tema di giurisdizione e giudicato*, Milano 1957
- E. Allorio, *Nuove riflessioni sulla teoria generale del processo tributario*, *La vita e la scienza del diritto*, Milano 1957
- E. Betti, *Diritto processuale civile*, I, Roma 1936
- E. Cannada Bartoli, *Aspetti processuali dell'assorbimento dei motivi*, in *Foro amm.* 1996, 893 ss.
- E. Cannada Bartoli, *Dubbi sull'assorbimento*, in *Giur. it.* 1996, III, 161 e ss.
- E. Cannada Bartoli, *La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica amministrazione. Appunti dalle lezioni*, Milano 1964
- E. Cannada Bartoli, *Novità dell'assorbimento dei motivi*, in *Giur. it.*, 1996, III, 617 e ss.,
- E. Cannada Bartoli, *Processo amministrativo (considerazioni introduttive)* in *Noviss. D.I.* III, Torino Utet, 1966, 1079.
- E. Cannada Bartoli, voce *Interesse (dir. amm)*, in *Enc. dir.*, XXII, 1972, 7 e ss.
- E. Capaccioli, *Disciplina del commercio e processo amministrativo*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi I*, Padova 1978
- E. Capaccioli, *Interessi legittimi e risarcimento dei danni*, Milano 1963
- E. Capaccioli, *Saggio sul giudicato amministrativo. Per l'effettività della giustizia amministrativa*, in E. Capaccioli, *Diritto e processo in Scritti vari di diritto pubblico*, Padova 1978
- E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano 2003
- E. Fazzalari, *La dottrina processualistica italiana: dall'azione al processo*, in *Dir. proc. amm.* 1994, 911

- E. Guicciardi, in *La giustizia amministrativa*, rist. della 3° ed. Padova 1957, 293.
- E. Picozza, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Torino 1997
- E. Picozza, *La tutela giurisdizionale si dimensiona su quella sostanziale e non viceversa (n.d.r. commento a Cassazione civile, sez. un., 23 dicembre 2008, n. 30254)*, in *Corr. giur.* n. 5 del 2009, 659 e ss.
- E.M. Barbieri, *Funzione del giudice, funzione dell'amministrazione ed interessi individuali del cittadino alla luce della pregiudiziale amministrativa*, in *Dir. proc. amm.* 2008, 949 ss.
- E. Scoditti, *Ancora sull'illecito dello Stato per mancata attuazione di direttiva comunitaria, nota a Cass. 16 maggio 2003 n. 7630*, in *Foro it.* 2003, I, 2015
- E. Ferrari, voce *Decisione giurisdizionale amministrativa*, in *Digesto IV ed., disc. pubbl.*, vo. IV, Torino 1989, 533 e ss.
- E. T. Liebman, *Efficacia e autorità della sentenza e altri scritti sulla cosa giudicata*, Milano 1983
- E.T. Liebman, *Giudicato (diritto processuale civile)*, in *Enc. giur.*, XV, 1989
- E.M. Barbieri, *E' bene abolire la pregiudiziale amministrativa?*, in *Riv. trim. app.* 2006, 807
- E.T. Liebman, *Manuale di diritto processuale civile*, vol. I, Milano 2007
- F. Benvenuti, *Appunti di diritto amministrativo*, Padova 1987
- F. Benvenuti, *Contraddittorio (dir. amm.)*, *Enc. dir.*, Milano 1961, 739 e ss.
- F. Benvenuti, *Processo amministrativo*, *Enc. dir.*, XXXVI, Milano 1987, 54 e s..
- F. Benvenuti, *Giudicato (dir. amm.)*, *Enc. giur.*, XVIII, Milano 1969
- F. Benvenuti, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Milano 1952
- F. Benvenuti, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1952
- F. Benvenuti, *Parti (dir. amm.)*, *Enc. dir.*, Milano 1981, 962 e ss.
- F. Benvenuti, *Giustizia amministrativa*, *Enc. dir.*, XIX, Milano 1970, 610
- F. Benvenuti, *Mito e realtà nell'ordinamento amministrativo italiano*, in *F. Benvenuti e G. Miglio*, *Unificazione amministrativa e i suoi protagonisti*, Milano 1969
- F. Benvenuti, *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Scritti in memoria di Guicciardi*, Padova 1975
- F. Cammeo, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano 1940
- F. Cammeo, *Corso di diritto amministrativo*, Padova 1960
- F. Cammeo, *L'azione del cittadino contro la Pubblica Amministrazione*, Torino 1905
- F. Caringella, *La pregiudiziale amministrativa: una soluzione antica per un problema attuale*, in (a cura di) G. Pellegrino, *Le nuove frontiere del giudice amministrativo*, Milano 2008
- F. Carnelutti, *Lezioni di diritto processuale civile*, IV, *La funzione del processo di cognizione*, Padova 1925
- F. Carnelutti, *Sistema di diritto processuale civile*, I, *Funzione e composizione del processo*, Padova, 1936
- F. Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, Roma 1940
- F. Cortese, *La questione della pregiudiziale amministrativa. Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo tra diritto sostanziale e diritto processuale*, Cedam Padova, 2007
- F. Fracchia, *Motivi aggiunti, termine di decadenza e modifiche del petitum*, in *Dir. proc. amm.* 1996, 694 e ss.
- F. Francario, *Inapplicabilità del provvedimento amministrativo ed azione risarcitoria*, in *dir. amm.* 2002
- F. La Valle, *L'interesse legittimo come profilo di ulteriore rilevanza delle libertà e dei diritti (teoria dinamica del diritto soggettivo)*, Milano 1969
- F. Ledda, *Il rifiuto del provvedimento amministrativo*, Torino 1964
- F. Ledda, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, *Dir. amm.* 1993, 32 ss.

