

2022
n. 1
Vol. X

P.A.
Persona e Amministrazione

Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia
Legal Research on Public Administration and Economics

ISSN 2610-9050



1506
UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI URBINO
CARLO BO

Direttore scientifico

Luca R. Perfetti

Comitato di direzione

Antonio Barone, Università di Catania; Massimiliano Bellavista, Università di Siena; Rosa Calderazzi, Università di Bari "Aldo Moro"; Maria Cristina Cavallaro, Università di Palermo; Alberto Clini, Università di Urbino Carlo Bo; Antonio Colavecchio, Università di Foggia; Salvatore Dettori, Università di Teramo; Christine Ferrari-Breuer, Université Lyon III Jean Moulin; Francesco Follieri, Università LUM Giuseppe Degennaro; Pierpaolo Forte, Università del Sannio; Biagio Giliberti, Universitas Mercatorum di Roma; Andrea Maltoni, Università di Ferrara; Luis Medina Alcoz, Universidad Complutense de Madrid; Massimo Monteduro, Università del Salento; Nino Paolantonio, Università di Roma "Tor Vergata"; Nicola Pignatelli, Università di Bari "Aldo Moro"; Simone Torricelli, Università di Firenze; Michele Trimarchi, Università di Foggia; Giuseppe Tropea, Università Mediterranea di Reggio Calabria; Ewald Wiederin, Universität Wien.

Redattori centrali

Marina Roma, Università di Genova
Donato Vese, Università di Pisa

Comitato di redazione

Filippo Alario; Adrian Bedford, Noelia Betetos Agrelo; Angelo Bonaiti; Raffaella Dagostino; Giovanni D'Elia; Maximilian Denicolò; Viviana Di Capua; Andrea Gemmi; Benedetta Giordano; Roberto Franco Greco; Alberto Marcovecchio; Clara Napolitano; Salvatore Palumbo; Antonio Saporito; Gloria Sdanganelli; Jacopo Vavalli.

Comitato internazionale scientifico e di referaggio

Marcos Almeida Cerreda, Universidad de Santiago de Compostela; Sandro Amorosino, Università Telematica Internazionale "UniNettuno"; Antonio Bartolini, Università di Perugia; Luigi Benvenuti, Università "Ca' Foscari" di Venezia; Luca Bertonazzi, Università di Milano; Tomás Cano Campos, Universidad Complutense de Madrid; Andrea Carbone, Università "La Sapienza" di Roma; Andrea Crismani, Università di Trieste; Giovanni Maria Caruso, Università della Calabria; Salvatore Cimini, Università di Teramo; Stefano Cognetti, Università di Macerata; Paoloefisio Corrias, Università di Cagliari; Guido Corso, Università di Roma Tre; Fulvio Cortese, Università di Trento; Elisa D'Alterio, Università di Catania; Erin Daly, Widener University Delaware; Maurizia De Bellis, Università di Roma "Tor Vergata"; Walber de Moura Agra, Universidade Federal de Pernambuco; Francesca Di Lascio,

Università di Roma Tre; Leonardo Ferrara, Università di Firenze; Luigi Ferrara, Università di Napoli “Federico II”; Fabrizio Fracchia, Università Commerciale “Luigi Bocconi”; Francesco Goisis, Università di Milano; Giuliano Grüner, Università telematica Pegaso; Annalisa Gualdani, Università di Siena; Hélène Hoepffner, Université Toulouse 1 Capitole; Erik Kersevan, Univerza v Ljubljani; Pierdomenico Logroscino, Università di Bari “Aldo Moro”; Simone Lucattini, Università di Siena; Barbara Mameli, Università del Piemonte Orientale; Giuseppe Manfredi, Università Cattolica del Sacro Cuore; Giulia Mannucci, Università di Firenze; Wanda Mastor, Université Toulouse 1 Capitole; Marco Mazzamuto, Università di Palermo; Jorge Oviedo Albán, Universidad de La Sabana; Nino Paolantonio, Università di Roma “Tor Vergata”; Michela Passalacqua, Università di Pisa; Ricardo Perlingeiro Mendes Da Silva, Universidade Federal Fluminense; Sergio Perongini, Università di Salerno, Università di Bari “Aldo Moro”; Aristide Police, Università di Roma “Tor Vergata”; Michel Prieur, Université de Limoges, International Center for Comparative Environmental Law; Anikó Raisz, Miskolci Egyetem; Margherita Ramajoli, Università di Milano; Renato Rolli, Università della Calabria; Gianluca Romagnoli, Università di Padova; Francesco Rota, Università del Sannio; Stefano S. Scoca, Università per stranieri “Dante Alighieri” di Reggio Calabria; Saverio Sticchi Damiani, Università del Salento; János Ede Szilágyi, Miskolci Egyetem; Gerolamo Taccogna, Università di Genova; Fabrizio Tigano, Università di Catania; Francesco Fabrizio Tuccari, Università del Salento; Andrea Tucci, Università di Foggia; Alberto Urbani, Università “Ca’ Foscari” di Venezia; Hitoshi Ushijima, Chuo University, Tokyo; Dirk Uwer, Hochschule Bonn-Rhein-Sieg; Freien Universität Berlin; Technischen Universität Berlin; Diego Vaiano, Università della Tuscia; Alejandro Vergara Blanco, Pontificia Universidad Católica de Chile; Stefano Villamena, Università di Macerata; Nathalie Wolff, Université de Versailles-Saint-Quentin-en-Yvelines; Alberto Zito, Università di Teramo.

Direttore responsabile

Francesca Mineo

Managing Editor

Giovanni D’Elia

Contatti

Redazione P.A. Persona e Amministrazione

Prof. Alberto Clini

Università degli Studi di Urbino Carlo Bo - Dipartimento di Giurisprudenza

via Matteotti, 1 - 61029 Urbino (PU)

Telefono: +39 0722 303250 - Fax: +39 0722 303230

email: redazione.pa@uniurb.it

Edizione on line a cura di

Urbino University Press

Settore Biblioteche di Ateneo

Università degli Studi di Urbino Carlo Bo
e-mail: uup@uniurb.it

P.A. Persona e Amministrazione è una pubblicazione on line dell'Università degli studi di Urbino Carlo Bo. Lo sviluppo e la manutenzione di questa installazione di OJS sono forniti da UniURB Open Journals, gestito dal Settore Biblioteche di Ateneo.

ISSN 2610-9050. Registrata al Tribunale di Urbino.



Eccetto dove diversamente specificato, i contenuti di questo sito sono rilasciati con Licenza Creative Commons Attribuzione 4.0 Internazionale.

SOMMARIO

SEZIONE I

Biagio Giliberti, Appunti per una riflessione in tema di stabilità giudicato nel processo amministrativo	p. 1
Guido Greco, Giudicato nazionale e necessità “comunitarie”: i casi più critici.....	p. 21
Marcello Clarich, Limiti oggettivi e soggettivi del giudicato amministrativo e riesercizio del potere.....	p. 33
Fabio Francario, Il contrasto tra giudicati.....	p. 41
Antonio Cassatella, Altre note sulle ripercussioni del giudicato amministrativo nel processo penale.....	p. 59
Michele Trimarchi, Brevi osservazioni sulle astreintes nel processo amministrativo.....	p. 77
Francesco Follieri, Disapplicazione dell'atto amministrativo e giudicato.....	p. 95
Stefano Vaccari, Attività amministrativa vincolata e giudicato.....	p. 127
Francesco Rota, Giudizio di ottemperanza: giudicato amministrativo a formazione progressiva?.....	p. 145
Luca Longhi, Sovranità giurisdizionale e giudicato.....	p. 169
Luca R. Perfetti, Processo e potere nel prisma del giudicato amministrativo: l'asimmetria ribaltata. Rileggendo la voce «Giudicato Amministrativo» di Feliciano Benvenuti.....	p. 181

