

LUCA R. PERFETTI
Direttore scientifico di PA Persona e Amministrazione
luca.perfetti@belex.com

**PROCESSO E POTERE NEL PRISMA DEL GIUDICATO
AMMINISTRATIVO: L'ASIMMETRIA RIBALTATA.
RILEGGENDO LA VOCE «GIUDICATO
AMMINISTRATIVO» DI FELICIANO BENVENUTI**

**ADMINISTRATIVE PROCESS AND PUBLIC POWER THROUGH THE
DIAMOND OF RES IUDICATA: THE OVERTURNED ASYMMETRY.
RECONSIDERING FELICIANO BENVENUTI'S «GIUDICATO
AMMINISTRATIVO»**

SINTESI

L'articolo prende le mosse dalla rilettura della voce enciclopedica di Feliciano Benvenuti, per mettere in luce il ribaltamento di prospettiva. Nel saggio della fine degli anni Sessanta il processo amministrativo appariva ancora molto fragile in relazione alla protezione dei diritti ed interessi legittimi delle parti private e consegnato al solo interesse dell'ente pubblico; in questa prospettiva la *res iudicata* assumeva un ruolo minimo, destinata ad essere travolta dal fluire dell'azione amministrativa. A fronte di un quadro deludente del processo amministrativo si avverte, invece, l'evoluzione dell'organizzazione e del potere pubblici. Senza che siano elementi decisivi dell'argomentazione del saggio di Benvenuti, emergono però elementi - come il procedimento e la giurisdizione esclusiva - suscettibili di considerazioni del tutto diverse alla luce della legislazione vigente. Esaminando la situazione di oggi, invece, la prospettiva pare ribaltata perché il diritto positivo presenta un processo amministrativo sostanzialmente adeguato al quadro costituzionale, entro il quale può essere teorizzata in modo adeguato la *res iudicata*. Al contrario, la teoria del potere pubblico è poco sviluppata, se non in virtù di pochi ma preziosi contributi di giovani studiosi. La prassi e la giurisprudenza sono, invece, vanno decisamente arretrando.

Il problema è che non si può avere una soddisfacente teorizzazione della *res judicata* se non a fronte di teorie del potere pubblico e del processo amministrativo coerenti con le norme costituzionali ed europee; se anche solo uno dei due fattori arretra, anche l'effettività della protezione delle pretese individuali viene compromessa. Attraverso l'esame delle teorie proposte negli ultimi decenni, l'articolo trova conferma della necessaria simmetria tra potere e processo e propone una sintesi del contenuto di accertamento della sentenza che determina effetti diretti sul rapporto e preclusioni all'attività amministrativa successiva.

ABSTRACT

The article takes as its starting point the re-reading of Feliciano Benvenuti's encyclopedic voice to highlight the reversal of perspective. In the essay of the late 1960s, the administrative process still appeared very fragile in relation to the protection of the rights and legitimate interests of private parties and consigned to the sole interest of the public body; in this perspective the *res judicata* assumed a minimal role, destined to be overwhelmed by the flow of administrative action. Against this disappointing picture of the administrative process, on the other hand, the evolution of public organization and power is felt. Without being decisive elements in the argumentation of Benvenuti's essay, however, elements emerge - such as the procedure and exclusive jurisdiction - that are susceptible to entirely different considerations in light of the legislation in force.

Examining today's situation, however, the perspective seems to be reversed because positive law presents an administrative process that is substantially suited to the constitutional framework, within which *res judicata* can be adequately theorized. In contrast, the theory of public power is little developed, except by virtue of a few but valuable contributions by young scholars. Practice and jurisprudence, on the other hand, are definitely lagging behind.

The problem is that there can be no satisfactory theorization of *res judicata* unless theories of public power and the administrative process are consistent

with constitutional and European standards; if even one of these two factors falls behind, the effectiveness of the protection of individual claims is also compromised. Through an examination of the theories proposed in recent decades, the article finds confirmation of the necessary symmetry between power and process and proposes a summary of the declaratory content of the judgment that determines direct effects on the relationship and preclusion of subsequent administrative activity.