- F. Merusi, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni trenta all'alternanza*, Milano 2001
- F. Merusi, *Il contraddittorio nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.* 1985, 18
- F. Satta, *Accertamento incidentale*, in *Enc. dir.*, IV, Milano 1959
- F. Satta, *Diritto processuale civile*, Padova 1953
- F. Satta, *Domanda giudiziale (diritto processuale civile)*, *Enc. dir.*, XIII, Milano 1964
- F. Satta, *Impugnativa del silenzio e motivi di merito*, in *Foro amm. (Cons. Stato)* 2002, 49 e ss.
- F. Scoca – L. Giani, *Spunti sulla nozioni di interesse legittimo e giudicato amministrativo*, in *Dir. proc. amm.* 1997, 327 ss..
- F. Scoca, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, Agg. VI, Milano 2002, 75.
- F. Scoca, *Caratteri generali del processo amministrativo*, in *La giustizia amministrativa*, Milano 2006
- F. Scoca, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano 1990
- F. Scoca, *Divagazioni su giurisdizione azione risarcitoria nei confronti della p.a.*, in *Dir. proc. amm.* 2008, 1 ss.
- F. Scoca, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano 1971
- F. Scoca, *Per un'amministrazione responsabile*, in *Giust. Cost.* 1999, 4051 e ss.
- F. Scoca, *Sopravviverà la giurisdizione esclusiva?*, in *Giur. cost.*, 2004, 2209 e ss.
- F. Sorrentino, *Provvedimenti elusivi del giudicato e giudizio di ottemperanza*, in *Il Giudicato di ottemperanza*, 189 ss..
- F. Sorrentino, *Vizio di incompetenza e processo amministrativo di risultato*, in *Dir. proc. amm.* 2000, 62 ss.
- F. Tommaseo, *Appunti di diritto processuale civile, Nozioni introduttive* 2000
- F. Tommaseo, *Nuove regole processuali per una giustizia amministrativa in trasformazione*, in *La giustizia amministrativa in trasformazione*, Padova 2006
- F. Trimarchi Banfi, *Illegittimità e annullabilità del provvedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.* 2003, 409 ss.
- F. Trimarchi Banfi, *Tutela specifica e tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, Torino 2000
- F. Volpe, *Norme di azione e norme di relazione ed il sistema italiano di giustizia amministrativa*, Padova 2004
- F. Volpe, *Pregiudizialità amministrativa alla luce del principio di consequenzialità e del principio di eventualità*, in *Foro amm. (Cons. st.)* 2008, 1940
- F.C. Von Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, Torino 1823
- F. Santoro Passarelli, *Intervento*, in *Atti del convegno nazionale sull'ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi*, 1965.
- F. Cortese, *La questione della pregiudizialità amministrativa (il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo tra diritto sostanziale e diritto processuale)*, Padova 2007
- F. Cortese, *Il danno da provvedimento illegittimo e il "dover essere" del procedimento*, in *Giorn. dir. amm. n. 10/2009*, 1060 e ss.
- G. Tesaurò, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino 1960
- G. Abbamonte, *Alcune riflessioni sull'evoluzione di concetti e indirizzi sulla giustizia nell'amministrazione e sulla cooperazione tra giuristi*, in *Le nuove frontiere del giudice amministrative*, Milano 2008
- G. Abbamonte, *Il ritiro dell'atto impugnato nel corso del processo e la delimitazione dell'oggetto del giudizio innanzi al Consiglio di Stato*, in *Studi in onore di A. Papaldo*, Milano 1975
- G. Abbamonte, *Sentenze di accertamento ed oggetto del giudizio amministrativo di legittimità e di ottemperanza in Scritti in onore di M.S. Giannini*, I, Milano 1988
- G. Berti, *Connessione e giudizio amministrativo*, Padova 1970
- G. Berti, *Le giunte provinciali amministrative*, *Atti del centenario delle leggi amministrative*