SEZIONE II

Nino Longobardi, Equivoci in tema di autorità amministrative indipendenti. I nodi vengono al pettine.....	p. 209
Barbara Marni, La responsabilità per mancata attuazione del fine pubblico, uno strumento a tutela delle libertà e diritti fondamentali.....	p. 229
Edoardo Caruso, i contratti pubblici tra obiettivi di sostenibilità e finalità concorrenziali: alla ricerca di nuovi equilibri.....	p. 285
Sabrina Tranquilli, I conflitti e le liti tra Pubbliche Amministrazioni.....	p. 351
Ippolito Piazza, L'imparzialità amministrativa come diritto. Osservazioni sul “rapporto complesso” tra cittadini e pubblica amministrazione.....	p. 405
Antonello Lo Calzo, Il nuovo “perimetro” dell'autodichia degli organi costituzionali. Recenti tendenze della giustizia domestica dopo la svolta delle sentenze della Corte costituzionale n. 120/2014 e n. 262/2017.....	p. 457
Maria Esmeralda Bucalo, Riflessioni su soft law e Autorità Indipendenti anche nella prospettiva di alcune recenti pronunce giurisprudenziali.....	p. 519
Gabriele Serra, Il bilanciamento tra il diritto d'accesso ai documenti nelle procedure di gara e i segreti tecnici e commerciali: natura dell'attività amministrativa e tecniche di tutela.....	p. 558
Edoardo Giardino, Lo sviluppo delle infrastrutture prioritarie: I ritardi, i limiti e le prospettive di riforma.....	p. 592
Marta Pecchioli, quando il rimedio è peggiore del male: il decreto-legge n. 76/2020 e l'inefficace lotta alla “paura della firma”.....	p. 645
Valentina Cingano, Ampiezza e limiti del sindacato del giudice penale sull'atto	p. 725

amministrativo ampliativo e su quello restrittivo: vizi macroscopici ed elemento soggettivo; vizi non invalidanti ed elemento oggettivo del reato.....	
Donato Vese, Health crisis, legal framework and economic issues: Rethinking the administrative power of the WHO.....	p. 759
Renato Rolli e Mariafrancesca D'Ambrosio, Consenso e accountability: i poli del commercio dei dati personali online.....	p. 783
Alice De Nuccio, Administración Pública y apoyo a la natalidad en el Ordenamiento Jurídico español.....	p. 801
Olena Yara et al, Legal principles of activities of public administration entities, which carry out measures in the field of prevention and control of domestic violence.....	p. 827
Rostyslav A. Kaliuzhnyj, Advantages and disadvantages of local government reform in Ukraine and foreign countries: a comparative legal analysis.....	p. 851
Iurii G. Barabash et al, Comparative analysis of social protection models of the European Union and Ukraine.....	p. 873
Oleg M. Yaroshenko et al, Alternative resolution of public law disputes in administrative proceedings of European Union member states.....	p. 901

SEZIONE III

Giuseppe Tropea, Spunti di riflessione dalla lettura del libro di Riccardo Ursi sulla sicurezza pubblica.....	p. 928
Carmela Robustella, Cristina Evangelia Papadimitriu, spunti ricostruttivi in tema di smart contracts, tra innovazione tecnologica e regola giuridica.....	p. 963
Enrico Mauro, Il merito, il bisogno e il bisogno di non confondere merito e bisogno...	p. 997

STEFANO VACCARI

Ricercatore di Diritto amministrativo (RTD-B) presso il Dipartimento di Giurisprudenza
dell'Università degli Studi di Sassari

svaccari@uniss.it

ATTIVITÀ AMMINISTRATIVA VINCOLATA E GIUDICATO NON-DISCRETIONARY ADMINISTRATIVE ACTION AND RES JUDICATA

SINTESI

L'articolo riflette sulle correlazioni tra l'applicazione giudiziale della regola di cui all'art. 21-*octies*, comma 2, primo periodo, della l. 7 agosto 1990, n. 241 e l'ampiezza dei limiti oggettivi del giudicato amministrativo. L'Autore inquadra l'accertamento sulla complessiva validità dell'atto amministrativo vincolato ai sensi della suddetta disposizione come espressione di pregiudizialità logica. Si evidenziano le conseguenze di una siffatta opzione ricostruttiva con riferimento alle opposte ipotesi dell'accoglimento e del rigetto della domanda principale di annullamento.

ABSTRACT

The paper deals with the relationship between the judicial application of the rule laid down by art. 21-*octies*, par. 2, first sentence, L. 7 August 1990, No. 241 and the scope of the objective limits of 'res judicata'. The Author defines the judicial assessment on the overall validity of the non-discretionary administrative act pursuant to the above-mentioned legislative provision as a 'preliminary question' covered by the res judicata. The consequences of such theoretical option are highlighted with reference to the opposite hypotheses of granting and rejecting the applicant's claim.

PAROLE CHIAVE: Giudicato amministrativo - Vizi formali e procedurali - Attività amministrativa vincolata - Art. 21-*octies* l. n. 241/1990 - Annullamento d'ufficio - *Jus superveniens* - Sopravvenienze di fatto.

KEYWORDS: *Res Judicata* - Formal and Procedural Errors - Non-Discretionary Administrative Action - Art. 21-*octies* L. No. 241/1990 - *Ex officio* Administrative Annulment - *Jus superveniens* - Factual Contingencies.

INDICE: 1. Oggetto e obiettivo della riflessione. – 2. Art. 21-*octies*, comma 2, primo periodo, l. n. 241/1990 e ‘dinamica processuale’. – 3. Accertamento della ‘complessiva’ validità del provvedimento vincolato e giudicato amministrativo. – 4. Alcuni corollari teorico-applicativi. – 4.1. (Segue): Giudicato di rigetto ed efficacia preclusiva. – 4.2. Giudicato di accoglimento e rilevanza delle sopravvenienze. – 5. Osservazioni conclusive.

1. Oggetto e obiettivo della riflessione

Il presente contributo¹ si inserisce nel dibattito relativo ai rapporti tra il sindacato giudiziale sull’attività amministrativa vincolata e i limiti oggettivi² del (successivo) giudicato³.

A tal fine, ci si concentrerà sulla questione concernente l’ampiezza dell’‘accertamento’⁴ svolto dal giudice amministrativo nel dare applicazione alla regola di giudizio *ex art. 21-*octies*, comma 2, primo periodo, della l. 7 agosto 1990, n. 241*⁵. Non ci si occuperà, invece, del ‘secondo periodo’ della medesima

1 Per ogni ulteriore approfondimento sul tema oggetto delle seguenti riflessioni sia consentito rinviare al ns. precedente *Atti vincolati, vizi procedurali e giudicato amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, II, 481 e ss.

2 Per l’impostazione generale, cfr. quantomeno S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1987; E. HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, Padova, 1937; nonché la voce di G. PUGLIESE, *Giudicato civile (dir. vig.)* (voce), in *Enc. Dir.*, Milano, 1969, 785 e ss.

3 Nell’ambito della più ampia letteratura in materia di giudicato amministrativo cfr., a partire dal fondamentale contributo di M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, Cedam, 1989, quantomeno i seguenti studi monografici: G. URBANO, *Contributo sull’effettività del giudicato amministrativo*, Torino, 2020; se consentito, S. VACCARI, *Il giudicato nel nuovo diritto processuale amministrativo*, Torino, 2017; S. VALAGUZZA, *Il giudicato amministrativo nella teoria del processo*, Milano, 2016; C. CACCIAVILLANI, *Giudizio amministrativo e giudicato*, Padova, 2005; A. LOLLI, *I limiti soggettivi del giudicato amministrativo*, Milano, 2002; P.M. VIPIANA, *Contributo allo studio del giudicato amministrativo. Profili ricognitivi ed individuazione della natura giuridica*, Milano, 1990.

4 Cfr. E.F. RICCI, *Accertamento giudiziale*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., I, 1987, 17 e ss., ove si delinea il rapporto tra ‘accertamento’ e ‘cosa giudicata’ nonché la distinzione tra i concetti di ‘accertamento’ e di ‘mera cognizione’.

5 Ove, com’è noto, si dispone che «[n]on è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato». La bibliografia in argomento è vastissima. Sia consentito rinviare, senza pretese di esaustività, quantomeno a R. GIOVAGNOLI, *I vizi formali e procedurali*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Il codice dell’azione amministrativa*, Milano, 2017, 1141 e ss.; P. PROVENZANO, *I vizi nella forma e nel procedimento amministrativo*, Milano, 2015; P. LAZZARA, *Contributo al dibattito sui vizi di forma e di procedimento di cui all’art. 21-*octies*, L. 241 del 1990*, in *Foro amm. CdS*, 2009, I, 190 e ss.; L. FERRARA, *La partecipazione tra ‘illegittimità’ e ‘illegalità’*. Considerazioni sulla disciplina dell’annullamento non pronunciabile, in *Dir. amm.*, 2008, I, 103 e ss.; F. VOLPE, *La non annullabilità dei provvedimenti amministrativi illegittimi*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, II, 319 e ss.; F. MIDIRI, *L’art. 21 octies della legge sul procedimento amministrativo è*

disposizione⁶, dal momento che esso può interessare (anche) provvedimenti amministrativi discrezionali (in concreto) e, in secondo luogo, in quanto regola che imporrebbe di riflettere – soprattutto – sul tema della distribuzione dell'onere di allegazione e di prova tra le parti processuali⁷.

Si tratta, pertanto, di comprendere se l'accertamento svolto dal giudice amministrativo ai sensi della disposizione richiamata⁸ sia realizzato attraverso una cognizione in via principale (*principaliter*), e come tale rientrante nei limiti oggettivi del successivo giudicato, ovvero in via incidentale (*incidenter tantum*), senza perciò essere ricompreso nella dimensione oggettiva della 'cosa giudicata'⁹.