PAROLE CHIAVE: processo amministrativo – potere pubblico – giudicato amministrativo – Feliciano Benvenuti

KEYWORDS: administrative process – public authority power – res iudicata – Feliciano Benvenuti.

INDICE: 1. Introduzione. – 2. Cultura del potere pubblico ed adeguatezza della tutela giurisdizionale; sulla voce Giudicato Amministrativo di Feliciano Benvenuti. – 3. Inversione del paradigma. Perché il processo è adeguato al modello costituzionale. – 4. (*segue*) e la concezione del potere non lo è. – 5. Conclusioni sulla cosa giudicata nel processo amministrativo, tra diritto positivo ed involuzioni.

1. Introduzione.

Rileggere oggi la voce dell'*Enciclopedia del Diritto* dedicata al giudicato amministrativo¹ sembra consentire di porre in luce il ribaltamento della relazione tra concezioni del processo amministrativo e del potere pubblico che si è determinato in pochi decenni di storia repubblicana. Già solo per questo, dunque, sembra opportuno dedicare a questo ribaltamento alcune spiegazioni.

Ma v'è dell'altro: il progressivo distanziarsi dell'esercizio del potere pubblico dai caratteri propri dello Stato-di-diritto e, più ancora, dal modello costituzionale, finisce per influenzare profondamente anche il processo amministrativo – almeno in alcuni suoi tratti essenziali – sicché sembra utile, nella costante influenza tra evoluzione del diritto sostanziale e di quello processuale, mettere in luce anche elementi di significativo rischio involutivo nel nostro diritto processuale.

In termini essenziali, si può osservare come nella sintesi di Benvenuti fosse assai chiaro che la struttura del processo amministrativo – limitata alla

1 F. BENVENUTI, *Giudicato (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, Giuffrè, 1969, 893.

cassazione dell'atto illegittimo – e l'inesistenza di una disciplina doverosa del procedimento conducessero ad un'alterità drammatica tra il giudicato amministrativo e quello civile – o, per dire diversamente, ad una sostanziale inesistenza dell'effetto di cosa giudicata nel processo amministrativo, giacché l'unico effetto perdurante risiedeva nell'impossibilità per l'ente di adottare nuovamente un atto identico a quello annullato in sede giurisdizionale perché illegittimo ed il giudicato era da intendersi come sostanzialmente nella disponibilità dell'amministrazione.

Ci si trova innanzi ad una sintesi – che mostra chiarissima la delusione rispetto allo stato del diritto positivo – nella quale sono molto evidenti i tratti dell'evoluzione del diritto sostanziale e delle concezioni del potere, nelle maglie delle disposizioni e – soprattutto – del disegno costituzionale, a fronte di un processo amministrativo ancora estremamente attardato.

Non sarebbe difficile seguire i percorsi evolutivi di questo secondo, fino a giungere ad una struttura sostanzialmente adeguata ad assicurare il suo scopo costituzionale (art. 24 Cost.), vale a dire quello di assicurare la pienezza della tutela. Ciò che si deve registrare è, invece, che se il diritto sostanziale – fino almeno al principio di questo millennio – ha proseguito la sua evoluzione verso l'obiettivo di funzionalizzare il potere al godimento dei diritti costituzionali della persona, l'obiettivazione dell'azione e dell'organizzazione amministrative, la partecipazione e la paritarietà, negli ultimi decenni si è rapidamente mosso verso il polo opposto – aggravandosi vistosamente a fronte della crisi delle autonomie sociali e locali, delle incertezze ed inadeguatezze dell'organizzazione ed il moltiplicarsi di poteri derogatori, emergenziali, sottratti a garanzie e estranei ad altra direzione se non l'interesse dello Stato (sempre indefinito nei suoi contenuti).

Né è utile tacere che questo percorso ha visto come protagonisti la giurisprudenza amministrativa ed il legislatore, con significative distrazioni della dottrina.