- di unificazione, Vicenza 1965
- G. Berti, *Le trasformazioni della giustizia amministrativa*, in *La giustizia amministrativa in trasformazione*, Padova 2006
- G. Chiovenda, *Identificazione delle azioni sulla regola "ne eat index ultra petita partim"* in *saggi di diritto processuale civile*, Bologna 1903
- G. Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli 1933
- G. Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli 1965
- G. Comporti, *Pregiudiziale amministrativa: natura e limiti di una figura geometria variabile*, in *Dir. proc. amm.* 2005, 280
- G. D'alesio, *Principi di diritto amministrativo*, Milano 1958
- G. Falcon, *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, in *Dir. proc. amm.* 2001, 328
- G. Falcon, *La responsabilità dell'Amministrazione e il potere amministrativo*, in *Dir. proc. amm.* 2009, 241 e ss.
- G. Falcon, *La responsabilità dell'amministrazione e il potere amministrativo*, in *Dir. proc. amm.* 2009, 241 e ss.
- G. Greco, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano 1980
- G. Greco, *Inoppugnabilità e disapplicazione dell'atto amministrativo nel quadro comunitario e nazionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.* 2006, 513 ss.
- G. Greco, *La trasmissione dell'antigiuridicità dell'atto amministrativo illegittimo*, *Dir. proc. amm.* 2008, 326 e ss.
- G. Greco, *La Cassazione conferma il risarcimento autonomo dell'interesse legittimo: progresso o regresso del sistema?*, in *Dir. proc. amm.* 2009, 480 e ss.
- G. Guarino, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, Napoli 1990
- G. Miele, *Principi di diritto amministrativo*, Padova ed. 19°
- G. Napolitano, *Diritto amministrativo comparato*, Milano 2007
- G. Pugliese, voce *Giudicato civile (diritto vigente)*, *Enc. dir.*, XVIII Milano, 1969, 866 ss..
- G. Sala, *Parti ed interessi tra procedimento e processo: la formazione della materia del giudizio*, in *Dir. amm.* 2008, 48 ss.
- G. Sala, *Procedimento e processo nella nuova legge n. 241*, in *La giustizia amministrativa in trasformazione*, Padova 2006
- G. Sciullo, *Il comportamento dell'amministrazione nell'ottemperanza*, in *Dir. proc. amm.* 1997, 74 e ss.
- G. Tarzia-C.E. Balbi, *Riconvenzionale (diritto processuale civile)*, *Enc. dir.*, XL, Milano 1989
- G. Tesaro, *Responsabilità risarcitoria degli stati membri per violazione del diritto comunitario*, Milano 2008
- G. Vacirca, *Appunti per una nuova disciplina dei ricorsi incidentali nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.* 1986, 56 ss.
- G. Verde, *L'adunanza plenaria n. 12 del 2007 dal punto di vista del processualista*, in *Corr. giur.* n.6 del 2008, 879 ss.
- G. Verde, *Osservazioni sul giudizio di ottemperanza alle sentenze del giudice amministrativo*, in *Riv. dir. proc.* 1980, 642 e ss.
- G. Verde, *Ma che cos'è questa giustizia amministrativa?*, in *Dir. proc. amm.* 1993, 587 ss..
- G. Virga, *Diritto amministrativo*, II, Milano 2001
- G. Virga *Integrazione della motivazione nel corso del giudizio e tutela dell'interesse alla legittimità sostanziale del provvedimento impugnato*, in *Dir. proc. amm.* 1993, 516 ss.
- G. Virga, *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, Milano 2003
- G. Virga, *Motivazione successiva e tutela della pretesa alla legittimità sostanziale del provvedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.* 1993, 507 ss.