Il suddetto interrogativo si correla a talune rilevanti questioni di ordine teorico-applicativo – che saranno oggetto di specifica attenzione¹⁰ – con riguar-

una disposizione di carattere sostanziale o processuale?, in *Foro amm. CdS*, 2007, I, 254 e ss.; D. SORACE, *Il principio di legalità e i vizi formali dell'atto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2007, II, 385 e ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio. Formalismo pratico, azione amministrativa ed illegalità utile*, Torino, 2006; FRACCHIA - M. OCCHIENA, *Teoria dell'invalidità dell'atto amministrativo e art. 21-octies, l. 241/1990: quando il legislatore non può e non deve*, in *Giustamm.it*, 2005. La letteratura sul tema dei vizi formali e procedurali antecedente all'entrata in vigore dell'art. 21-octies, comma 2, della l. n. 241/1990 è altrettanto ampia. Cfr., *ex multis*, V. CERULLI IRELLI, *Note critiche in materia di vizi formali degli atti amministrativi*, in *Dir. pubbl.*, 2004, I, 187 e ss.; ID., *Vizi formali, procedimento e processo amministrativo*, in *Cons. Stato*, 2003, XI, 2191 e ss.; V. PARISIO (a cura di), *Vizi formali, procedimento e processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2004; D.U. GALETTA, *Violazione di norme sul procedimento e annullabilità del provvedimento*, Milano, 2003; F. LUCIANI, *Il vizio formale nella teoria dell'invalidità amministrativa*, Torino, 2003; G. MORBIDELLI, *Invalidità e irregolarità*, in AA.VV., *Annuario A.I.P.D.A. 2002*, Milano, 2003, 79 e ss.; A. POLICE, *L'illegittimità dei provvedimenti amministrativi alla luce della distinzione tra vizi c.d. formali e vizi sostanziali*, in *Dir. amm.*, 2003, IV, 735 e ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *Illegittimità e annullabilità del provvedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, II, 409 e ss.; F. FRACCHIA, *Vizi formali, semplificazione procedimentale, silenzio assenso e irregolarità*, in *Dir. ec.*, 2002, III-IV, 429 e ss.

6 Il quale stabilisce che «[i]l provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato».

7 Su questi aspetti cfr. il significativo contributo di L. FERRARA, *L'allegazione dei fatti e la loro prova nella disciplina dell'annullabilità non pronunciabile: problematiche processuali e trasformazioni sostanziali*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, I, 229 e ss.

8 Di grande interesse sono le riflessioni in argomento portate da D. CORLETTI, *Vizi "formali" e poteri del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, I, 33 e ss.

9 Del resto, come è stato rilevato da autorevole dottrina processualistica (G. VERDE, *Brevi considerazioni su cognizione incidentale e pregiudizialità*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, I, 176), «[...] soltanto la cognizione in via principale è in grado di sfociare in un provvedimento suscettibile di passare in giudicato (sostanziale)».

10 Cfr. *infra sub* §§ 4.1 e 4.2.

do (i) ai riflessi dell'efficacia preclusiva del giudicato di rigetto (della domanda principale) rispetto al potere amministrativo di annullamento d'ufficio¹¹; (ii) alla relazione tra giudicato di annullamento (per effetto dell'accoglimento della domanda principale) e sopravvenienze di fatto o di nuovo 'jus'.

2. Art. 21-octies, comma 2, primo periodo, l. n. 241/1990 e 'dinamica processuale'

L'art. 21-octies, comma 2, primo periodo, della l. n. 241/1990 ha attribuito al giudice amministrativo uno specifico 'potere-dovere'¹² a esercizio necessario per tutte quelle controversie in cui la domanda di annullamento di un determinato provvedimento¹³ vincolato si fonda esclusivamente su vizi di legittimità (che la disposizione definisce) 'formale' o 'procedurale'. In queste ipotesi,

11 O, con soluzione analoga, nel caso di declaratoria di inammissibilità della domanda principale per carenza di interesse a ricorrere, attesa la natura 'apparentemente processuale' di una siffatta decisione giudiziaria siccome fondata sull'applicazione di disposizioni di natura sostanziale e, come tale, fonte di giudicato 'sostanziale' esterno ex art. 2909 c.c. al pari delle sentenze di merito. Cfr., per tutti, F. FRANCIOSI, *Sentenze di rito e giudizio di ottemperanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, I, 52 e ss.

12 In questi termini, molto chiaramente, Cons. Stato, Sez. V, 17 settembre 2008, n. 4414.

13 Nell'economia del presente scritto, l'utilizzo dell'espressione 'provvedimento vincolato' si giustifica esclusivamente in ragione del richiamo alla formula contenuta nella disposizione in commento, pur nella consapevolezza dell'ampio dibattito esistente in dottrina circa la natura provvedimentale o meno delle decisioni che costituiscono esercizio di attività vincolata. In argomento, si rinvia – da ultimo – alle significative riflessioni svolte da M. TRIMARCHI, *Decisione amministrativa e situazioni giuridiche soggettive*, in R. URSI - M. RENNA (a cura di), *La decisione amministrativa*, Napoli, 2021, 120 e ss. (nonché, del medesimo A., *La validità del provvedimento amministrativo. Profili di teoria generale*, Pisa, 2013, 122 e ss.); e F. FOLLIERI, *Decisione e potere nell'atto amministrativo vincolato*, in questa *Rivista*, 2017, I, 111 e ss. (nonché, del medesimo A., *Decisione amministrativa e atto vincolato*, in *Federalismi.it*, n. 7/2017, 22 e s.). Per la tesi secondo cui l'atto vincolato non è ascrivibile alla categoria del provvedimento amministrativo in quanto non espressione di potere cfr., oltre al fondamentale contributo di A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, I, 3 e ss., quantomeno G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, in ID. (a cura di), *Dizionario amministrativo*, I, Milano, 1983, 101 e ss.; e F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, IV, 376 e ss. Per l'opposta tesi secondo cui l'atto vincolato è qualificabile come provvedimento e costituisce esercizio di 'potere' (nell'accezione di potere 'costitutivo' dell'effetto giuridico', pur difettando nella fattispecie il potere 'determinante', ossia di scelta tra più alternative valide o di decisione sul conflitto di interessi), cfr. – per tutti – F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, 1995, I, 34: «[l]atto dell'Amministrazione, anche se la disciplina degli interessi è interamente contenuta nella legge (come nel caso di attività vincolata) può rimanere (e, secondo il nostro sistema positivo, resta) atto indispensabile per la costituzione dell'effetto, ossia indispensabile acciocché la disciplina degli interessi diventi giuridicamente vincolante» (per ogni ulteriore approfondimento sull'impostazione teorica dell'A., cfr. il precedente – e tutt'ora fondamentale – ID., *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, Perugia, 1979, 247 e ss.).

l'annullamento del provvedimento impugnato è subordinato al superamento di una previa 'prova di resistenza'¹⁴, quale è la verifica circa la complessiva validità (sostanziale) del contenuto dispositivo dell'atto gravato¹⁵.

La previsione in commento denota – su un piano più generale – la crisi del tradizionale postulato della cosiddetta eguale rilevanza del vizio di violazione di legge¹⁶, dal momento che nel passato regime ogni valutazione circa l'eventuale presenza di 'alternative amministrative' era rimessa all'amministrazione nella fase di (ri)esercizio del potere *post*-giudizio.

Diversamente, la riforma della legge sul procedimento amministrativo (art. 14 della l. n. 11 febbraio 2015, n. 15) ha incaricato gli organi giurisdizionali¹⁷ di svolgere il doveroso accertamento pregiudiziale *ex lege* in merito all'assenza di alternative del contenuto dispositivo del provvedimento impugnato, con conseguente dilatazione officiosa dell'oggetto del giudizio rispetto al c.d. '*thema*

14 Cfr. G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2017, 362, ove si ricollega l'art. 21-*octies*, comma 2, al principio giurisprudenziale della c.d. prova di resistenza («[l] 'atto impugnato non può essere annullato quando, pur emendato del vizio, non consentirebbe al ricorrente di raggiungere il risultato sperato») nonché al principio di economia del processo e dell'attività amministrativa (p. 363).