In altri termini, se il problema del giudicato amministrativo in Benvenuti sembrava essere quello dell'inadeguatezza del processo ed inesistenza del procedimento, dopo una lunga e fruttuosa evoluzione, oggi i termini della questione sembrano ribaltati: abbiamo una disciplina del procedimento e del processo in grado di determinare l'accertamento del rapporto ed il formarsi della cosa giudicata intorno ad esso, strumenti processuali – pur non perfetti – perché si possa avere conoscenza del fatto, sindacato circa la sua ricostruzione e qualificazione nonché la valutazione posta in essere nell'esercizio del potere, si giunga ad accertare giudizialmente la relazione e limitare profondamente l'esecuzione; sul versante opposto, l'organizzazione amministrativa – vittima di un lungo recedere, confondersi delle forme giuridiche, ridursi dell'imparzialità e della professionalità – mostra profonde incertezze ed inadeguatezze, l'esercizio della funzione amministrativa viene cosparso della soggettività della valutazione discrezionale ritenuta insindacabile, la stessa teoria del potere – sostanzialmente abbandonata, se non dalla miglior giovane dottrina – e del provvedimento scivola non insensibilmente in paradigmi *pre-* o *praeter-* costituzionali.

Oggi, quindi, il problema non è tanto quello di non disporre di un processo in grado di produrre l'effetto di cosa giudicata se non in limiti così minuti da esser sostanzialmente irrilevanti, ma quello di condurre in un giudizio adeguato a fornire tutela e accertamenti suscettibili di passare in giudicato, un rapporto sostanziale cui si nega o depotenzia il valore di accertamento proprio del procedimento amministrativo, si afferma una radicale sudditanza all'interesse pubblico della stessa obiettiva interpretazione delle norme, agitando una clausola generale dal contenuto mai definito, una latitudine dell'insindacabilità dell'esercizio del potere – sotto le insegne della discrezionalità – difficilmente compatibile con lo Stato-di-diritto, quando il potere non abiti – come, invece, molto frequentemente accade – entro fattispecie derogatorie, emergenziali, *ad hoc*. La legalità e oggettivazione del potere apparivano quindi irraggiungibili senza una (potenziale) stabilizzazione processuale, mentre oggi, al contrario,

quest'ultima pare irraggiungibile a fronte di un potere in parte ritenuto – a motivo delle concezioni del potere e della discrezionalità – ed in altra divenuto – in ragione del contenuto delle disposizioni di legge e della totale deformalizzazione della teoria delle fonti – sostanzialmente insindacabile. Se il problema di Benvenuti, in relazione alla cosa giudicata, era l'inanità del processo e l'assenza del procedimento, il nostro è la stessa teoria del potere nel diritto sostanziale, i radicali arretramenti autoritari dell'ordinamento e la limitata attenzione della dottrina di diritto sostanziale.

I due ambiti tematici, naturalmente, non sono tra loro impermeabili.

Ed, infatti, sempre più frequentemente, la moltiplicazione dei riti, la riduzione della tutela cautelare relativamente a materie ritenute di interesse strategico e, soprattutto, l'affermarsi di orientamenti giurisprudenziali che conducono all'insindacabilità di vaste aree del potere pubblico ed all'irrilevanza di segmenti decisivi del procedimento amministrativo, riporta al processo l'involuzione del diritto sostanziale. Forse più ancora, la circostanza, per stare nel perimetro del problema del giudicato, è chiaramente leggibile nell'esecuzione della sentenza (che non è neutro culturalmente qualificare, in modo molto impreciso, come riesercizio del potere), susseguente il formarsi della cosa giudicata, giacché v'è – in dottrina e giurisprudenza – chi ammette che l'accertamento del rapporto formatosi nel procedimento venga coperto – attraverso il giudizio sulla validità dell'atto – dal giudicato, che l'amministrazione non possa agire in contrasto con quanto ha previsto in sede di preavviso di rigetto, che la manovra sulle domande ammesse dall'art. 34 C.P.A. consentirà una piena tutela dell'interesse pretenitivo giacché il giudice, nei limiti della domanda del ricorrente, potrà condannare l'amministrazione all'adozione delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio (art. 34 C.P.A., lett. *c*) nonché disporre le misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato (art. 34 C.P.A., lett. *e*), quando non condannare l'ente ad adottare il provvedimento richiesto (art. 31 C.P.A., co. 3). Tuttavia, ci si affretterà ad osservare che tutto ciò non toglie al-

cunché alla natura inesauribile del potere amministrativo² e, soprattutto, che non potrà limitare il successivo³ potere discrezionale – sempre più considerato, espressamente o implicitamente, insindacabile.