- G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, Milano 1940
- G. Taccogna, *Giusto processo amministrativo ed integrazione della motivazione dell'atto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.* 2005, 696 e ss.
- G. Guarino, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, 1990
- Hellwig, *Anspruch und Klagerecht*, in *Abhandlungen zum Privatrecht und Civilprozess*, 5° Band, Jena 1900, 443 e ss.
- G. Tropea, *La plenaria prende posizione sui rapporti fra ricorso principale e ricorso incidentale (nelle gare con due soli concorrenti). Ma non convince*, in *Dir. proc. amm.* 2009, 115 ss.
- I. Pagni, *Le azioni di impugnativa negoziale. Contributo allo studio della tutela costitutiva*, Milano 1998
- L. Benvenuti, *Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo*, Milano 2002
- L. Mazzaroli, *Il giudizio di ottemperanza oggi: risultati concreti*, in *Dir. proc. amm.*, 1990, 245 ss.
- L. Ferrara, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Milano 2003
- L. Garbagnati, *La giurisdizione amministrativa. Concetto e oggetto*, Milano 2004
- L. Garbagnati, *Questioni preliminari di merito e parti della sentenza*, in *Riv. dir. proc.* 1977, 401 ss.
- L. Garofalo, *Impugnazione dell'atto presupposto e onere di impugnazione dell'atto consequenziale*, in *Dir. amm. proc.* 2000, 344 ss.
- L. Garofalo, *La responsabilità dell'amministrazione: per l'autonomia degli schemi ricostruttivi*, in *Dir. amm.* 2005, 1 ss.
- L. Iannotta, *Atti non autoritativi ed interessi legittimi. Il sindacato sul comportamento della pubblica amministrazione nella giurisdizione sul pubblico impiego*, 1984
- L. Iannotta, *La giurisdizione del risultato nel giudizio amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto*, in *Dir. proc. amm.* 1998
- L. Iannotta, *L'assorbimento dei motivi e la posizione del controinteressato e dell'Amministrazione resistente*, in *Nuova Rass.* 1981, 843 ss.
- L. Iannotta, *Motivi di ricorso e tipologia degli interessi nel processo amministrativo*, Napoli 1989.
- L. Iannotta, *La considerazione del risultato nel processo amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto*, in *Dir. proc. amm.* 1998, 299 ss.
- L. Mazzaroli, *Il processo amministrativo come processo di parti e l'oggetto del giudizio*, in *Dir. proc. amm.* 1997, 463 ss.
- L. Mazzaroli, *Il giudizio di ottemperanza oggi: risultati concreti?*, in *Dir. proc. amm.* 1990, 244 ss.
- L. Mazzaroli, *Processo amministrativo come processo di parti e l'oggetto del giudizio*, in *Dir. proc. amm.* 1997, 463 ss.
- L. Mazzaroli, *Ragione e peculiarità del sistema italiano di giustizia amministrativa*, in *Diritto amministrativo*, II, a cura di L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F. Scica, Bologna 2001
- L. Montesano, *I giudizi sulla responsabilità per danni e sulle illegittimità della pubblica Amministrazione (dopo la sentenza delle Sezioni Unite della Cass. 22 luglio 1999 n. 500)*, in *Dir. proc. amm.* 2001, 583 e ss.
- L. Montesano, *Sentenze endoprocessuali nei giudizi civili di merito*, in *Riv. dir. proc.* 1971, 17
- L. Garbagnati, *Questioni preliminari di merito e parti della sentenza*, in *Riv. proc. civ.* 1971, 408 ss.
- L. Tarantino, *La plenaria chiarisce i rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale nel*

