

BIAGIO GILIBERTI

Professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università Mercatorum

bgiliberti@quorumlegal.com

APPUNTI PER UNA RIFLESSIONE IN TEMA DI STABILITÀ GIUDICATO NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO

NOTES FOR A REFLECTION ON JUDICIAL STABILITY IN THE ADMINISTRATIVE PROCESS

SINTESI

Il contributo intende prospettare spunti di riflessione metodologici in merito al tema della sensibilità del giudicato alle sopravvenienze indotte da interessi della parte soccombente. A tal fine rivisita la teoria della separazione dei poteri, alla ricerca del suo significato originario, in parte sopraffatto da una visione istituzionalista del principio, essenzialmente volta a preservare l'equilibrio tra i tre tradizionali poteri dello Stato. Queste osservazioni sono svolte al fine di evidenziare che, negli equilibri costituzionali, agli interessi generali incarnati dalla pubblica amministrazione fa da contraltare uno statuto di sovranità dell'individuo che partecipa necessariamente alla costruzione dell'ordinamento, frapponendo limiti ai poteri e potenzialmente condizionandone la conformazione.

ABSTRACT

The essay puts forward methodological insights on the subject of the sensitivity of the res judicata to contingencies induced by interests of the losing public party. To this end, it revisits the theory of the separation of powers, searching its original meaning, partly overwhelmed by an institutionalist vision, essentially aimed at preserving the balance between the three traditional powers of the State. This is made in order to emphasize that, in constitutional balances, the general interests embodied by the public administration are counterbalanced by the sovereignty of the individual who necessarily participates in the construction of the processual legal system, placing limits on public powers and potentially conditioning their conformation.

PAROLE CHIAVE: *giudicato amministrativo – separazione dei poteri – sovranità dell'individuo – stabilità del giudicato*

KEYWORDS: *separation of powers - sovereignty of the individual - res judicata - stability of the res judicata - due process*

INDICE: 1. Introduzione; – 2. Principio della separazione dei poteri e struttura del processo amministrativo; – 3. Struttura del processo amministrativo nell'equilibrio tra poteri costituzionali; – 4. Sovranità della persona e principio di separazione dei poteri. Miscellanea: sindacato di merito e stabilità del giudicato.

1. Introduzione

È un fatto che il diritto amministrativo e il suo processo siano caratterizzati da un ciclico ed in molte ipotesi ininterrotto ritorno della dottrina sulle tematiche di teoria generale. Come ebbe ad insegnare anni orsono un insuperabile studioso discorrendo di discrezionalità amministrativa ¹, ciò si spiega in grossa parte considerando che non esiste un solo diritto amministrativo (inteso come sistema organico di istituti consolidati storicamente e sempre uguali a sé stessi) ma una pluralità di diritti amministrativi. Ciò può dirsi sicuramente *ratione materiae*, se e vero, come si ritiene, che, pur nell'ambito dell'unitarietà della stessa materia (il diritto amministrativo appunto), medesimi istituti di teoria generale si dispiegano operativamente secondo meccaniche differenti a seconda dello specifico contesto di regole amministrative in cui sono chiamati ad operare. Si pensi, per stare a degli esempi, alla discrezionalità amministrativa se osservata nel contesto del diritto di polizia, in quello della contrattualistica pubblica o in quello dell'urbanistica ed edilizia. Questo genere di osservazioni (l'idea dell'esistenza di una pluralità di diritti amministrativi) vale anche, e verrebbe da dire a maggior ragione, *ratione temporis*, con ciò volendo riferirsi alla fisiologica mutevolezza non tanto delle regolamentazioni positive, che pure è riscontrabile ma, a monte, al loro assetto teorico, ovvero sia oggi ed in ultima analisi alla loro percezione costituzionale. Come si è ricordato, storicamente non esiste una sola discrezionalità, perché riavvolgendo i nastri del tempo è possibile constatare che le sembianze dell'istituto, nel corso degli anni, hanno evidentemente subito evoluzioni significative (a partire dalla possibilità di controllo processuale

1 Ci si riferisce evidentemente a A. PIRAS, (voce) *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, Giuffrè, 1964, p. 65 ss..

su di esso, rispetto all'idea dell'esistenza di un merito comunque insindacabile²); al contempo, le maglie della legittimazione ad agire nel processo amministrativo, sia pur in maniera ondivaga, sono state ampliate a dismisura a partire dagli anni Settanta del secolo scorso, come testimoniano gli approdi di due recenti decisioni dell'Adunanza Plenaria in tema di *vicinitas* e di accesso al processo amministrativo da parte di associazioni e comitati di cittadini a tutela di interessi diffusi³. Gli esempi potrebbero continuare, ovviamente risalendo alla nozione forse più qualificante della specialità amministrativa: l'interesse legittimo⁴.

Quel che è certo, in ogni caso, è che la succitata mutevolezza, come testimoniato anche dall'interesse che costantemente riceve in giurisprudenza⁵ e in dottrina⁶, ha interessato l'istituto del giudicato amministrativo, che si pone – evidentemente non in via esclusiva – sul crinale dei rapporti tra poteri dello Stato e di quelli tra quest'ultimi e le persone che invocano e che, anzi, hanno sovente specificamente ottenuto tutela. Queste indicazioni, al netto di alcune questioni più moderne, quale quella delle *astreintes*, si sono primariamente concentrate sul tema della stabilità degli effetti del giudicato tra le parti del processo, quali eventuali limiti, se del caso conformativi, ad un futuro riesercizio del potere; rimandano, altresì, alla dimensione soggettiva del giudicato, alla sua ca-

2 Sia consentito il rinvio a B. GILIBERTI, *Il merito amministrativo*, Padova, 2013.

3 Si veda sul tema -; S. MIRATE, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo*, Milano, 2019, *passim*; G. MANNUCCI, *La tutela dei terzi nel diritto amministrativo*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2017, *passim*; M. MAGRI, *L'interesse legittimo oltre la teoria generale, Neutralità metodologica e giustizia amministrativa "Per una piena realizzazione dello Stato di diritto"*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2017, *passim*. Con specifico riguardo alla legittimazione ad agire degli enti esponenziali, non si prescinda da C. CUDIA, *Gli interessi plurisoggettivi tra diritto e processo amministrativo*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2012, *passim*. Per riflessioni critiche, non si prescinda da G. TROPEA, *Amministrazione per fini pubblici e giurisdizione*, in *PA – Pers. e Amm.*, 2021, 319 ss.; L. FERRARA – F. ORSO, *Sulla legittimazione ad agire nel processo amministrativo. A proposito di due recenti monografie*, in *Dir. Pubbl.*, 2020, p. 717 ss..