Peraltro, non è infrequente leggere in giurisprudenza, anche recente, insegnamenti largamente più prudenti ed arretrati, che meriterebbe discutere parzialmente, così come in generale la giurisprudenza – con il sostegno di parte della dottrina – oppone alla piena applicazione di regole costituzionali (art. 24 Cost.) e dell'Unione (art. 6 Cedu) un'affermazione ideologica del principio di separazione dei poteri (che non ha alcun fondamento costituzionale espresso) che, in relazione alla cosa giudicata ed al processo di esecuzione (o ottemperanza) riceve un'applicazione variabile e non di rado largamente discutibile⁴.

La relazione tra diritto sostanziale e cosa giudicata è il problema essenziale di questa seconda, che sarebbe quasi inutile osservare indipendentemente dal confronto con il potere dell'amministrazione; anche per questo è utile riprendere l'insegnamento di Benvenuti (che proprio lungo questo crinale si muove pressoché interamente), alla luce di quello della miglior dottrina processualistica, che osserva che *«il vero nodo è l'individuazione delle prescrizioni discendenti dal giudicato a carico dell'amministrazione: laddove simili prescrizioni sussistano l'amministrazione è vincolata (e suscettibile di surrogazione tramite procedimenti esecutivi); se permangono ambiti di discrezionalità, si resta al di fuori dello spettro degli effetti della sentenza»*⁵.

2 Ma, sul punto, con la consueta precisione e profondità, M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, specie da 32, ove, con richiamo a dottrina autorevole, si indica il limite segnato dal giudicato al potere esercitato successivamente, considerando che l'annullamento dell'atto condiziona la successiva azione con il contenuto dichiarativo o costitutivo della sentenza; conseguentemente, *«ciò che viene accertato con efficacia di giudicato è soltanto l'esistenza del titolo giuridico contestato con il motivo accolto. Il giudicato, quindi, non preclude l'emanaazione di un nuovo atto del medesimo contenuto, se questo sia fondato su un altro "titolo" eventualmente preesistente»* - conclusione, questa, che avendo il merito di indicare il collegamento al titolo, potrebbe essere oggi rivista, quanto a titoli preesistenti, in ragione della giurisprudenza relativa al preavviso di rigetto.

3 F. SATTÀ, *Brevi note sul giudicato amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 307, sottolinea che i fatti successivi al giudicato *«possono condizionare in maniera determinante l'esecuzione del giudicato stesso: fino a precluderla»*.

4 Significativa in questo senso, e largamente criticabile, è la recentissima decisione T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 8 agosto 2022, n. 11098.

5 R. VILLATA, *Riflessioni in tema di giudizio di ottemperanza ed attività successiva alla sentenza di annullamento*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 370 ed ora in ID., *Scritti di giustizia amministrativa*, Milano, Giuffrè,

Sembra utile, quindi, tornare alla notissima (ma non sempre frequentata) voce benvenutiana dell'Enciclopedia del diritto.

2. Cultura del potere pubblico ed adeguatezza della tutela giurisdizionale; sulla voce «Giudicato Amministrativo» di Feliciano Benvenuti.

Non serve particolarmente indugiare sulla trattazione di Benvenuti, come frequentemente costruita sulla base delle tripartizioni kelseniane⁶ – e, quindi, ponendo in relazione l'effetto di cosa giudicata con il legislatore, la giurisdizione e le parti, tra le quali ovviamente l'amministrazione. Si colloca proprio nella relazione tra giudicato e rapporto tra le parti il tema di «*quale sia il rapporto tra l'immutabilità della sentenza e il fluire della vita giuridica e dei rapporti, che si svolge necessariamente secondo il criterio della mutevolezza*»⁷; immutabilità e mutamento finiscono per collocarsi la prima sul versante del giudice («*garante della conservazione rispetto al mutamento perenne della società e dei fatti giuridici*»⁸), il secondo su quello delle parti, sicché la cosa giudicata non è che il «*punto di equilibrio*»⁹ tra questi opposti movimenti, rilevante essenzialmente quanto al «*regime giuridico dell'attività delle parti successiva ad essa*»¹⁰.