*processo amministrativo*, in Urb. app. 2009, 49 e ss.

L. Torchia, *La pregiudizialità amministrativa dieci anni dopo la sentenza 500/99: effettività della tutela e natura della giurisdizione (n.d.r. commento a Cassazione civile, sez. unite, sentenza 23 dicembre 2008, n. 30254)*, in Giorn. dir. amm. 2009, fasc. 4, 385 e ss.

L. Garofalo, *La responsabilità dell'amministrazione per l'autonomia degli schemi ricostruttivi*, in Dir. proc. amm. 2005, 1 ss.

La Valle, *Azione di impugnazione e azione di adempimento nel giudizio amministrativo di legittimità*, in Jus 1965, 165 ss.

L. Piccardi, *La distinzione tra diritto ed interesse nel campo della giustizia amministrativa*, in Cons. st., Studi sul Centenario, 255 ss.

M. Romajoli, *La connessione nel processo amministrativo*, Milano 2003

M. Romajoli, *Impugnazione dei provvedimenti sopravvenuti nel corso del giudizio e connessi con quello già impugnato*, in Nuove leggi civ. comm. 2001, 567 ss.

M. Giannini, *Il potere discrezionale delle pubbliche amministrazioni*, Milano 1939

M. Clarich, *Il processo amministrativo a "rito ordinario"*, in Riv. dir. proc. 2002, 1063 ss.

M. Bianca, *L'obbligazione*, Milano 1991

M. Clarich, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova 1989

M. Clarich, *Il processo amministrativo "a rito ordinario"*, in Dir. proc. civ. 2002, 1058 ss.

M. Clarich, *La tribalizzazione del giudice amministrativo evitata: commento alla sentenza della Corte Costituzionale 5 luglio 2004*, in Giorn. dir. amm. 2004, 969 ss.

M. Clarich, *L'effettività della tutela nell'esecuzione delle sentenze del giudice amministrativo*, in Dir. proc. amm. 1998, 523 ss.

M. Clarich, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino 1995

M. Clarich, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in Dir. proc. amm. 2005, 557 ss..

M. Comoglio, *Il principio di economia processuale*, Padova 1982

M. Fracanzani, *Pronuncia sul rapporto: nuove ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo? Nota a Tar veneto, III sez. 1 febbraio 2003 n. 914 n. 916*, in Dir. proc. amm. 2004, 486 ss.