15 La *ratio* della nuova regola si lega a una pluralità di principi o ragioni, come è stato evidenziato dalla dottrina (sia consentito rinviare, per una sintesi delle principali ricostruzioni proposte in letteratura, a S. VACCARI, *Atti vincolati, vizi procedurali e giudicato amministrativo*, cit., 487 e s.) e dalla giurisprudenza (cfr., per tutte, T.a.r. Sicilia-Palermo, Sez. II, 10 maggio 2011, n. 904): evitare la patologia della 'professionale caccia all'errore'; il principio di conservazione degli atti giuridici; il principio di prevalenza della 'sostanza' sulla 'forma' (con conseguente transizione da una legalità delle 'forme' a una legalità dei 'contenuti'); la teorica della legalità c.d. di 'risultato' (e, con essa, la maggior rilevanza accordata al paradigma 'idoneità-inidoneità' al raggiungimento del fine-interesse pubblico, in luogo dell'alternativa coppia di concetti 'conformità-difformità' dal paradigma legale); la sanatoria per raggiungimento dello 'scopo' della norma in analogia a quanto dispone – per gli atti processuali – l'art. 156, comma 3, c.p.c.

16 In questi termini, molto lucidamente, G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, Milano, 1994, 237, ove l'affermazione per cui «[...] tutte le norme attinenti ai poteri amministrativi sono vincolanti e lo sono in pari grado: ogni violazione, quale che ne sia il tipo, dà luogo ad illegittimità»: il che, ad avviso dell'autorevole dottrina, poteva dar luogo a fenomeni di patologica 'caccia all'errore' da parte dei privati ricorrenti. Cfr., anche, F.G. SCOCA, *Risarcibilità e interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 2000, I, 26, ove – sulla scorta del diritto positivo all'epoca vigente – si rilevava che, nella disciplina dell'invalidità del provvedimento amministrativo, non si faceva alcuna distinzione tra vizi formali e sostanziali: di talché, «[t]utti i vizi danno ingresso alla medesima tutela giuridica; in particolare, all'annullamento del provvedimento viziato, almeno allo stato attuale del 'diritto vivente'. Al fine di rendere giuridicamente rilevante la distinzione tra vizi formali e vizi sostanziali occorrerebbe pertanto un intervento legislativo, o, quanto meno, un rivoluzionario episodio di giurisprudenza pretoria».

17 Sulla 'sequenza interpretativa' che il giudice amministrativo deve svolgere per applicare la disposizione in commento e sulle relative problematiche sia consentito rinviare, *amplius*, a S. VACCARI, *Atti vincolati, vizi procedurali e giudicato amministrativo*, cit., 494 e ss.

decidendum individuato sulla scorta dei tradizionali criteri di identificazione delle azioni proposte dal ricorrente in combinato con le eventuali eccezioni e domande riconvenzionali presentate dalle altre parti necessarie del giudizio¹⁸. Il che, a sua volta, comporta una deroga di fonte legislativa al principio della domanda – e, in specie, al principio di corrispondenza tra ‘chiesto’ e ‘pronunciato’ – onde tutelare determinati interessi ritenuti dal legislatore meritevoli di prevalenza nella concreta dinamica processuale: in questo caso, la subordinazione della caducazione giudiziale degli atti amministrativi vincolati alla (previa) verifica della sussistenza di un preciso collegamento tra le illegittimità denunciate e la ‘lesione’ dell’interesse finale¹⁹ (o, se si vuole, pretesa sostanziale al bene della vita²⁰)²¹, stante altrimenti il difetto di utilità della pronuncia costitutiva di annullamento.

18 Cfr. FRACCHIA - M. OCCHIENA, *Teoria dell'invalidità dell'atto amministrativo e art. 21-octies, l. 241/1990: quando il legislatore non può e non deve, cit.*, 34 e s., ove gli A. individuano – tra le plurime conseguenze discendenti dal modello introdotto dall'art. 21-octies, comma 2, l. n. 241/1990 – l'‘attenuazione’ del principio della domanda nel processo amministrativo. E invero, «[q]ualora [...] la parte chiedesse l'annullamento del provvedimento per violazione di una norma procedimentale e dunque per vizi formali, il giudice dovrebbe comunque estendere la cognizione agli eventuali vizi sostanziali ai fini della decisione, giacché solo in questo secondo caso potrebbe annullare l'atto impugnato. Il giudice amministrativo finirebbe dunque con il non rispettare il contenuto della domanda avanzata dalla parte, perché annullerebbe l'atto per motivi differenti, senza limitarsi al thema decidendum definito nel ricorso». Cfr., anche, F. SCIARRETTA, *L'art. 21-octies, 2° co., primo periodo, L. n. 241/1990: aspetti sostanziali e processuali*, in V. CERULLI IRELLI - L. DE LUCIA (a cura di), *L'invalidità amministrativa*, Torino, 2009, 96 e ss.; e D. CORLETTI, *Vizi “formali” e poteri del giudice amministrativo, cit.*, 36 e ss.

19 Cfr. le importanti riflessioni di G. GRECO, *Dal dilemma diritto soggettivo-interesse legittimo, alla differenziazione interesse strumentale-interesse finale*, in *Dir. amm.*, 2014, III, 479 e ss.

20 Per ogni approfondimento sul concetto di ‘pretesa sostanziale’ non può che rinviarsi all'ampio e rigoroso studio di A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo. I. Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento (Premesse allo studio dell'oggetto del processo amministrativo)*, Torino, 2020, *passim*.

21 A questo proposito, cfr. V. CERULLI IRELLI, *Note critiche in materia di vizi formali degli atti amministrativi, cit.*, 213, ove il rilievo per cui «[...] se l'oggetto del giudizio si identifica con la pretesa del ricorrente ad ottenere il bene della vita al quale ha titolo, il carattere sostanziale o formale della violazione si manifesta rispettivamente in funzione della idoneità del vizio a frustrare o meno la soddisfazione di tale pretesa». Con la consueta sensibilità e lungimiranza, G. PASTORI, *Dalla legge n. 241 alle proposte di nuove norme generali sull'attività amministrativa*, in *Amministrare*, 2002, III, 315, nel commentare l'iniziativa legislativa che avrebbe portato all'entrata in vigore della l. n. 15/2005 (e, con essa, l'art. 21-octies della l. n. 241/1990), manifestava alcuni dubbi in merito alla possibile restrizione delle garanzie procedurali quale effetto della segnalata riforma: di talché, ad avviso dell'autorevole dottrina, «[...] togliere rilevanza al rispetto delle norme di procedimento e di forma può giustificarsi solo in presenza di un giudizio amministrativo diversamente impostato non più sulla legittimità dell'atto, ma sulla pretesa sostanziale ovvero sulla legalità sostanziale del rapporto fra amministrazioni e interessati, altrimenti si risolve in una riduzione della tutela. E che al più si dovrebbe distinguere fra il rispetto di forme sostanziali o meno».

lamento a fronte di un ri-esercizio del potere amministrativo a esito sostanzialmente ‘scontato’²².

Di talché, in questa tipologia di controversie amministrative, il problema della ‘validità sostanziale’ è sempre ricompreso nella materia del contendere: (i) in forza della domanda del ricorrente, qualora siano espressamente addotte censure di ordine sostanziale; ovvero (ii) *ex officio* laddove – come è il caso di interesse delle presenti riflessioni – la domanda di annullamento si fondi esclusivamente su censure di ordine formale o procedurale.

3. Accertamento della ‘complessiva’ validità del provvedimento vincolato e giudicato amministrativo

Svolte le superiori considerazioni, è possibile sostenere che l’accertamento giudiziale sulla ‘complessiva’ validità del provvedimento impugnato nelle fattispecie regolate dall’art. 21-*octies*, comma 2, primo periodo, della l. n. 241/1990 (per ‘assenza di alternative’ del contenuto dispositivo) sia svolto in via ‘principale’ siccome riconducibile alla categoria della c.d. pregiudizialità logica.

La giustificazione della tesi impone alcuni passaggi argomentativi, e segnatamente l’inquadramento dell’accertamento in questione nell’ambito della teoria della pregiudizialità²³, ove – com’è noto – si distingue tradizionalmente tra punti, questioni (*i.e.* i punti controversi che costituiscono antecedente logico-giuridico per statuire sulla domanda principale) e cause pregiudiziali²⁴. La regola generale è nel senso della cognizione *incidenter tantum* dei punti e delle questioni pregiudiziali²⁵, giusta la lettura ‘*a contrario*’ dell’art. 34 c.p.c.²⁶; con ana-

22 In giurisprudenza, molto chiaramente, Cons. Stato, Sez. VI, 27 febbraio 2012, n. 1081.

23 Cfr., oltre al fondamentale contributo di A. ROMANO, *La pregiudizialità nel processo amministrativo*, Milano, 1958, e al classico studio di F. MENESTRINA, *La pregiudiziale nel processo civile*, Vienna, 1904, quantomeno, E. GARBAGNATI, *Questioni pregiudiziali (dir. proc. civ.)* (voce), in *Enc. Dir.*, Milano, 1987; e V. DENTI, *Questioni pregiudiziali* (voce), in *Nss. Dig. It.*, Torino, 1967.

24 Per ogni approfondimento, si rinvia a G. PRIMERANO, *La pregiudizialità civile nel processo amministrativo*, Torino, 2017, 36 e ss., anche per la principale bibliografia in materia.