4 Cfr. F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Giappichelli, Torino, 2017.

5 Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 25 maggio 2021, n. 8.

6 Cfr. da ultimo S. VALAGUZZA, *Il giudicato amministrativo nella teoria del processo*, Giuffrè, Milano, 2017; A. CASSATELLA, *Le ripercussioni del giudicato amministrativo di annullamento nel processo penale*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2021, p. 492; S. VACCARI, *Il giudicato nel nuovo diritto processuale amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017, 213 ss.. Non si prescinda da M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, Cedam, Padova, 1989; C. CACCIAVILLANI, *Giudizio amministrativo e giudicato*, Cedam, Padova, 2005.

pacità di dispiegare regole e preclusioni anche nei confronti di chi parte del processo non sia stata.

È evidente che simili questioni non siano esclusive del diritto processuale amministrativo, perché i temi della sensibilità alle sopravvenienze in fatto e diritto e dell'efficacia soggettiva del giudicato configurano questioni di teoria generale del processo e, certamente, del suo paradigma principale, ovvero sia il processo civile. Sono, però, tematiche specifiche del processo amministrativo, nonostante il fatto che il processo civile, negli anni, è certamente assunto sempre più convintamente a modello cui ispirare la costruzione di un processo amministrativo finalmente concepito quale processo di parti equi ordinate.

Ad onta di un comprensibile e auspicato avvicinamento, nei limiti del possibile, della struttura del giudizio amministrativo a quello civile in nome del principio della parità tra le parti, permane nell'impostazione di ogni studio di siffatti temi una specificità ineluttabile. Essa si sostanzia nel fatto che una parte del processo amministrativo è portatrice di esigenze di carattere generale, le quali materialmente ben possono sopravvivere al giudicato, fino a supportare l'idea di un ragionevole statuto di clemenza – che si sostanzia nella sopravvivenza del potere al giudicato –, pur a fronte di errori commessi dalla parte pubblica nell'adozione del provvedimento annullato in giudizio. Un tema, in ultima analisi, di accondiscendenza “costituzionale” verso il potere pubblico a fronte di un ricorrente vittorioso, essendo chiaro – al contempo – che l'utilità ottenuta da questo molto spesso può essere qualcosa di ben diverso e meno soddisfacente del bene della vita, alla cui protezione aspirava ultimativamente.

Al tempo stesso, e venendo così al tema dell'efficacia soggettiva del giudicato amministrativo, non può non osservarsi – ancora una volta solo per segnalare le specificità dei contesti che si esaminano – che le amministrazioni sono obbligate all'imparzialità dei propri comportamenti fin dalla Costituzione e ciò non può non rilevare circostanziatamente nell'ambito di riflessioni che si interrogano sulla possibilità di una persona, che non abbia affrontato un pro-

cesso ma che si trovi in situazione analoga a quella di un caso coperto da giudicato amministrativo, di avvalersi della regola prodottasi con quel giudicato. Quello dell'efficacia soggettiva del giudicato non è comunque questione affrontata in questa sede.

Si tratta, ad ogni evidenza, di esigenze specifiche che oggi chiamano direttamente in causa la questione degli equilibri, necessariamente costituzionali vista la posta in gioco (la stabilità degli istituti – il giudicato – in nome della pienezza della tutela), tra potere pubblico e persona.

Non può essere revocato in dubbio che l'intera storia del processo amministrativo – dalla sua genesi fino al vigente codice – sia la storia di un lento percorso di parificazione tra le parti di quel procedimento; cionondimeno una certa percezione del potere pubblico rispetto all'individuo continua a sorreggere una pluralità di peculiarità del processo amministrativo. Gli esempi, tra i molti, sono quelli già posti in evidenza in materia tema di sindacato sulla discrezionalità, di accesso al processo alla luce di determinate visioni positivistiche della legittimazione ad agire e del rapporto tra potere pubblico e giudicato, senza dar conto delle specificità del regime istruttorio a tutt'oggi vigente ai sensi del codice del processo amministrativo.

Si tratta di questioni che solo in alcuni casi specifici si presentano apertamente quali tematiche normative; si pensi alle disposizioni del codice che riguardano la possibilità di definire in giudizio il rapporto tra le parti prevista per i soli casi di discrezionalità, anche tecnica, assente o esaurita. In altri casi, i riferimenti normativi sono assai scarni, se non assenti (è il caso della legittimazione e del giudicato). Predomina, nella visione delle già menzionate peculiarità processuali, al di là di tutto una componente teorica – per non dire ideologica - che ha fondamenta antiche. Queste fondamenta possono essere ricercate da prospettive differenti e, ad esempio, l'esame dell'impianto costituzionale può certamente offrire ben più che mere indicazioni. Vi è però che l'assetto del processo amministrativo – almeno nella sua matrice fondamentale dalla quale le già men-

zionate peculiarità originano – ha origini ben più datate, che risalgono fino alla legge abolitiva del contenzioso amministrativo e alle riforme che subito dopo dovettero essere congegnate. Il dibattito teorico e parlamentare che portò a quella normativa fu certamente un dibattito costituente, sebbene non formale, perché quella discussione venne dominata da argomenti costituzionali. Quella legge e quelle immediatamente successive, tuttavia, per quanto ispirate da intenti veritieramente garantisti, costruirono un assetto giuridico rispondente a logiche tipiche degli stati liberali e, come tali, disposte ad accordare tutta la tutela possibile ma pur sempre in un perimetro di facoltà per il giudice coerente con una stringente visione del principio di separazione dei poteri.