M. Giannini, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in Riv. dir. proc. 1963, 533 ss.

M. Giannini, *La giustizia amministrativa*, Roma, 1960

M. Giannini, *L'attività amministrativa*, Roma 1961

M. Giannini, *Le obbligazioni pubbliche*, Roma 1964

M. Giannini, *Motivazione dell'atto amministrativo*, in Enc. dir., XXVII, Milano 1977, 257

M. Giannini, *Accertamento*, in Enc. dir., I, Milano 1958, 219 ss.

M. Giannini, *Gli atti di adempimento e la giurisdizione esclusiva GCCP*, 1945

M. Giannini-Piras, voce *Giurisdizione amministrativa*, Enc. diritto, XIX, Milano 1970, 256

M. Magri, *L'incostituzionalità dello spoils system e la reintegrazione del dirigente*, in Giur. dir. amm. 2009, 511 e ss.

M. Magri, *L'ordine di esame dei motivi nel processo amministrativo*, in Giorn. dir. amm. 2009, 1068 e ss.

M. Nigro *L'appello nel processo amministrativo*, Milano 1960

M. Nigro, *Giurisprudenza amministrativa e trasformazioni dell'amministrazione: riflessioni sulle conseguenze sostanziali di assetti processuali*, in Studi per il centenario dalla quarta sezione, vol. II, Roma, 1989, 566.

M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, Bologna 1994, 313

M. Nigro, *Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza*, in Atti del XXVII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, *Il giudizio di ottemperanza*, Milano 1983, 65.

M. Nigro, in Atti del Convegno svoltosi a Firenze nel marzo 1985 in *Diritto amministrativo*

e processo amministrativo nel bilancio di dieci anni di giurisprudenza, Rimini 1987

M. Nigro, *Intervento al Congresso Problemi del nuovo processo amministrativo*, in *Impresa, Ambiente, Pubblica Amministrazione* 1977, II, 16

M. Nigro, *La legge istitutiva dei tribunali amministrativi regionale*

M. Nigro, *Ma che cos'è questo interesse legittimo?*, in *Foro amm.* 1988, 317 ss.

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, 254 ss.

M. Nigro, *Processo amministrativo e motivi di ricorso*, in *Foro it.* 1975, V, 175

M. Nigro, *Sulla natura giuridica del processo di cui all'art. 27 n. 4 delle leggi sul Consiglio di stato*, in *Rass. dir. pubbl.* 1954, 291 ripubblicato in *Scritti giuridici*, 1996, Tomo I, 177

M. Protto, *L'effettività della tutela giurisdizionale nelle procedure di aggiudicazione di pubblici appalti. Studio sull'influsso dell'integrazione europea sulle tutele*, Milano 1997

M. Romajoli, *Impugnazione dei provvedimenti sopravvenuti nel corso del giudizio e connessi con quello già impugnato*, in *Nuove leggi civ. comm.* 2001, 567 e ss.

M.A. Sandulli, *Il processo amministrativo superaccelerato ed i nuovi contratti ricorso-resistenti*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)

M.E. Schinaia, *Il controllo del giudice amministrativo sull'esercizio della discrezionalità della pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.* 1999, 1101

M.P. Chiti, *Diritto amministrativo europeo*, Milano 2004, II ed.

M. Tropea, *Il ricorso incidentale nel processo amministrativo*, Napoli 2007

N. Saitta, "Vecchio" Consiglio di Stato, addio?, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it)

O. Ranalletti, *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrativa*, Milano 1934

O. Ranalletti, *L'impugnativa di un atto amministrativo nel competenza esclusiva della giurisdizione amministrativa*, in *Riv. proc. civ.* 1931, I, 457 e ss.