25 Cfr. A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2014, 61: «[I]l accertamento dei fatti costitutivi, impeditivi, modificativi ed estintivi non è mai coperto da autorità di cosa giudicata ed è sempre effettuato *incidenter tantum*, cioè ai soli fini della statuizione sul diritto fatto valere in giudizio dall’attore».

26 Art. 34 c.p.c. (‘*Accertamenti incidentali*’): «[I]l giudice, se per legge o per esplicita domanda di una delle parti è necessario decidere con efficacia di giudicato una questione pregiudiziale che appartiene per materia o valore alla competenza di un giudice superiore, rimette tutta la causa a quest’ultimo, assegnando alle parti un ter-

loga soluzione anche nelle fattispecie dei c.d. fatti-diritti legati da fenomeni di condizionamento-dipendenza in termini di pregiudizialità 'tecnica'²⁷.

Di conseguenza, la questione pregiudiziale è fatta rientrare nell'oggetto del processo, e per l'effetto nell'ambito oggettivo del successivo giudicato, soltanto a fronte (i) di un'esplicita domanda di parte (la c.d. volontà di parte) o (ii) di un'apposita previsione legislativa (la c.d. volontà di legge). Si potrebbe affermare – in termini di estrema sintesi – che «[...] l'ambito di manifestazione del fenomeno della pregiudizialità termina là dove comincia l'oggetto del giudizio»²⁸.

Nell'ambito della più generale classificazione sopra richiamata, una parte della dottrina processualistica – sulla scorta dell'influenza della teorica 'Zeuneriana'²⁹ – ha isolato l'ipotesi della c.d. pregiudizialità logica, la quale concerne tutte quelle situazioni in cui sussiste un rapporto di 'continenza' tra una 'parte' – il 'diritto' oggetto della domanda giudiziale – e un 'tutto' rappresentato dal rapporto giuridico sostanziale³⁰. In questi casi, il rapporto giuridico fondamen-

mine perentorio per la riassunzione della causa davanti a lui». Per un'esame della disposizione, cfr. R. TISCINI, Commento all'art. 34, in ID., Delle modificazioni della competenza per ragioni di connessione. Del difetto di giurisdizione, dell'incompetenza e della litispendenza, Bologna, 2016, 138 e ss.

²⁷ Per l'analisi e la definizione della fattispecie di c.d. pregiudizialità tecnica cfr. S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., 87 e s.: «[...] A) L'elemento pregiudicante è l'effetto di una distinta ed autonoma fattispecie; esso rileva sul piano sostanziale di per sé, a prescindere dal collegamento e dal riferimento al diritto pregiudicato, ed ha valore autonomo, poiché attribuisce direttamente al titolare una posizione di preminenza rispetto ad un bene della vita. Da ciò segue, sul piano processuale, la totale indipendenza della sua tutelabilità giurisdizionale [...]. B) L'entità, che si dice pregiudiziale, costituisce uno degli elementi della fattispecie del diritto pregiudicato; la prima non esaurisce la fattispecie del secondo, ma ne fa parte, congiuntamente ad altri e distinti fatti giuridici; C) Vengono in considerazione più rapporti giuridici, giacché l'effetto, che rappresenta un elemento della fattispecie del diritto dipendente, trova origine da un rapporto distinto ed autonomo; il che può essere espresso, in ultima analisi, indicando la pregiudizialità tecnica come un nesso tra rapporti diversi, tale che alla fattispecie dell'uno appartiene l'effetto o uno degli effetti dell'altro». Del medesimo A., cfr. anche ID., *Regiudicata civile* (voce), in *Dig. disc. priv.*, Torino, 1997, 434.

²⁸ Cfr. A. ROMANO, *La pregiudizialità nel processo amministrativo*, cit., 153. In termini analoghi cfr., anche, S. MENCHINI, *Accertamenti incidentali* (voce), in *Enc. giur.*, Roma, 1995, 8 e s.; e S. SATTA, *Nuove riflessioni sugli accertamenti incidentali*, in *Foro it.*, 1948, 67.

²⁹ Cfr. A. ZEUNER, *Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen rechtlicher Zusammenhänge: zur Lehre über das Verhältnis von Rechtskraft und Entscheidungsgründen im Zivilprozess*, Tübingen, 1959, 42 e ss., ove la formulazione della nota teoria del vincolo al c.d. motivo portante. Com'è noto, trattasi di impostazione dottrinale oggetto di contrastanti visioni nel panorama dottrinale domestico: basti il richiamo alle tesi contrapposte di S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., 123 e ss.; e C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo. Parte I. Dei limiti oggettivi e del giudicato costitutivo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, I, 226 e ss.

³⁰ Cfr. S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., pag. 92, nt. 78: «[...] la pregiudizialità logica descrive [...] il nesso tra il rapporto complesso e la sua parte, tra l'organismo e le singole membra, che da

tale è fatto rientrare nell'oggetto del processo e, correlativamente, nell'oggetto del giudicato dal momento che la cognizione su di esso viene a essere svolta in via principale³¹: s'intende, così, evitare la frammentazione processuale di rapporti giuridici sostanzialmente unitari³² nonché il possibile contrasto 'logico' tra giudicati.

Da questi argomenti si ricava una possibile giustificazione della tesi volta a inquadrare l'accertamento svolto dal giudice amministrativo ai sensi dell'art. 21-*octies*, comma 2, primo periodo, della l. n. 241/1990 come espressione di pregiudizialità logica³³. E invero, l'effetto giuridico domandato dal ricorrente (*i.e.* l'annullamento dell'atto amministrativo impugnato in ragione della sussistenza di vizi di legittimità formale o procedurale) rappresenta una 'frazione' della più ampia questione concernente la validità complessiva (formale e so-

esso ricavano la propria forza vitale».

31 In giurisprudenza, cfr. Cass. Civ., Sez. II, 9 luglio 2004, n. 12739; Cass. Civ., Sez. III, 19 gennaio 1999, n. 462; Cass. Civ., Sez. Lav., 7 marzo 1995, n. 2645. Più di recente, di grande rilievo per il tema in discorso, sono le sentenze 'gemelle' Cass. Civ., Sez. Un., 12 dicembre 2014, nn. 26242 e 26243, relativamente all'esistenza del dovere di rilievo *ex officio* della nullità del contratto nell'ambito delle azioni di impugnativa negoziale (tra i plurimi commenti cfr., quantomeno, C. CONSOLO - F. GODIO, *Patologia del contratto e (modi dell') accertamento processuale*, in *Corr. giur.*, 2015, II, 225 e ss.; S. MENCHINI, *Le Sezioni unite fanno chiarezza sull'oggetto dei giudizi di impugnativa negoziale: esso è rappresentato dal rapporto giuridico scaturito dal contratto*, in *Foro it.*, 2015, III, 931 e ss.; e A. PROTO PISANI, *Rilevabilità d'ufficio della nullità contrattuale: una decisione storica delle sezioni unite*, in *Foro it.*, 2015, III, 944 e ss.).

32 Cfr. S. MENCHINI, *Regiudicata civile* (voce), *cit.*, 437, nella parte in cui, al fine di valorizzare le esigenze pubblicistiche implicate dall'esercizio della tutela dei diritti, si sostiene che il processo «[...] non possa scindere, spezzettare l'unitario rapporto fondamentale e che, quindi, non sia lecito fornire ad esso discipline disomogenee, quando, invece, per diritto materiale le regolamentazioni debbono essere coordinate. La stretta interdipendenza che sussiste tra le singole pretese che compongono il rapporto complesso impone un'armonizzazione tra i giudicati, che può essere ottenuta soltanto estendendo l'efficacia della sentenza all'accertamento del rapporto». Il medesimo A., in *I limiti oggettivi del giudicato civile*, *cit.*, 113 e s., già affermava che «[...] la deduzione in giudizio di un singolo effetto fa sì che debba considerarsi oggetto della pronuncia e del giudicato anche il rapporto obbligatorio fondamentale [...]; la sentenza di accoglimento fa stato, oltre che sulla esistenza dell'effetto dedotto, sulla sussistenza e validità del rapporto giuridico, posto dal giudice a fondamento della pronuncia [...]».

33 A non voler accedere alla tesi proposta, si potrebbe comunque pervenire al medesimo risultato attraverso un diverso percorso argomentativo, ossia valorizzando il carattere *ex lege* dell'accertamento giudiziale sulla complessiva validità del provvedimento vincolato (ai sensi dell'art. 21-*octies*, comma 2, primo periodo, della l. n. 2421/1990). Lo stesso art. 34 c.p.c., infatti, individua la 'volontà della legge' quale presupposto (alternativo) per la cognizione in via principale sulla questione pregiudiziale.

stanziale) del provvedimento e, suo tramite, del rapporto giuridico amministrativo³⁴.