Risalendo alla sua essenza – almeno montesqueuiana – quest'ultimo, al netto di evidenti asimmetrie tra la parte pubblica e quella privata, non avrebbe dovuto porsi quale contrappeso ad una evoluzione paritetica dei rapporti processuali di diritto amministrativo, perché il principio sottintende ed effettivamente, nell'esperienza nazionale, realizzò valori di tutela della persona e dei suoi beni avverso l'arbitrio di una giustizia nell'amministrazione.

Ciò, tuttavia, è quello che è accaduto, perché effettivamente – per le ragioni che si vorranno osservare – il principio di separazione dei poteri, tra legge abolitiva del contenzioso e legge Crispi, condizionò in senso autoritativo la conformazione del processo amministrativo; un assetto che la legge istitutiva dei Tribunali amministrativi regionali non stravolse e che solo le riforme del 2000 e del 2010 hanno innovato.

E' quindi necessario, nel descrivere i connotati originari del processo amministrativo, riflettere specificamente del modo in cui venne inteso il principio della separazione dei poteri perché è dalla sua odierna rivisitazione – che come si dirà assumerà le sembianze di recupero degli originari significati – che possono discendere interessanti spunti ricostruttivi vuoi in generale per il processo amministrativo, vuoi sul tema della stabilità del giudicato amministrativo, verso

l'avvicinamento, almeno nei rispettivi valori costituzionali, delle parti del processo amministrativo.

2. Principio della separazione dei poteri e struttura del processo amministrativo

Come accennato, la genesi del processo amministrativo italiano fu effettivamente ispirata da intenti garantisti, nella convinzione che non fosse oltremodo accettabile, in un uno stato autenticamente ispirato a valori liberali, che all'amministrazione andasse riservato il privilegio di un proprio foro. Allo stesso tempo, salvo voci isolate, non venne mai messo in dubbio che la tutela del cittadino avverso le amministrazioni (che esercitassero poteri discrezionali) potesse dispiegarsi unicamente in coerenza e nei limiti della separazione dei poteri, ovverosia con l'ideologica impermeabilità dell'esecutivo rispetto al giudiziario.

In questa prospettiva, particolare attenzione deve essere prestata non solo ai poteri decisori del giudice amministrativo, che nella previsione del sindacato per eccesso di potere contenevano potenzialità che oggi appaiono imponenti nella logica della parità delle parti, ma a quelli istruttori. Assumendo di fondo l'idea che potere esecutivo e giudiziario non dovessero mai sovrapporsi, o meglio che quest'ultimo non dovesse invadere la sfera del primo, fu deciso che il massimo possibile da accordarsi al giudice in termini di istruttoria fosse la facoltà di rivolgere all'amministrazione unicamente la richiesta di “*nuovi schiarimenti?*”, di produrre ulteriori documenti o di svolgere “*nuove verificazioni?*”. In nome della separazione dei poteri, si favorì, dunque, l'affermazione di una specialità processuale amministrativa e a questo processo, coerentemente con la struttura cassatoria del giudizio di legittimità⁷, fu dato il nome di giudizio

⁷ Cfr. P. COTZA, *Il “merito amministrativo”. Contenuto, rilievo giuridico e correlata “giurisdizione”*, Napoli, 2012, p. 21: “*La coeva speculazione non era in grado di render conto univocamente delle implicazioni, in punto di cognizione, di quell’“approdo” politico: limitandosi a prenderne atto a fronte del principio di riparto dei poteri dello Stato; con conseguente radicamento del tendenziale divieto, per i giudici amministrativi, di procedere a valutazioni anulse da quelle di “obiettiva legalità” dell’atto.*”

sull'atto⁸, proprio a segnalare il carattere formalistico-cassatorio⁹. Al sistema venne data una intima coerenza - ideologica e strutturale -, se si pensa che nell'ambito della giurisdizione estesa al merito, al giudice amministrativo si riconosce il potere di ordinare, all'occorrenza, qualunque altro mezzo istruttorio e di definire il rapporto tra le parti. È evidente, infatti, che la previsione di una (così significativa) eccezione - data dalla tassatività delle ipotesi di giurisdizione di merito (e dalla sua voce più qualificante, ovvero l'ottemperanza al giudicato, in cui la sostituzione del giudice amministrazione poteva spiegarsi in nome di condotte di quest'ultima omissive o elusive dello stesso principio della separazione poteri) - ebbe quale conseguenza il rafforzamento teorico della regola: se il giudizio sul rapporto è solo quello della giurisdizione di merito, il giudizio di legittimità non può che essere qualcosa di sensibilmente diverso a tutti i livelli¹⁰.

8 Per considerazioni ulteriori e connesso corredo bibliografico sul tema sia consentito il rinvio -.

9 Espressione in merito alla quale molte indicazioni importanti possono ritrarsi dalla lettura di M. CLARICH, *L'effettività della tutela giurisdizionale tra riforme nazionali e influenza del diritto comunitario*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1998, p. 525 ss.. Si veda M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1994, p. 223: "L'atto amministrativo campeggia in questo processo in quanto esso è, come è stato già detto, un processo di impugnazione dell'atto amministrativo, un processo di demolizione giuridica (di demolizione, cioè, dell'atto amministrativo invalido), cioè, in definitiva, un processo all'atto. [...] Il processo amministrativo presenta questa natura sia nei giudizi di mera legittimità che in quelli di sindacato "anche in merito"". Successivamente alla codificazione del 2010, considerazioni critiche in ordine alla strutturazione del processo amministrativo di legittimità come giudizio cassatorio si rinvengono in G. VERDE, *L'impianto del codice nella prospettiva (ancora non pienamente realizzata) della parità delle parti*, in B. SASSANI-R. VILLATA (a cura di), *Il codice del processo amministrativo*, 2012, p. 79: "nel processo giurisdizionale l'amministrazione non è portatrice di un potere incompressibile, ma difende il potere esercitato. Il giudice amministrativo, pertanto, quando decide che il potere è stato esercitato male, ha nelle mani tutti i tasselli per stabilire quale sarebbe stata soluzione se il potere fosse stato esercitato correttamente, così che l'unico ostacolo ad intervenire con un suo provvedimento sostitutivo potrebbe essere dato dall'applicazione di un generale principio, in base al quale il giudice può disporre il risarcimento per equivalente soltanto quando "la reintegrazione in forma specifica risulta eccessivamente onerosa per il debitore". [...] C'è una sola eccezione. Quando il procedimento amministrativo non abbia avuto luogo o si sia svolto scorrettamente (in particolare, per violazione del principio del contraddittorio), la decisione del giudice non può essere altra che quella di un annullamento secco. [...] Ciò non vuol dire che il processo e il suo esito consumino il generale e permanente potere dell'Amministrazione di provvedere, senza del quale cesserebbe di essere tale. La vicenda processuale e il suo esito restano sempre subordinati alla clausola *rebus sic stantibus*, così che mai potrebbero impedire all'Amministrazione nuovi interventi, che ove passassero per la via dell'annullamento d'ufficio o della revoca, dovrebbero comunque garantire a chi li subisce un giusto indennizzo".