P. Calamandrei, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Padova 1943

P. Calamandrei, *La relatività del concetto di azione*, in *Studi sul processo civile*, V, Padova 1947

P. Calamandrei, *Studi sul processo civile*, vol. III, Padova 1984

P. De Lise, *Lo statuto del provvedimento amministrativo*", in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

P. De Lise, *Introduzione al testo. Nuove frontiere del giudice amministrativo tra tutela cautelare ante causam e confini della giurisdizione esclusiva*, a cura di A.M. Sandulli, 2005

P. Stella Richter, *La competenza territoriale nel giudizio amministrativo*, Milano, 1975, 57 ss.

P. Stella Richter, *L'aspettativa di provvedimento*, *Riv. trim. dir. pubbl.* 1981, 23 ss.

P. Stella Richter, *Il principio di concentrazione nella riforma della giustizia amministrativa*, in *Giust. civ.* 2000, 439.

P. Stella Richter, *L'inoppugnabilità*, Milano 1970

P. Vipiana, *Contributo allo studio del giudicato amministrativo*, Milano 1990

P. Virga, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano 2001

P. Virga, *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, Milano 2003

P.M. Vipiana, *Motivi aggiunti e doppio grado nel processo amministrativo in una recente decisione dell'Adunanza plenaria* in *Dir. proc. amm.* 1986, 91 ss.

R. Caranta, *Attività amministrativa ed illecito aquiliano. La responsabilità della p.a. dopo la legge 21 luglio 2000 n. 205*, Milano 2001

R. Caranta, *Responsabilità extracontrattuale della pubblica amministrazione, Sistemi e tecniche*, Milano, 1993, 368.

R. Caranta, *La pubblica amministrazione nell'età della responsabilità*, in *Foro it.* 1999, 3201

R. Ferrara, *Interesse e legittimazione al ricorso (ricorso giurisdizionale amministrativo)*, in

- Dig. disc. pubbl. vol. III, Torino 1993, 468 ss.
- R. Tassone, *Situazioni giuridiche soggettive (diritto amministrativo)*, *Enc. dir.*, Agg., II, 1998, 966 ss.
- R. Tassone, *I problemi di un problema. Spunti in materia di risarcibilità degli interessi legittimi diritto amministrativo*, 1997, 67 ss..
- R. Tassone, *La responsabilità della p.a. tra provvedimento e comportamento*, in *Dir. amm.* 2004, 209 ss.
- R. Tassone, *Risarcimento del danno per lesione degli interessi legittimi*, *Enc. dir.*, Agg. VI, Milano 2002, 985 ss.
- R. Villata, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, Milano 1971
- R. Villata, *Considerazioni in tema di istruttoria, processo e procedimento*, in *Studi in onore di Montesano*, II, 271 e ss.
- R. Villata, *Disapplicazione dei provvedimenti amministrativi e processo penale*, Milano 1979.
- R. Villata, *La riforma*, in B. Sassani e R. Villata (a cura di), *Il processo davanti al giudice amministrativo Commento sistematico alla legge n. 205/2000*, Torino, 2001
- R. Villata, *Nuove riflessioni sull'oggetto del processo amministrativo* in *Studi in onore di Amorth*, Milano, 1982, I, 705 ss.
- R. Villata, *Riflessioni in tema di giudizio di ottemperanza ed attività successiva alla sentenza di annullamento*, *Dir. proc. amm.* 1989, 369 ss.
- S. Cassarino, *Il processo amministrativo nella legislazione e nella giurisprudenza*, II, Milano 1987
- S. Cassarino, *Le situazioni giuridiche soggettive e l'oggetto della giurisdizione amministrativa*, Milano 1956
- S. Cassarino, *Riflessioni sul sistema di giustizia amministrativa*, in *Scritti in onore di P. Virga*, Milano 1994
- S. Cassese, in *Trattato di diritto amministrativo*, II Tomo, Milano 2001
- S. Cassese, *La giustizia amministrativa in Italia*, in *Corr. giur.* 1994, 769 ss..
- S. Cassese, *Le basi del diritto amministrativo*, Torino 1991
- S. Giacchetti, *Processo amministrativo e interesse generale*, *Relazione al Convegno "Processo amministrativo e riforma del Titolo V della Costituzione"* Salerno, 26 ottobre 2002
- S. Giacchetti, *Il commissario ad acta nel giudizio di ottemperanza, si apre il dibattito*, in *Foro amm.* 1986, I, 1967 ss.
- S. Giacchetti, *La giurisdizione esclusiva tra l'essere ed il divenire*, in *Studi per il centenario della quarta sezione del Consiglio di Stato*, I, 662
- S. Giacchetti, *La responsabilità degli interessi legittimi è in coltivazione*, in *Cons. st.* 1999, II, 1606
- S. Giacchetti, *La risarcibilità degli interessi legittimi* in [www.giust.it](http://www.giust.it)
- S. Giacchetti, *L'interesse legittimo alle soglie del 2000*, in *Giur. amm. sic.* 1990, 625 ss.
- S. Giacchetti, *L'oggetto del giudizio amministrativo* in *Studi per centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, Roma 1981
- S. Kadel bach, *Allgemeines Verwaltungsrecht unter europaischem Einflub*, Tubingen, 1999, 378 ss..
- S. Menchini, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano 1987
- S. Piraino, *L'azione nel processo amministrativo*, Milano 1981, 79 ss.
- S. Romano, *Doveri, obblighi*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1983
- S. Satta, *Giurisdizione (nozioni generali)*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Milano, 1970, 218
- S. Scoca, *Effetto devolutivo dell'appello e motivi assorbiti*, in *Dir. proc. amm.* n. 2/2008, 256 ss
- S. Spaventa, *Giustizia nell'amministrazione*, Torino 1949