4. Alcuni corollari teorico-applicativi

Dalla tesi proposta³⁵ discendono alcuni importanti corollari teorico-applicativi con riguardo alle opposte fattispecie del rigetto della domanda principale d'annullamento (fondata esclusivamente su censure di ordine formale o procedurale) e dell'accoglimento della stessa.

4.1. (Segue): Giudicato di rigetto ed efficacia preclusiva

Nelle controversie esaminate, il giudicato di rigetto della domanda principale d'annullamento dà luogo a un accertamento completo del rapporto in senso favorevole all'amministrazione resistente in ragione della complessiva validità (per assenza di alternative del contenuto dispositivo) dell'atto impugnato³⁶.

Seguendo la ricostruzione indicata, detto accertamento si fonda su una cognizione giudiziale svolta in via principale: il che determina la relativa inclu-

34 È nota la difficoltà di una ricostruzione dogmatica del concetto di rapporto amministrativo, stanti peraltro i diversi significati attribuiti in dottrina a tale espressione. Cfr., nel contesto del più ampio dibattito esistente in letteratura, A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo. I. Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento (Premesse allo studio dell'oggetto del processo amministrativo)*, cit., 135 e s., ove l'indicazione del duplice 'piano' attraverso cui è possibile considerare la relazione tra i soggetti che si confrontano con il potere (e dal quale si ricavano i due differenti concetti di 'rapporto amministrativo'): «[I] 'uno indica la situazione che si crea a seguito della produzione dell'effetto, il quale determina [...] la creazione, modifica o estinzione di situazioni soggettive. Il rapporto che deriva dall'incisione del potere sulla realtà giuridica è quello che si ha, quindi, all'esito del suo esercizio. Esso non coinvolge, nei suoi termini, il potere come situazione giuridica, ma i suoi effetti. [...] L'altro tipo di rapporto, invece, riguarda il contesto relazionale all'interno del quale il potere viene considerato quale situazione giuridica soggettiva, quello, cioè, relativo al potere come modalità deontica di una determinata potenzialità precettiva [...]» (il che, ad avviso dell'A., non riguarda la 'situazione effettuale' originata in conseguenza dell'esercizio del potere, bensì la posizione dei singoli rispetto al potere da esercitare).

35 Ossia, la qualificazione dell'accertamento sulla complessiva validità (anche sostanziale) dell'atto vincolato sottoposto a contestazione giurisdizionale (sulla base di motivi di ricorso consistenti in mere violazioni di norme formali o procedurali) come cognizione in via principale in ragione di una pregiudizialità logica tra i due accertamenti.

36 Cfr. G. GRECO, *Giudizio sull'atto, giudizio sul rapporto: un aggiornamento sul tema*, in *Dir. soc.*, 2016, II, 225 e s., ove – molto chiaramente – si afferma che la fattispecie di cui all'art. 21-*octies*, comma 2, primo periodo, della l. n. 241/1990, nei casi di 'non annullamento' degli atti vincolati impugnati per soli vizi formali o procedurali «[...] *prefigura una sentenza di reiezione idonea ad accertare compiutamente il rapporto, in senso favorevole all'amministrazione. Una sentenza, in altre parole, idonea a coprire il deducibile in ordine ai vizi sostanziali, dato che la relativa assenza costituisce un presupposto logico ineluttabile dell'accertamento che il contenuto dispositivo dell'atto non avrebbe potuto essere diverso.*».

sione nel perimetro oggettivo del giudicato amministrativo, dal quale discende un effetto preclusivo pieno per la successiva attività delle parti.

Di conseguenza, la pubblica amministrazione rinviene nella suddetta decisione di rigetto la fonte di una preclusione ostativa all'esercizio del potere di annullamento d'ufficio³⁷, funzionale – in ipotesi – alla rimozione di vizi di legittimità sostanziale ritenuti sussistenti in esito a una valutazione effettuata successivamente alla formazione del giudicato amministrativo. Un siffatto provvedimento di autotutela dovrebbe, pertanto, qualificarsi come nullo *ex art. 21-septies* della l. n. 241/1990, siccome in contrasto con la 'regola' posta dal giudicato (*i.e.* l'accertamento sulla complessiva validità – anche sostanziale – dell'atto impugnato o, se si vuole, del rapporto amministrativo).

Rispetto a questa conclusione, potrebbe obiettarsi che l'effetto preclusivo della '*res iudicata*' vincoli la parte soccombente in giudizio ma non (anche) la parte vittoriosa, titolare del potere dispositivo di rinuncia al giudicato a sé favorevole. Tuttavia, diverse ragioni inducono a rispondere in senso negativo al segnalato rilievo: sia per garantire il rispetto del principio di legalità, a fronte dell'applicazione della legge come risultato della funzione giurisdizionale; sia per non intaccare l'effetto 'stabilizzante' del giudicato quale nuova 'fonte' rego-

37 A tale proposito, cfr. E. CASETTA, *Sulle potestà di annullamento d'ufficio, di revoca e di rinuncia della pubblica amministrazione di fronte al giudicato amministrativo*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1951, I, 178, ove si osserva che il problema dei limiti posti dal giudicato amministrativo ai poteri di autotutela della pubblica amministrazione «[...] è certo uno dei temi più interessanti e dei meno approfonditi da parte della dottrina». In argomento, di grande interesse sono le riflessioni di V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2017, 630, secondo cui «[...] l'Amministrazione non [può] successivamente annullare d'ufficio o riformare l'atto impugnato sulla base dei medesimi motivi di illegittimità dedotti in sede giurisdizionale e accertati siccome infondati». E ciò in quanto «[...] il giudicato (ma già la sentenza esecutiva) vincola la successiva azione amministrativa dettando ad essa una regola che non può essere violata (a pena di violazione del giudicato)». Da ciò ne discende (p. 631) che, laddove il giudicato di rigetto costituisca l'esito dell'applicazione dell'art. 21-octies della l. n. 241/1990, «[...] l'accertamento giurisdizionale non "copre" l'infondatezza dei motivi dedotti (come negli altri casi), che anzi si suppongono fondati, ma la sussistenza di una qualità dell'atto (per così dire), che esso cioè nel suo contenuto dispositivo non poteva essere diverso da quello in concreto adottato (appunto perché, come atto vincolato, risulta conforme al suo parametro normativo)», con la conseguenza che «[...] l'Amministrazione, in sede di autotutela, sia vincolata su questo punto, ben potendo (anzi, a maggior ragione, in tal caso) provvedere a convalida o regolarizzazione dell'atto, per sanare i vizi di carattere formali da cui risulti affetto, ma non rimuovere (se non sulla base di una sostanziale modificazione dell'assetto complessivo degli interessi) l'atto stesso nel suo contenuto dispositivo».

latrice (si potrebbe dire – in senso metaforico – ‘*lex specialis*’³⁸) del rapporto giuridico sostanziale³⁹.

Ma, invero, anche per un’ulteriore ragione più specifica, che si lega alla frequente natura a ‘doppio effetto’ dei provvedimenti amministrativi⁴⁰, i quali producono contemporaneamente effetti ampliativi o restrittivi a seconda della diversa posizione assunta dai destinatari nel rapporto con l’amministrazione ti-

38 Cfr. A. PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato civile e sui suoi limiti oggettivi*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, I, 390: «[...] il giudicato sostanziale opera come *lex specialis* staccando la disciplina del diritto fatto valere in giudizio dalla norma generale ed astratta». *Contra*, A. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, Torino, 2012, 89, nt. 52, per il quale la fonte della situazione giuridica accertata è pur sempre la norma giuridica e non l’‘accertamento’ giudiziale (in adesione all’autorevole ricostruzione di A. WACH, *Handbuch des Deutschen Civilprozessrecht*, I, Leipzig 1885, 6 e s., ove il rifiuto di riconoscere alla sentenza la natura di ‘*lex specialis*’ per non negare all’accertamento giurisdizionale il carattere dichiarativo di un ‘diritto preesistente’).