2.1. Si colloca qui, sul versante del rapporto del giudicato con le parti il primo, essenziale, elemento di rilievo che occorre riprendere della trattazione benvenutiana: l'assenza di una disciplina di diritto positivo che renda doveroso il procedimento amministrativo.

La trattazione, tutta in nota e senza eco nel testo, è chiarissima: l'intonazione del giudicato amministrativo è differente da quella dell'ordinario non solo perché il suo oggetto è ristretto alla legittimità di una specifica decisione, quan-

2015, 1037 (la citazione è a 1046). Sull'attività successiva, per aggiornamento giurisprudenziale, G. PEPE, *Giudicato amministrativo e sopravvenienze*, Napoli, ES, 2017.

⁶ Per maggiori considerazioni in ordine alla sistematica in Benvenuti, sia consentito rinviare a L.R. PERFETTI, *L'azione amministrativa tra libertà e funzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017 (LXVII), 99.

⁷ F. BENVENUTI, *Giudicato (diritto amministrativo)*, cit., 897.

⁸ F. BENVENUTI, *op. loc. ult. cit.*

⁹ F. BENVENUTI, *op. loc. ult. cit.*

¹⁰ F. BENVENUTI, *op. ult. cit.*, 898.

to perché «la relazione di fondo tra amministrazione e giurisdizione non sembra consentire, nemmeno sul piano dogmatico, quella separazione netta tra sostanza e processo, ovvero quella possibilità di separazione, che è alla base dell'impostazione dei processualisti civili»¹¹; realtà sostanziale e processuale, quindi, si trovano in uno «stadio ancor di fusione o in stato confuso»¹², il giudizio «si pone necessariamente quale definizione della realtà sostanziale», sicché la giurisdizione si presenta come prosecuzione e completamento «anche sostanziale dell'amministrazione»¹³. Questa confusione tra sostanza e processo e limitatezza del secondo viene delineata come un fatto, sia pure verso il quale l'accento è critico, finché in una piccola annotazione, inattesa, in nota, senza enfasi, in poche righe, si colloca un passaggio decisivo e non ulteriormente valorizzato: «la controversia tra privato e amministrazione manca di un modo giuridico di rilevazione e di qualificazione sul piano strettamente sostanziale: occorrerebbe all'uopo una procedura amministrativa garantita in via generale»¹⁴. L'osservazione non viene ulteriormente ripresa e resta nascosta in una nota apparentemente dedicata ad una critica generale dell'indistinzione tra sostanza e processo nella vicenda amministrativa.

Qui, invece, è il tema essenziale: la formazione della decisione attraverso un procedimento amministrativo definito dalla legge determina un accertamento del rapporto nel diritto sostanziale, rispetto al quale la vicenda processuale si distingue ma, soprattutto, la cosa giudicata conterrà, comunque, l'accertamento e definizione di un rapporto giuridico di diritto sostanziale. Da oltre trent'anni una simile disciplina legislativa esiste, con l'evidente conseguenza che il procedimento è il luogo giuridico dell'accertamento del rapporto e la vicenda processuale vedrà definito quell'accertamento – in un senso o in un altro, attraverso la manovra delle parti in ordine ai mezzi di ricorso ed alle domande proposte – con valore di cosa giudicata.

11 F. BENVENUTI, *op. ult. cit.*, 897, nota 14.

12 F. BENVENUTI, *op. loc. ult. cit.*

13 F. BENVENUTI, *ivi.*

14 F. BENVENUTI, *ivi.*

Sul versante delle procedure, sia il procedimento che il processo – oggi, all'opposto rispetto al momento in cui scrisse Benvenuti – presentano regole e struttura adeguata alla piena protezione delle posizioni soggettive delle persone, come impone l'art. 24 Cost. quanto al giudizio. Ne riesce interamente superata la conclusione cui Benvenuti era costretto dal diritto positivo dell'epoca, non essendo più vero che sia «*da escludere che al giudicato amministrativo possa riconnettersi l'effetto di sostituire all'atto la pronuncia giurisdizionale come statuizione positiva su di un rapporto*» e «*ciò, quanto meno, prendendo in considerazione la giurisdizione generale di legittimità*»¹⁵ – ma, subito dopo, e di nuovo in nota, la considerazione è estesa anche alla giurisdizione esclusiva ed a quella di merito, poiché «*l'intera vicenda amministrativa, che culmina nel giudizio di validità, è necessariamente interiorizzata rispetto al potere definito dalla norma, giacché per definizione intanto vi è giurisdizione amministrativa in quanto vi sia potere dell'amministrazione*»¹⁶.