- S. Tarullo, *Il giusto processo amministrativo*, Milano 2004
- V. Angiolini, *Risarcimento del danno, pubblica amministrazione e costituzione*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 133 ss.
- V. Caianiello, *Cessazione della materia del contendere (dir. amm.)*, in *Enc. dir., Agg. IV*, Milano, 249
- V. Caianiello, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, 2003
- V. Caianiello, *Lineamenti di diritto processuale amministrativo*, Torino 1988
- V. Caianiello, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino 2003
- V. Caianiello, *Rapporti tra procedimento amministrativo e processo*, in *Dir. proc. amm.* 1993, 248 ss.
- V. Cerulli Irelli, *Considerazioni in tema di sanatoria dei vizi formali*, in *Vizi formali, procedimento e processo amministrativo*, in *Vizi formali, procedimento e processo amministrativo*, *Atti del Convegno biennale di diritto amministrativo*, Brescia 23 ottobre 2003
- V. Cerulli Irelli, *Principi di diritto amministrativo*, Torino 2005
- V. Cerulli, *Prime osservazioni sul riparto delle giurisdizioni dopo la pronuncia delle Sezioni Unite*, in *Giust. amm.* 2006, 569
- V. Denti, *Questioni pregiudiziali*, *Nov. dig. it.*, vol. XIV, Torino, 1967, 676 ss.
- V. Domenichelli, *Giurisdizione esclusiva e processo amministrativo*, Padova, 1988
- V. Domenichelli, *Giurisdizione esclusiva e pienezza di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.* 1989, 623 ss..
- V. Domenichelli, *La parità delle parti nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.* 2001, 860
- V. Domenichelli, *Le azioni nel processo amministrativo*, in *La giustizia amministrativa in trasformazione*, Padova 2006
- V. Domenichelli, *Lesione differenziata e impugnazione nell'ad. pl. n. 1/83* in *Dir. proc. amm.* 1983, 472 ss.
- V. Domenichelli, *Occupazione espropriativa, comportamenti e giudice amministrativo (una storia italiana)*, in *Dir. proc. amm.* 2005, 849 ss.
- V. Andrioli, *Diritto processuale civile*, Padova 1979