39 Cfr. E. CASSETTA, *Sulle potestà di annullamento d’ufficio, di revoca e di rinuncia della pubblica amministrazione di fronte al giudicato amministrativo*, *cit.*, 188 e s., secondo cui «[n]on può essere [...] consentito alla parte, sia pure essa la Pubblica Amministrazione, di sfuggire a tale obbligatorietà dell’accertamento giurisdizionale, senza distruggere, alle basi, il concetto stesso di giudicato. Ove l’Amministrazione potesse sottrarsi al rispetto della decisione irrevocabile, attraverso l’esercizio della potestà di autoimpugnativa, od in qualsiasi altro modo, inutile ed erroneo sarebbe parlare di un giudicato amministrativo». Di diverso avviso, F. BENVENUTI, *Giudicato (diritto amministrativo)* (voce), in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, 905, ad avviso del quale il giudicato favorevole all’amministrazione non dispiegherebbe alcun effetto preclusivo con riguardo al successivo esercizio dell’autotutela, dovendo l’amministrazione semplicemente tenerne conto nell’ambito del procedimento di riesame: ciò che si spiega in ragione della costruzione del giudicato come ‘fatto’ teorizzata dall’autorevole dottrina (per un commento alla concenzone benvenutiana del giudicato amministrativo sia consentito rinviare a S. VACCARI, *Il giudicato nel nuovo diritto processuale amministrativo*, *cit.*, 122 e ss.). Più articolate sono le tesi di S. LESSONA, *Giudicato di legittimità dell’atto amministrativo e potere di autoimpugnativa*, in *Foro it.*, 1949, III, 172 e ss.; e F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, s.d., 292, in quanto fondate sul distinguo tra rapporti processuali ‘bilaterali’ (nell’ambito dei quali si ammette la possibilità di un annullamento in autotutela nei termini in discorso) e rapporti processuali ‘trilaterali’ (ove l’annullamento d’ufficio è da ritenersi precluso in ragione della presenza del terzo controinteressato).

40 Cfr. M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2022, 138, ove la definizione dei c.d. provvedimenti a ‘effetto duale’ (*Verwaltungsakte mit Doppelwirkung*) quali atti che producono «[...] ad un tempo un effetto ampliativo e un effetto restrittivo nella sfera giuridica di due soggetti distinti e che danno origine a un rapporto giuridico trilaterale». Il che si riflette nella maggior articolazione della dinamica dei rapporti tra l’amministrazione e i soggetti privati «[...] sia nell’ambito del procedimento, sia nell’ambito del processo, proprio perché si instaura anche una dialettica che vede contrapposti due interessi privati». Cfr., altresì, M. MONTEDURO, *Provvedimento amministrativo e interpretazione autentica. I. Questioni presupposte di teoria del provvedimento*, Padova, 2012, 83, nt. 52; G. GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo. Parte generale. I lineamenti essenziali del sistema*, Milano, 2010, 66 e s.; L. DE LUCIA, *Provvedimento amministrativo e diritti dei terzi. Saggio sul diritto amministrativo multipolare*, Torino, 2005, 38 e ss.; F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, *cit.*, 24 e s.

tolare del potere: il che spiega il fisiologico carattere 'plurilaterale' dei rapporti processuali nelle controversie di diritto pubblico⁴¹.

Quanto appena evidenziato ci pone, infatti, dinanzi all'esigenza di garantire un'adeguata tutela per i c.d. controinteressati, i quali rinvergono nel giudicato di rigetto la soddisfazione della propria pretesa giuridica e – per l'effetto – subirebbero un pregiudizio qualora l'amministrazione, rinunciando al giudicato a sé favorevole, dovesse disporre l'annullamento in autotutela del provvedimento 'accertato' come integralmente valido.

Si tratta, pertanto, di un'ipotesi di conflitto di interessi tra le due categorie di soggetti (entrambi) 'vittoriosi' con riferimento all'ipotesi considerata: da un lato, l'amministrazione resistente; dall'altro, i terzi controinteressati, legittimati a far valere in sede di ottemperanza l'eventuale nullità del provvedimento così adottato per violazione del giudicato.

4.2. (Segue): Giudicato di accoglimento e rilevanza delle sopravvenienze

Un secondo corollario applicativo riguarda, invece, il rapporto tra giudicato di annullamento e incidenza delle sopravvenienze (di fatto o di nuovo 'jus')⁴² ostative all'«accertata» pretesa del ricorrente. Si tratta di questione che mostra l'esistenza di una tensione tra due interessi (entrambi) meritevoli di protezione⁴³: da un lato, il fisiologico mutamento della realtà giuridica e fattuale per effetto del decorso del tempo; dall'altro, la portata 'stabilizzante' del giudicato.

In generale, la soluzione di equilibrio tra i due fattori è condizionata dalla superiore opzione interpretativa circa la natura principale ovvero incidentale

41 Cfr., per ogni approfondimento, G. MANNUCCI, *La tutela dei terzi nel diritto amministrativo. Dalla legalità ai diritti*, Rimini, 2016; e L. DE LUCIA, *Provvedimento amministrativo e diritti dei terzi. Saggio sul diritto amministrativo multipolare, cit., passim*. Più in generale, sulla centralità della figura del 'terzo' nelle formazioni sociali (e, tra queste, la burocrazia nel suo complesso) restano fondamentali le riflessioni di M. NIGRO, *Formazioni sociali, poteri privati e libertà del terzo*, in *Pol. dir.*, 1975, V-VI, 585 (oggi anche in ID., *Scritti giuridici*, Milano, 1996, II, 1150).

42 Per una sintesi delle principali questioni, cfr. G. PEPE, *Giudicato amministrativo e sopravvenienze*, Napoli, 2017, anche per i richiami bibliografici e giurisprudenziali.

43 Cfr., in particolare, M. CLARICH, *L'effettività della tutela nell'esecuzione delle sentenze del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, III, 545; e C.E. GALLO, *Giudicato amministrativo e successione di leggi nel tempo*, in *Foro it.*, 1980, III, 103.

dell'accertamento giudiziale *ex art. 21-octies*, comma 2, primo periodo, della l. n. 241/1990.

Con riguardo alle sopravvenienze di diritto⁴⁴ (c.d. *jus superveniens*⁴⁵), la tesi favorevole all'inclusione dell'accertamento sulla complessiva validità (sostanziale) del provvedimento impugnato nell'ambito dell'oggetto del processo – e, per l'effetto, nei limiti oggettivi del successivo giudicato amministrativo – accorda una maggiore protezione all'«accertata» pretesa sostanziale del ricorrente (anche) rispetto a un eventuale «*jus superveniens*» sfavorevole.

In questi casi, l'accoglimento della domanda principale di annullamento postula che il giudice amministrativo abbia accertato la sussistenza, non solo dei vizi di legittimità formale o procedurale adottati dal ricorrente, ma anche di ulteriori illegittimità sostanziali, tali per cui il contenuto dispositivo dell'atto gravato avrebbe «dovuto» essere diverso: talché, si viene a produrre un giudicato

44 Com'è noto, in assenza di una disposizione di diritto positivo dedicata alla soluzione dei conflitti tra decisione giurisdizionale e *jus superveniens*, la giurisprudenza ha adottato un criterio «empirico» (invero discutibile) assumendo quale limite temporale per la rilevanza delle sopravvenienze la notifica della sentenza di cognizione (in giurisprudenza, cfr. per tutte Cons. Stato, Ad. Plen., 9 giugno 2016, n. 11, in *Foro it.*, 2017, III, 186 e ss., con nota di S. VACCARI, *Ius superveniens e giudicato a formazione progressiva*, ove l'affermazione per cui «[...] nella contrapposizione fra naturale dinamicità dell'azione amministrativa nel tempo ed effettività della tutela, un punto di equilibrio è stato tradizionalmente rinvenuto nel principio generale per cui l'esecuzione del giudicato può trovare limiti solo nelle sopravvenienze di fatto e diritto antecedenti alla notificazione della sentenza divenuta irrevocabile [...]»). La questione, peraltro, è particolarmente rilevante nelle fattispecie regolate dal diritto amministrativo, atteso che – come è stato efficacemente osservato (M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, cit., 257 e s.) – la pubblica amministrazione riveste sovente il duplice ruolo di parte processuale e, al contempo, di soggetto titolare di poteri sostanzialmente normativi (com'è ben evidente, ad esempio, nella materia urbanistico-edilizia). Sui principali orientamenti dottrinali e giurisprudenziali prospettati per la soluzione della questione in esame cfr., *ex multis*, G. SIGISMONDI, «*Ius superveniens*» e giudicato amministrativo, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, X, 967 e ss.; R. COLONNA, *Giudicato e ius superveniens: un'armonizzazione difficile*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, II, 257 e ss.; F. FRANCIOSI, *Osservazioni in tema di giudicato amministrativo e legge interpretativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, II, 277 e ss.; C.E. GALLO, *Giudicato amministrativo e successione di leggi nel tempo*, cit., 108 e ss.; A. ANDREANI, *Annullamento giurisdizionale e «jus superveniens»: brevi considerazioni sugli effetti delle sentenze del giudice amministrativo*, in *Foro amm.*, 1972, VIII-IX, 920 e ss.