Tuttavia, per quanto sia la legge generale sul procedimento che il codice del processo amministrativo – se letti nella prospettiva delle regole dettate dalla Costituzione repubblicana e dalle norme e principi del diritto dell'Unione europea immediatamente rilevanti – assicurino un quadro largamente diverso a quello della legislazione che si presentava all'osservazione di Benvenuti, non deve essere tacita né la prudenza di buona parte della dottrina, né (e soprattutto) il progressivo arretramento della giurisprudenza su questi versanti; sul punto occorrerà tornare con maggiore precisione tra breve.

2.2. Prima di provare a mostrare per quali motivi il paradigma si sia invertito – e per quali altre ragioni v'è da essere profondamente scontenti nella nostra giurisprudenza ed in parte della nostra dottrina – rispetto alle regole costituzionali e dell'Unione, è necessario seguire il ragionamento di Benvenuti fino in fondo.

La cosa giudicata ha un rilievo sul rapporto limitato ai vizi per i quali l'atto viene dichiarato illegittimo, sicché «*non assorbe né preclude in qualche modo la*

15 F. BENVENUTI, *op. ult. cit.*, 898

16 F. BENVENUTI, *op. ult. cit.*, 898, nota 16

*persistente disponibilità nell'amministrazione della disciplina del rapporto tra interesse pubblico ed interesse individuale*¹⁷; con il che l'imperatività della decisione giurisdizionale si confronta con quella dell'atto espressione di potere esecutivo e, nel misurare questo rapporto, Benvenuti – diversamente da tanta giurisprudenza contemporanea – ci fa grazia di non proporre argomenti fondati sulla separazione dei poteri (che non trova alcun fondamento espresso nel nostro ordine costituzionale, diversamente dalla protezione giurisdizionale delle posizioni soggettive) quanto, piuttosto, ponendo l'unica questione sostanziale decisiva, vale a dire quella del perdurare del potere esecutivo (il «*potere proprio ed originario*» dell'amministrazione)¹⁸ in relazione alla fattispecie reale, pur ad esito della sentenza.

In questo senso la cosa giudicata opera come preclusione, come ovvio, ma non nei confronti del potere amministrativo e della sua capacità di disciplina del rapporto¹⁹, quanto in relazione ai limiti della discrezionalità in sede di riesercizio. Riferendosi alla giurisprudenza dell'epoca, se ne trae l'opinione per la quale la preclusione opera non già nei confronti del potere amministrativo in quanto tale, ma in relazione al suo esercizio, come vincolo alla discrezionalità; per questa ragione, la cosa giudicata non definisce il rapporto tra potere e situazioni soggettive ma, piuttosto, in relazione alla relazione tra potere ed atto e, quindi, in ordine all'esercizio del potere «*interpone un elemento che non può essere trascurato*»²⁰ – sicché, innanzi ad una simile trascuratezza, si verifica un vizio dell'atto che ne determinerà l'invalidità. Conseguentemente, la cosa giudicata che deriva dal processo amministrativo non consente la distinzione tra giudicato come qualità della sentenza ed effetti del giudicato, poiché non vi sono effetti che operano in via diretta, ma solo indirettamente sul versante del vizio del provvedimento successivo.