10 Cfr. A. POLICE, *Le forme della giurisdizione*, in F.G. COCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2013, p. 105.

Restava, però, quale intrinseca contraddizione logica la possibilità di sindacare per eccesso di potere, ovvero sia di addivenire – attraverso a canoni sostanziali, quali lo sviamento di potere e le sue “figure sintomatiche” – ad un controllo sostanziale circa la “bontà” dell’azione amministrativa. Cionondimeno siffatte potenzialità vennero intenzionalmente minimizzate, per non dire avversate, almeno negli intenti teorici, mediante la già osservata struttura dell’istruttoria processuale (quasi fosse pensata apposta per ostacolare l’operatività dell’eccesso di potere, limitando l’accesso del giudice al fatto), l’idea che le patologie di quest’ultimo dovessero sempre risultare manifeste (onde rimarcare che l’intervento del giudice potesse giustificarsi unicamente in ragione di una evidente frattura del rapporto istituzionale tra i poteri) e, non certo da ultimo, attraverso la coeva elaborazione della nozione di interesse legittimo, quale posizione giuridica soggettiva occasionalmente protetta.

Ecco, dunque, che un principio, evidentemente pensato quale architrave di garanzie contro l’arbitrio, venne piegato – invero non del tutto sorprendentemente rispetto all’uso che ne venne fatto nella sua dimensione politica – a logiche primariamente istituzionali, nella convinzione che il principio della separazione dovesse prima curarsi di preservare se stesso, garantendo l’equilibrio tra poteri (e delle retrostanti classi sociali) nei rigidi termini in cui veniva allora concepito e solo dopo rivolgersi alla realizzazione delle residue tutele possibili alle condizioni date. Ovviamente, una indagine retroattiva non deve portare ad esasperare simili affermazioni rispetto alle possibilità, anche solo concettuali, del tempo in cui furono elaborate; resta, però, parimenti il fatto che gli umori innanzi descritti attorno alla separazione dei poteri si ritrovano molto nitidamente negli scritti della dottrina del tempo, rileggendo la quale si apprezza quanto radicata fosse la convinzione dell’esistenza di una prevalenza di una delle parti nel processo, tale per cui il giudice amministrativo dovesse “*giudicare le controversie dal punto di vista dell’interesse generale e da tribunali penetrati dal principio che*

nel dubbio è l'interesse generale che deve predominare"¹¹. Il giudice amministrativo, dunque, quale giudice dell'interesse pubblico, in un contesto ordinamentale costruito per consentire l'esercizio non tanto della funzione pubblica ma dell'autorità amministrativa sulle persone, in quanto istituzione pari ordinata solo agli altri poteri della compagine statale.

Si realizzò, così, nella costruzione dell'ordinamento processuale amministrativo, una chiara retrocessione delle persone rispetto all'autorità pubblica che ben potette giustificare non tanto l'idea di un merito insindacabile, quella di limitate possibilità di accesso al processo amministrativo in termini di legittimazione in base alla teoria normativa¹² e, per quanto di interesse in questa sede, quell'ancora della facoltà della parte pubblica di superare il giudicato amministrativo quanto piuttosto la convinzione della loro indispensabilità sistematica.

Questa impostazione presentava – come osservato – un fattore di ineluttabile contraddizione nella figura dell'eccesso di potere (capace di ribaltare, come in molta parte accaduto, i predetti rapporti di forza, rendendosi volano di paritarietà), eppure è rimasta ben salda nell'impianto del processo.

È rimasta ben salda ad onta del fatto che la Costituzione, pur non rinunciando ed anzi ratificando la dimensione democratica, collettiva e partecipativa degli individui e la funzione costituzionale dell'amministrazione come potere dello Stato, riconosce – con ricchezza inusitata alla storia del diritto, almeno nazionale – uno statuto di sovranità alla persona con la quale il processo amministrativo e prima ancora il principio della separazione dei poteri nei rispettivi connotati storici non possono non esser messi nuovamente a confronto.

Un confronto, invero, forse non indispensabile nella semplice prospettiva della paritarietà delle parti del processo eppure necessaria considerando le caratteristiche storiche di quello amministrativo.

¹¹ Cfr. L. MEUCCI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1909, Vol. I, 62.

¹² Si consentito il rinvio a B. GILIBERTI, *Vicinitas e interessi diffusi. Legittimazione ed interesse ad agire nel processo amministrativo alla luce di due recenti pronunce dell'Adunanza Plenaria*, in *Urb. & App.*, 2022, p. 168.

3. Struttura del processo amministrativo nell'equilibrio tra poteri costituzionali

Non può essere revocata in dubbio la dimensione costituzionale del potere pubblico, ovverosia la possibilità – di soggetti formalmente pubblici o, anche, semplicemente pubblici in senso oggettivo – di conformare unilateralmente posizioni individuali, vuoi in senso favorevole, vuoi determinando soccombenze.