45 Cfr. S. COSTA, *Jus superveniens* (voce), in *Nss. Dig. It.*, Torino, 1963. Con riguardo al processo amministrativo cfr. il fondamentale contributo di S. PERONGINI, *La formula «ora per allora» nel diritto pubblico. II. Il provvedimento amministrativo «ora per allora». Preclusioni e limiti alle sopravvenienze di fatto e di diritto*, Torino, 2022. Sempre utile, anche, la ricostruzione di G. PALEOLOGO, *Tempo logico dei provvedimenti successivi alle sentenze del giudice amministrativo favorevoli al ricorrente*, in AA.VV., *Il processo amministrativo: scritti in onore di Giovanni Miele*, Milano, 1979, 393 e ss.

di 'spettanza'⁴⁶ che obbliga l'amministrazione soccombente a eseguire la sentenza di cognizione prescindendo da eventuali sopravvenienze di diritto confliggenti con il contenuto oggettivo del giudicato.

Accedendo, invece, alla diversa tesi della cognizione '*incidenter tantum*' sulla complessiva validità dell'atto impugnato, il ricorrente – benché formalmente vittorioso – si troverebbe a sopportare gli effetti negativi dell'eventuale sopravvenienza di diritto sfavorevole siccome non recante un profilo di contrasto con il giudicato (che, in questo caso, non coprirebbe i profili oggetto di cognizione meramente incidentale). In altri termini, la fattispecie ricadrebbe in una più semplice successione cronologica tra regole di diritto disciplinanti il potere⁴⁷: come tale, soggetta alla regola di soluzione espressa dal principio '*tempus regit actum*'⁴⁸.

Quanto alle sopravvenienze di fatto, è noto come esse rappresentino un limite all'esecuzione in forma specifica delle sentenze amministrative in ragione di modifiche irreversibili⁴⁹ della realtà materiale sulla quale dovrebbero essere tradotti in 'fatto' gli 'effetti' delle decisioni giurisdizionali passate in giudicato⁵⁰. A tale riguardo, la regola di equilibrio codificata nel vigente sistema di diritto

46 Cfr. D. CORLETTI, *Vizi "formali" e poteri del giudice amministrativo*, cit., 55: «[...] il giudizio di annullamento di provvedimenti vincolati diventa esclusivamente un giudizio di spettanza. Un giudizio sulla "meritevolezza intrinseca" della pretesa del privato. L'annullamento dell'atto vincolato segue dunque (solo) alla valutazione della fondatezza della pretesa del privato e trova solo in questa il suo fondamento». In proposito, cfr. anche F. TRIMARCHI BANFI, *L'interesse legittimo alla prova delle sopravvenienze normative*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, II, 525, ove si precisa che la categoria delle 'regole incomplete' è funzionale ad adattare l'oggetto del giudicato alla struttura della situazione giuridica dedotta nel giudizio di legittimità: il che «[...] postula un giudicato completo o incompleto secondo che la fattispecie dedotta in giudizio consenta oppure no di arrivare ad una decisione sulla spettanza dell'utilità finale, e di definire così il rapporto».

47 Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 19 giugno 2012, n. 3569: «[i]n presenza di azioni che [...] non sono idonee a condurre alla formazione di un giudicato che accerti pienamente il rapporto controverso, la relazione tra legge successiva e giudicato assume connotati diversi. La normativa successiva, potendo occupare gli spazi lasciati liberi dal giudicato, realizza normalmente una successione cronologica di regole di disciplina del potere pubblico».

48 Cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *L'interesse legittimo alla prova delle sopravvenienze normative*, cit., 511.

49 Evocativi, al riguardo, sono i due noti brocardi '*factum infectum fieri nequit*' e '*ad impossibilia nemo tenetur*' (oggetto, peraltro, di espresso richiamo in Cons. Stato, Ad. Plen., n. 11/2016).

50 Corretto è il rilievo di F. SATTA, *Brevi note sul giudicato amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, II, 307, nella parte in cui si osserva che «[...] fatti successivi al giudicato [...] possono condizionare in maniera determinante l'esecuzione del giudicato stesso: fino a precluderla».

processuale amministrativo (art. 112, comma 3, c.p.a.⁵¹) consiste nella conversione dell'esecuzione in forma specifica in esecuzione c.d. per equivalente.

Anche in questo caso, l'accoglimento della tesi sulla cognizione in via principale della questione relativa alla complessiva validità (non solo formale, ma anche sostanziale) dell'atto vincolato può contribuire ad accordare una maggior tutela per il privato ricorrente. Invero, l'accertamento sulla fondatezza della pretesa sostanziale rientrerebbe nei limiti oggettivi del giudicato, con la conseguenza per cui – anche dinanzi a una sopravvenuta impossibilità materiale di esecuzione della sentenza amministrativa – sarà sempre garantita la soddisfazione dell'interesse finale (o bene della vita), seppure nelle forme del risarcimento per equivalente ai sensi del richiamato art. 112, comma 3, c.p.a.

Al contrario, la tesi della cognizione meramente incidentale sull'assenza di alternative del contenuto dispositivo dell'atto impugnato trasferirebbe sul ricorrente (vittorioso, ma in tal caso solo formalmente) il rischio dell'eventuale sopravvenienza di fatto ostativa, dal momento che – stante la mancata inclusione dell'accertamento sulla fondatezza della pretesa sostanziale all'interno dei limiti oggettivi del giudicato – difetterebbero i presupposti richiesti dall'art. 112 c.p.a. per accedere al ristoro per equivalente.

5. Osservazioni conclusive

In forza di quanto rappresentato, la ricostruzione dell'accertamento svolto dal giudice amministrativo *ex art. 21-octies*, comma 2, primo periodo, della l.

51 Art. 112, comma 3, c.p.a.: «[p]uò essere proposta, anche in unico grado dinanzi al giudice dell'ottemperanza, [...] azione di risarcimento dei danni connessi all'impossibilità o comunque alla mancata esecuzione in forma specifica, totale o parziale, del giudicato o alla sua violazione o elusione». Cfr., a commento, V. LOPILATO, *Giudizio di ottemperanza*, in G.P. CIRILLO (a cura di), *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, Padova, 2014, 1101, ove si evidenzia che «[l]e sopravvenienze di fatto devono essere tali da incidere o comunque condizionare la possibilità di ottenere una tutela in forma specifica. La loro rilevanza è "attenuata" dalla previsione della tutela per equivalente azionabile nel caso in cui non si possa produrre un effetto di ripristinazione pieno»; nonché M. CHIOSSO, *Le sopravvenienze al giudicato e la correlata tutela sostitutiva per equivalente*, in *Giur. It.*, 2015, X, 2185 e ss. In giurisprudenza, cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 12 maggio 2017, n. 2, ove l'inquadramento della fattispecie di cui all'art. 112, comma 3, c.p.a. come 'misura compensativa': «[...] una sorta, in altri termini, di ottemperanza per equivalente [...] che sostituisce l'ottemperanza in forma specifica nei casi in cui questa non sia più possibile. Essa si traduce nel riconoscimento dell'equivalente in denaro del bene della vita che la parte vittoriosa avrebbe avuto titolo di ottenere in natura in base al giudicato».

n. 241/1990 come cognizione in via 'principale' (e non meramente incidentale) consente di assicurare una tutela delle pretese sostanziali dei ricorrenti conforme ai canoni dell'effettività, contribuendo – allo stesso tempo – a implementare taluni fondamentali valori funzionali del processo⁵², quali la concentrazione e la stabilità delle decisioni giurisdizionali⁵³.

52 *Contra*, laddove il richiamo ai valori funzionali implichi l'adesione al c.d. 'Inversion - Method', fonte di 'inevitabile precarietà', C. CACCIAVILLANI, *La cosa giudicata*, in *Dir. e soc.*, 2016, II, 258 e ss. nonché 276 e ss.

53 Evitando, così, il tradizionale carattere 'parentetico' del giudizio amministrativo, nei termini efficacemente descritti (in chiave critica) da M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, cit., 1, nella parte in cui si rileva che «[p]otere giurisdizionale e potere amministrativo si intersecano in una sequenza in cui il processo amministrativo rappresenta una sorta di parentesi tra azione amministrativa antecedente alla proposizione del ricorso giurisdizionale e azione amministrativa successiva al giudicato amministrativo». In giurisprudenza, cfr. T.a.r. Lombardia, Milano, Sez. III, 8 giugno 2011, n. 1428, ove il richiamo all'impostazione tradizionale del processo amministrativo nell'ambito della quale la cognizione giudiziale del rapporto amministrativo era 'filtrata' attraverso lo 'schermo' della questione di validità dell'atto controverso: [t]ale impostazione, alla cui stregua la soluzione della crisi di cooperazione tra Autorità e cittadino non approdava alla risoluzione in modo positivo e sostanziale del conflitto bensì si arrestava all'accertamento parentetico del profilo esteriore dell'atto». Per la costruzione di un giudicato amministrativo a 'spettanza stabilizzata' sia consentito rinviare a S. VACCARI, *Il giudicato nel nuovo diritto processuale amministrativo*, cit., 252 e ss.

P.A. Persona e Amministrazione
Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia
Legal Research on Public Administration and Economics
2022 n. 1 Vol. X