17 F. BENVENUTI, *op. ult. cit.*, 899.

18 F. BENVENUTI, *op. ult. cit.*, 901.

19 F. BENVENUTI, *op. ult. cit.*, 902.

20 F. BENVENUTI, *op. ult. cit.*, 902.

L'argomento mostra, tuttavia, un'impresione proprio a fronte dell'argomento decisivo: Benvenuti osserva come a fronte della riedizione del medesimo atto già annullato, in modo del tutto identico, non vi sarebbe una preclusione derivante dalla cosa giudicata, ma un'invalidità del provvedimento identico a quello già annullato e, tuttavia, si conclude come sia «*persino troppo facile rilevare come non sia già la dichiarazione di illegittimità dell'atto precedente a funzionare come vincolo rispetto al nuovo esercizio del potere, ma quell'accertamento di circostanze che aveva portato a valutare negativamente l'emanazione dell'atto rispetto ad esso. Ove quelle circostanze ancora sussistano, l'accertamento di esse con forza di giudicato farà sì che il confronto tra il nuovo atto e la fattispecie reale includa quell'accertamento*»²¹.

Se così è non se può passare inosservato il fatto che la sentenza, quindi, oltre ad annullare il provvedimento invalido, contiene un accertamento²² e quest'accertamento è coperto dalla cosa giudicata. In questi termini, quindi, la cosa giudicata, anche nel processo amministrativo, determina un effetto sul rapporto e, quindi, sul potere dell'amministrazione. Quest'ultimo, quindi, non può esprimersi in ogni modo – anche in quello invalido della replica dell'atto annullato – perché la fattispecie reale è oggetto di un accertamento coperto da giudicato. Ed allora, la relazione tra l'imperatività della sentenza e quella dell'atto amministrativo non si esprime nei termini che poche pagine prima Benvenuti esprimeva con sicurezza.

Ciò è tanto più vero oggi, a fronte dei dati del diritto positivo, in ragione dei quali (art. 21 *septies*, l. 7 agosto 1990, n. 241)²³ l'atto adottato «*in violazione o elusione del giudicato*» è nullo – ed il potere di adottarlo, quindi, è inesistente.

21 F. BENVENUTI, *op. ult. cit.*, 903.

22 Sembra utile notare come i termini della questione ritornino in F. BENVENUTI, *op. ult. cit.*, 905, anche in relazione ai vincoli che incombono sull'amministrazione in sede di autotutela conseguente la sentenza, sicché «*l'esercizio dell'autotutela sarà condizionato agli accertamenti compiuti dal giudice*».

23 Si deve osservare, tuttavia, che il profilo processuale, per come disegnato dalla legge, mostra degli elementi di contraddizione di quanto nel testo; se si esamina l'art. 31 c.p.a. (Azione avverso il silenzio e declaratoria di nullità) non si può non osservare come la pronuncia circa la fondatezza della pretesa dedotta in giudizio sia limitata alle ipotesi nelle quali si tratti di attività vincolata o non residuino «*ulteriori margini di esercizio della discrezionalità*» e non siano necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione.

Ne consegue che, se la cosa giudicata copre l'accertamento operato dalla sentenza, v'è un'operatività del giudicato diretta, nei confronti del rapporto, indipendentemente dal fatto che un procedimento doveroso e disciplinato dalla legge abbia preceduto l'adozione del provvedimento poi dichiarato invalido, con conseguente rilievo del giudicato su quell'accertamento.

2.3. Infine, merita di essere sottolineato il passaggio del lavoro di Benvenuti dedicato alla giurisdizione esclusiva che, testualmente, denota «*un giudizio e un giudicato coerenti con il ruolo di disciplina dei rapporti: il che accade nelle sentenze dichiarative di obblighi dell'amministrazione, dove appunto l'accertamento dell'obbligo viene a rappresentare insieme il contenuto della sentenza e l'oggetto al quale si riaggancia l'efficacia del giudicato*»²⁴. In questi casi, la sentenza fa stato tra le parti a termini dell'art. 2909 codice civile «*non subordinandosi al potere amministrativo*»²⁵ ed, anzi, «*l'effetto di giudicato da riconnettersi all'accertamento*» è esattamente quello di «*rendere certo e incontrovertibile il rapporto*» sottraendolo alla disponibilità del potere amministrativo, sicché la cosa giudicata comprende «*non tanto la sentenza come tale ma l'accertamento che ne forma il contenuto*»²⁶.