Questa dimensione di potere può confermarsi nonostante le potenzialità sistematiche offerte dal principio di sussidiarietà orizzontale (art. 118 Cost.), dal momento che quand'anche concepdone la più pronunziata prossimità alle persone e finanche distribuendolo tra queste, il potere pubblico presenta un nucleo di tematiche qualificanti. Ci si riferisce almeno all'indispensabilità della sua matrice legale (il principio di legalità) e a quella dei percorsi attraverso cui è possibile che si dispieghi (il procedimento amministrativo). La prima, invero, potrebbe spiegarsi in continuità con l'istituzionalismo che è stato osservato innanzi in ordine alla separazione dei poteri, eppure una simile impostazione renderebbe torto al formante che ispirò quella stessa elaborazione (la tutela delle persone avverso l'arbitrio) e al tempo stesso non spiegherebbe l'irrinunciabilità costituzionale del procedimento amministrativo (art. 29 l. 7 agosto 1990, n. 241).

La Costituzione rammenta e garantisce l'esistenza di un ulteriore fattore capace di condizionare, determinandolo, l'assetto istituzionale dello Stato e, a cascata, del processo amministrativo¹³. Un fattore solo limitatamente disponibile ai tradizionali poteri dello Stato. Se è vero, infatti, che la sovranità popolare concettualmente porta con sé le ragioni della prevalenza degli interessi generali sulle posizioni individuali, è nulla più che una semplice constatazione osservare che la Costituzione è disseminata di limiti all'esercizio del potere, quali presidi della libertà individuale. Si ritrova, infatti, incardinato negli artt. 2 e 3 Cost. e

13 Cfr. M. MAGRI, *L'interesse legittimo oltre la teoria generale, Neutralità metodologica e giustizia amministrativa "Per una piena realizzazione dello Stato di diritto"*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2017, p. 184.

disseminato in molti dei suoi luoghi, un unitario statuto di libertà e riconoscimento e valorizzazione della persona, che assurge ad elemento fondativo dell'intero disegno costituzionale¹⁴. In questo riconoscimento giuridico di inestimabile valore si ritiene che possa essere rintracciata un'unitaria e fondamentale posizione legittimante l'individuo avverso il potere pubblico, quale espressione della sua preesistenza giuridica rispetto all'ordinamento.

La dottrina che in passato meglio si dedicò allo studio del principio di separazione dei poteri significativamente evidenziò, in una prospettiva di assetto istituzionale ma pur sempre nella convinzione della indispensabilità del principio quale presidio di garanzie¹⁵, che tale dovesse essere considerato “ogni istituzione in grado di rivendicare il riconoscimento di uno status costituzionalmente garantito nel suo complesso”¹⁶. Questa osservazione induce a chiedersi se alla luce dell'impianto costituzionale, considerati – come in estrema sintesi fatto innanzi – i presidi che contornano e valorizzano la persona in Costituzione, anche rispetto a quest'ultima possa parlarsi di entità titolare della prerogativa di “rivendicare il riconoscimento di uno status costituzionalmente garantito nel suo complesso”. Una quarto potere, dunque, capace di determinare – assieme agli altri – l'assetto complessivo dell'ordinamento giuridico, non solo limitando il potere pubblico ad ogni li-

14 Come osservato in altra occasione (si consentito il rinvio a -) l'art. 2 Cost. riconosce e garantisce la “personalità” dell'essere umano e dei luoghi ove essa si svolge. L'art. 3 Cost. incarica la Repubblica di rimuovere ogni sovrastruttura che, nei fatti, si risolva in una limitazione della “libertà” delle persone, impedendone il “pieno sviluppo” e, a seguire, molteplici altri indizi in Costituzione ne rimarcano la radice personalistica. Vengono in rilievo le disposizioni dell'art. 38 Cost. per cui l'“assistenza privata è libera”, quelle dell'art. 41 Cost. per le quali “l'iniziativa economica privata è libera”, dell'art. 42 Cost. per il quale “la proprietà privata è riconosciuta e garantita”, i limiti posti dall'art. 43 Cost. all'intervento pubblico nell'economia. Si pensi, ancora, ripercorrendo a ritroso la Costituzione, al suo art. 33 che vuole libera “l'arte e la scienza” e il loro “insegnamento”, nell'ambito del riconoscimento di un generale regime autonomistico delle istituzioni di alta cultura e delle università (le quali “hanno il diritto di darsi ordinamenti autonomi”). Ed ancora, non possono non essere ricordate la libertà religiosa dell'art. 8 Cost. (“Tutte le confessioni religiose sono egualmente libere davanti alla legge”), la libertà personale che è “inviolabile”, secondo l'art. 13 Cost., quella di associarsi dell'art. 18 Cost. e tutte le altre forme di libertà che la Costituzione nel Titolo I della parte I riconosce.

15 Cfr. G. SILVESTRI, (voce) *Poteri dello Stato (divisione dei)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, p. 710: “Inserita nel più ampio contesto della concorrenza di una serie complessa di sistemi parziali, la teoria contemporanea della separazione dei poteri riproduce, nelle mutate condizioni odierne, le stesse istanze di garanzia e di libertà che erano proprie della dottrina montesquieniana”.

16 Cfr. G. SILVESTRI, (voce) *Poteri dello Stato*, cit., p. 710.

vello di espressione (legislativo o amministrativo o giudiziario che sia) ma anche conformando, dettando cioè dei livelli di pretese costituzionalmente irrinunciabili o, comunque, giustificando costituzionalmente la legittimità di scelte del legislatore primario. Resta il fatto che all'atto della sua genesi – e, in una prospettiva storicizzata, nonostante tutto quanto osservato innanzi, anche nel suo articolato invero nel diritto positivo – il principio della separazione dei poteri venne ispirato proprio a quella medesima trama di valori. Quel principio, infatti, nella raffigurazione teorica più nota¹⁷, fu pensato come presidio di diritto contro l'arbitrio, quale tutela della persona e dei suoi beni contro l'inarrestabilità del potere quando concentrato in uniche mani.

Siffatta dimensione costituzionale della persona, come accennato, pervade la costruzione dell'intero ordinamento giuridico e, quindi, condiziona anche la conformazione del processo amministrativo, quale luogo di tutela effettiva (art. 111 Cost.) delle posizioni giuridicamente rilevanti delle persone avverso vicende di potere pubblico (art. 24 Cost.).

Queste considerazioni risultano, invero, dense di potenzialità ricostruttive a partire dalla osservazione di base secondo la quale tra le parti del processo amministrativo, fermi i valori invalicabili della persona, dovrebbe postularsi una specificità di esigenze ma non certo anche alcuna asimmetria da cui far discendere l'idea di un'ontologica e aprioristica prevalenza di una sull'altra; si tratta, infatti, di soggetti portatori di essenze costituzionali sovente in contrapposizione e da conciliare, anche individuando nelle soluzioni legislative vuoi una prevalenza, vuoi i relativi contro bilanciamenti. Nell'istituto del merito amministrativo e, infine, in quello del giudicato possono rinvenirsi distinti esempi di quanto si prova a dire.

4. Sovranità della persona e principio di separazione dei poteri. Miscellanea: sindacato di merito e stabilità del giudicato

¹⁷ Si veda nt. 2.

Su alcune questioni si è provato a dire altrove¹⁸, sicché in questa sede si svolgeranno solo circoscritte considerazioni, volte ad evidenziare l'idea di un'unitaria linea ricostruttiva per una serie di tematiche del processo che, di contro, tecnicamente, presentano delle oggettive peculiarità.

Relativamente al merito amministrativo, conseguenziale ai ragionamenti svolti circa la considerazione che la Costituzione fa della persona è l'idea della implausibilità dell'esistenza di luoghi giuridici eppure imperscrutabili al giudice amministrativo vuoi in termini di accesso al fatto (non a caso la Corte Europea dei diritti umani¹⁹ da anni ammonisce dell'impossibilità di configurare un diritto delle amministrazioni all'*ipse dixit*²⁰), vuoi in termini di controllo della "qualità" dell'azione amministrativa alla luce di alcuni principi valoriali che devono conformare l'attività della pubblica amministrazione (ragionevolezza e proporzionalità, *in primis*). Questa prospettiva si avvalora empiricamente della parabola storica del vizio di eccesso di potere che testimonia proprio, a partire dal vizio

18 Cfr. G. SILVESTRI, (voce) *Poteri dello Stato*, cit., p. 711: "La garanzia rimane sempre quella di Montesquieu: la corrispondenza dell'atto ad uno schema normativo controllata da una autorità indipendente"; "Nessun ordinamento si presenta come rigorosa e coerente applicazione del principio della separazione dei poteri. Questo ultimo deve però rappresentare il punto di attrazione di ogni ordinamento che voglia mantenere un minimo di libertà concreta" (720).

19 Sul punto non si prescinde da M. ALLENA, *La rilevanza dell'art. 6, par. 1, CEDU per il procedimento e il processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2012, p. 569; ID., *L'art. 6 CEDU come parametro di effettività della tutela procedimentale e giudiziale all'interno degli Stati membri dell'Unione europea*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2012, p. 267; ID., *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo*, Editoriale Scientifica, Torino, *passim*;

20 Cfr. M. ALLENA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse: orientamenti tradizionali versus obblighi internazionali*, in *Dir. Proc. Amm.*, p. 1602. L'autrice analizzando il tema dal versante dell'art. 6 della CEDU afferma che "Insomma, la tecnicità della fattispecie non esime dal pieno accesso ai fatti, primo e irrinunciabile significato del concetto di "full jurisdiction". [...] non sono accettabili forme di accertamento definitivo da parte dell'autorità governativa, ossia non è ammissibile un approccio giudiziale che riconosca una sorta di "ipse dixit" in capo all'amministrazione: "the right guaranteed to an applicant under article 6 § 1 of the convention to submit a dispute to a court or tribunal in order to have a determination of questions of both fact and law cannot be displaced by the ipse dixit of the executive". [...] Non a caso, da ultimo, la stessa Corte di Strasburgo ha richiamato la sentenza *Menarini* per riaffermare che la "full jurisdiction" non può tollerare restrizioni in quanto al pieno (e sostitutorio) accesso ai fatti e, in genere, a tutti i punti di fatto, e di diritto rilevanti, di qualunque natura essi siano; nella sentenza *Segame Sa c. France*, si legge, significativamente, che "parmi les caractéristiques d'un tel organe judiciaire [ossia del giudice dotato di "full jurisdiction"] figure le pouvoir de réformer en tous points la décision entreprise rendue par l'organe inférieur. il doit notamment avoir compétence pour se pencher sur toutes les questions de fait et de droit pertinentes pour le litige dont il se trouve saisi".

di difetto di istruttoria, la propensione del giudice ad operare il proprio sindacato sulla discrezionalità.

Questa propensione riposa in termini strettamente tecnici e sull'idea che non possa esservi funzione giurisdizionale che non passi attraverso il controllo sui fatti posti a fondamento di una decisione contestata in giudizio e sulla presenza nell'ordinamento di principi che riempiono l'esercizio delle discrezionalità di contenuti giuridici garantistici, di modo che il potere non sia solo conforme al modello legale (al cui presidio sono destinati i vizi di incompetenza e violazione di legge) ma risponda ad un paradigma sostanzialistico conforme al significato costituzionale dei contendenti (esprima in sostanza buon andamento – art. 97 Cost., quale canone al contempo relazionale (volto a tutelare la persona specificamente interessata di una vicenda di potere) e autoreferenziale dell'azione esecutiva (come tale oggettivo)). E' evidente come tutto questo, in ragione della giuridicità che esprime, sia qualcosa di ben diverso dall'idea di uno stretto isolamento del potere esecutivo da quello giudiziario e che, piuttosto, si disveli chiaramente come, riportata nell'agone del processo (o meglio di un processo amministrativo improntato ad una visione che oggi appare costituzionalmente necessitata), ogni idea della separazione dei poteri rigidamente declinata dia luogo a costrutti quanto meno artefatti (fintanto che opereranno, in nome del valore riconosciuto alla persona umana, possibilità di sindacato per eccesso di potere). Il giudice, piuttosto, in nome di quel valore, non può che avere accesso al fatto controverso e compiti di giudizio sulla qualità dell'azione amministrativa²¹, sicché ad oggi la vera essenza della separazione dei poteri sembra rinvenirsi non tanto nel momento cassatorio (in cui è, realisticamente, solo tendenziale in quanto in ultima analisi rimessa al prudente apprezzamento del giudice circa la ragionevolezza e proporzionalità della decisione controversa), quanto nella possibilità di definire ultimativamente il rapporto controverso.

21 *Cfr.* Corte europea diritti dell'uomo, sez. II, 4 marzo 2014, n.18640.

La risposta ad una istanza di tutela del cittadino, tuttavia, non necessariamente – *id est* non costituzionalmente – sembra imporre l'epilogo della definizione giudiziale del rapporto controverso, specie una volta che si sia considerato che le esigenze di cui è portatrice l'altra parte del processo, quali pubblici interessi, ben potrebbero sopravvivere alla decisione di annullamento, nonostante gli errori compiuti dall'amministrazione. Al tempo stesso, una evoluzione in tal senso, l'idea – cioè – della possibilità di immaginare la generale sostituibilità del giudice all'amministrazione, una volta registrata una patologia del provvedimento impugnato ed anche in caso di poteri discrezionali non potrebbe che avere quale significato la sostanziale archiviazione del principio della separazione dei poteri ed indirettamente il suo portato di garanzie. Significativamente, non può ignorarsi che la stessa Corte Europea dei diritti umani lascia alla decisione degli Stati l'individuazione di chi tra amministrazione e giudice, a fronte di una decisione di annullamento, debba definire il rapporto con il ricorrente vittorioso ma al tempo stesso sembra parimenti sottintendere l'idea che nei contesti connotati da elevati tassi di discrezionalità (*e.g.* scelte urbanistiche) spetti primariamente all'amministrazione il compito di definire le regole²². Nell'ambito dell'ordinamento nazionale, indicazioni si rinvengono nel codice del processo amministrativo, nella parte in cui stabilisce che, nelle generali vicende di potere, al giudice spetti la definizione del rapporto controverso mediante il pronunciamento di una regola amministrativa unicamente nei casi di discrezionalità amministrativa o tecnica assente o esaurita. Questa posizione si muove, innovandola, nel solco della tradizionale ritrosia del legislatore ad immaginare in senso assoluto interferenze giudiziarie nelle vicende di potere amministrativo propriamente dette (quelle dominate, cioè, da discrezionalità). Di

²² Cfr. M. ALLENA, *Art. 6 CEDU*, cit., p. 314 che evidenzia che la giurisprudenza della Corte di Strasburgo relativa all'art. 6 CEDU avrebbe riconosciuto “*che l'intrinseco della scelta amministrativa possa, a certe condizioni, non essere ripetibile nemmeno in sede di “full jurisdiction”*”; tuttavia, trattandosi di un'eccezione alla regola, tende poi a relegare gli spazi di insindacabilità assoluta alle sole scelte amministrative più democraticamente rilevanti (dal punto di vista del principio di sovranità popolare), perché investenti le questioni fondamentali di governo della comunità come quelle di indirizzo e pianificatorie (tramite le quali vengono predeterminate le linee di sviluppo dell'azione amministrativa successiva), ovvero perché coinvolgenti profili di regolazione o di macro-organizzazione”.

contro, solo ove l'azione amministrativa presenti tratti di unilateralità ma non anche di discrezionalità (in qualunque senso intesa) sono stati rimossi i vincoli del passato. La scelta è chiara: innovare, preservando precise convinzioni teoriche del passato. Una decisione, infatti, che si muove nel crinale della effettività della tutela, preservando unicamente l'idea di potere più ortodossa (quello discrezionale) non tanto, come si è visto, in termini di insindacabilità, quanto di riesercizio del potere. Va però evidenziato – con valenza di mero spunto di riflessione sulle possibilità del legislatore ad ordinamento costituzionale dato – che i valori in gioco, e segnatamente il principio di effettività delle tutele processuali, parrebbero giustificare ulteriori contrazioni della riserva d'amministrazione connessa alla separazione dei poteri, soprattutto in caso di discrezionalità tecnica e, anche, in caso di tassi di discrezionalità non immediatamente interferenti con l'esercizio di funzioni amministrativa democratiche (e.g. pianificazione urbanistica e programmazione sanitaria)²³.

Questo assetto di cose – specie alla luce delle previsioni oggi rinvenibili nell'art. 10 *bis* l. 7 agosto 1990, n. 241, secondo cui “*in caso di annullamento in giudizio del provvedimento così adottato, nell'esercitare nuovamente il suo potere l'amministrazione non può addurre per la prima volta motivi ostativi già emergenti dall'istruttoria del provvedimento annullato*” – presenta evidenti connessioni con il tema della stabilità

23 Cfr. Corte Europea dei diritti umani, Sez. II, 27 Settembre 2011, n. 43509/08, A. Menarini Diagnostics s.r.l. c. Italia: “63. la corte rileva che, nel caso di specie, i giudici amministrativi hanno affrontato le varie questioni di fatto e di diritto della società ricorrente. Hanno poi esaminato gli elementi di prova raccolti dall'AGCM. Inoltre, il Consiglio di Stato ha ricordato che, quando l'amministrazione dispone di un potere discrezionale, anche se il giudice amministrativo non ha alcun potere di sostituirsi all'autorità amministrativa indipendente, può tuttavia controllare se l'amministrazione ha fatto un uso appropriato dei suoi poteri. 64. Pertanto, la Corte rileva che la competenza del giudice amministrativo non si è limitata ad un semplice controllo di legittimità. i giudici amministrativi hanno potuto verificare se, in relazione alle particolari circostanze del caso, l'AGCM aveva fatto un uso appropriato dei suoi poteri. Hanno potuto esaminare l'adeguatezza e la proporzionalità della misura dell'AGCM e anche controllarne le valutazioni di ordine tecnico. 65. Inoltre, il controllo effettuato sulla sanzione è stato di piena giurisdizione nella misura in cui il Tar e il Consiglio di Stato hanno potuto verificare l'adeguatezza della pena all'infrazione commessa e, ove necessario, avrebbero potuto sostituirla (v., contrario, *silvestro boreca service c. belgio*, n. 47650/99, § 28, 4 marzo 2004). 66. In particolare, il Consiglio di Stato, andando al di là di un controllo “esterno” sulla coerenza logica della motivazione dell'AGCM, ha eseguito un'analisi dettagliata dell'adeguatezza della sanzione in relazione a parametri rilevanti, come la proporzionalità della sanzione stessa. 67. La decisione dell'AGCM è stata sottoposta a un controllo a posteriori da parte di un giudice avente giurisdizione estesa al merito, pertanto nessuna violazione dell'articolo 6 § 1 della convenzione può essere rilevata nel caso di specie”.

del giudicato, ovverosia con l'esigenza di considerare fino a che punto sia ammissibile che il potere, una volta cassato in giudizio, sopravviva ai propri stessi errori in regione della sua natura rappresentativa dei pubblici interessi²⁴.

L'impianto tradizionale risulta ancora una volta ben chiaro: è nell'ambito del giudizio di ottemperanza che è concettualmente possibile riconoscere al giudice la facoltà di chiudere le vicende di diritto amministrativo, sottintendendo che la competenza giurisdizionale in quei casi muove dal presupposto della violazione da parte dell'amministrazione di turno degli equilibri istituzionali tra poteri, per via della violazione o elusione del giudicato²⁵. Rilevano poi, al di fuori del contesto del giudizio di ottemperanza, le tradizionali ipotesi di giudicato in grado di attribuire un preciso bene della vita (tipico e possibile in caso di attività vincolata) e di giudicato conformativo (connaturale all'attività discrezionale). Per quanto differenti le une dalle altre, si tratta di ipotesi che risalgono al medesimo schema concettuale: da un lato, si trova la persona con tutto il suo portato di sovranità (nei termini innanzi illustrati) per la quale, concettualmente, il processo non dovrebbe essere, quando vittorioso, sostanzialmente privo di utilità, dall'altro, esigenze collettive incarnate dalla pubblica amministrazione e rinvenibili in uno schema concettuale sempre propenso, nonostante gli errori commessi, a dar cura a quelle esigenze.

Questo conflitto di interessi è stato per anni regolato dal dogma della inesauribilità del potere, capace di estinguersi solo nel conflitto dei poteri a fronte, cioè, di comportamenti dell'amministrazione contrastanti con l'assetto

24 Cfr. M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018: "L'immagine di un flusso continuo, sempre efficiente, è approssimativa come lo sono tutte le metafore riferite ai fenomeni giuridici; ma rende bene l'idea del fenomeno di cui si tratta. L'inesauribilità è un carattere intrinseco al potere amministrativo, una qualità che gli è naturalmente propria e che determina o conforma il regime dell'attività amministrativa, non è (soltanto, o tanto) una espressione descrittiva di una certa disciplina giuridica".

25 Cionondimeno si tengano a mente le puntualizzazioni presenti in M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018: "La natura esecutiva del giudizio di ottemperanza comporta che neppure esso possa pervenire alla determinazione definitiva dell'assetto del rapporto, se la sentenza di cognizione l'aveva rimessa al potere amministrativo".

istituzionale della separazione dei poteri (ovverosia nei casi di violazione ed elusione del giudicato).

In realtà, la valorizzazione del valore che la Costituisce riconosce alla parte privata, in luogo di una visione unilateralmente orientata a ricostruire l'ordinamento processuale alla luce delle esigenze incarnate da quella pubblica consente di valorizzare l'idea che concepisce il potere come funzione con limitate connotazioni ontologiche e, in ogni caso, soggetto alla legalità, ovverosia alla conformazione datane volta a volta dal legislatore; come tale esso si presenta plasmabile vuoi in ragione di singoli specifici contesti ordinamentali, vuoi – per quanto di interesse - in ragione del quanto di garanzia e stabilità si intende riconoscere alla persona vittoriosa in giudizio²⁶. Di un simile approccio costituiscono riprova le norme della l. 241/1990 in materia di poteri di secondo grado, le quali testimoniano proprio che il potere, pur unitariamente proteso alla realizzazione del pubblico interesse, non è sempre uguale a sé stesso, perché in sede di riesercizio non può non tenere in considerazione le posizioni giuridiche sostanziali per come si sono evolute proprio in ragione di un precedente loro esercizio.

Sul tema della stabilità del giudicato amministrativo, l'ordinamento pare muovere passi incerti, se è vero come pare che indicazioni possono ritrarsi essenzialmente e indirettamente da una previsione sostanziale (art. 10 *bis* l. 241/1990), nemmeno contenente tutte le ipotesi di rilievo, come attentamente osservato²⁷. Al tempo stesso, dalle considerazioni innanzi svolte circa il valore

²⁶ Cfr. M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, p. 305: “D'altra parte, se si muove dalla premessa teorica e metodologica che l'inesauribilità del potere deve essere affermata o negata in ragione del diritto positivo, senza poter essere acriticamente desunta da una immaginaria “natura” del potere stesso, non si può che assegnare un peso decisivo alla circostanza che dopo il codice del processo amministrativo non permane nel diritto positivo alcuna disposizione dalla quale si possa desumere che, dopo il giudizio, il rapporto controverso rientra nella disponibilità della pubblica amministrazione, se non per i profili strettamente esecutivi”.

²⁷ Cfr. M. CLARICH, *Limiti oggettivi e soggettivi del giudicato amministrativo e riesercizio del potere*, in corso di pubblicazione in questa rivista: “Va menzionato l'articolo 10-bis della legge 6 agosto 1990 n. 241, modificato dal d.l. 16 luglio 2020 n. 76, con l'introduzione di una sorta di preclusione procedimentale, peraltro mal congegnata e probabilmente imperfetta nella sua formulazione, anche perché, come si dirà, non idonea a coprire tutte le ipotesi?”.

costituzionale della persona e dal raffronto con le soluzioni presenti nell'ordinamento circa i poteri di secondo grado, pare plausibile ritenere che i vantaggi conseguiti da un ricorrente nel processo amministrativo vengano pensati corredata da una presunzione di stabilità e, nel caso, da ristori indennitari in caso di necessario loro superamento per ragioni di pubblico interesse.