Non è difficile notare come il nostro ordinamento positivo proponga un quadro per il quale la giurisdizione esclusiva riguarda la più parte delle controversie che si svolgono innanzi al giudice amministrativo, sia per importanza che per rilievo, e la giurisdizione esclusiva – pur nella complessità e pluralità dei riti – tende a presentarsi come lo standard della giurisdizione amministrativa in sé; a ciò si aggiunga che i giudizi diretti ad ottenere la dichiarazione di obblighi in capo all'amministrazione – basterebbe pensare al rito sull'inadempimento del dovere di provvedere – non sono limitati alla giurisdizione esclusiva.

2.4. Vi sono, quindi, almeno tre elementi che emergono dalla lettura di Benvenuti e che non val la pena di trascurare nel nostro dibattito contemporaneo: il giudizio amministrativo ha ad oggetto la validità di provvedimenti che

24 F. BENVENUTI, *op. ult. cit.*, 909.

25 F. BENVENUTI, *op. loc. ult. cit.*

26 F. BENVENUTI, *op. ult. cit.*, 910.

derivano da un procedimento amministrativo necessario, giuridicamente rilevante e disciplinato dalla legge, nel quale si determina un accertamento destinato ad essere anch'esso oggetto del giudizio; la cosa giudicata, indipendentemente dal valore del procedimento amministrativo, copre profili del rapporto ed incide direttamente sul potere – determinandone l'inesistenza collegata alla nullità dell'atto in violazione o elusione del giudicato – poiché accerta la fattispecie reale; nella sede della giurisdizione esclusiva e del giudizio sull'inerzia dell'amministrazione, la cosa giudicata mostra la stessa estensione di rilievo diretto sul rapporto, non intermediato dal nuovo esercizio del potere, propria della giurisdizione ordinaria.

3. Inversione del paradigma. Perché il processo è adeguato al modello costituzionale ...

Benvenuti si trovava innanzi ad un sistema processuale «*decisamente inadeguato*»²⁷ rispetto al modello costituzionale di tutela, reclamando a gran forza la paritarietà del processo, che «*potrà esservi soltanto quando il potere amministrativo si presenti nel giudizio ridotto e trasformato al ruolo di una pretesa collocabile sul medesimo piano di quella del privato e a questa contrapposta*»²⁸. Mentre, cioè, il diritto sostanziale avvia un profondo processo di revisione che condurrà in solo vent'anni alla disciplina positiva del procedimento, all'affermazione del rango costituzionale del principio del giusto procedimento, alla risarcibilità dell'interesse legittimo, a fondamentali riforme organizzative – tra le quali l'articolazione dei livelli di governo coerentemente a quanto previsto in Costituzione – e via enumerando, quello processuale sembra irrimediabilmente contrapposto al quadro costituzionale.

Vi sono elementi per ritenere che questo paradigma sia oggi ribaltato.

Pur in un quadro che mostra singoli elementi di profonda insoddisfazione, il processo amministrativo, per come oggi disciplinato, si mostra retto dai principi di pienezza della tutela delle posizioni sostantive individuali. Il princi-

²⁷ F. BENVENUTI, *op. loc. ult. cit.*.

²⁸ F. BENVENUTI, *op. loc. ult. cit.*.

pio – di rango costituzionale ed europeo – è declinato dai principi (che pure subiscono qualche contraddizione) che connotano il giudizio come processo di parti, nel loro interesse; l'istruttoria è retta dal principio dispositivo e l'acquisizione dei mezzi di prova fornisce le parti di strumenti adeguati; le domande proponibili consentono alla parte una larga manovra per conseguire pronunzie a garantire la propria pretesa con effetto diretto sul rapporto²⁹; l'estensione della giurisdizione esclusiva (nella quale il giudicato si forma con pienezza anche su diritti e sul rapporto) è assai significativa; le regole che si declinano dal principio di *full jurisdiction* completano il quadro; è assai difficile sostenere che il giudicato, a fronte della diretta applicazione degli artt. 2909 c.c. e 324 c.p.c. non si formi sull'accertamento e sul rapporto³⁰.

Limitandosi alle questioni direttamente rilevanti per il tema della cosa giudicata, sono destinate a passare in giudicato le statuizioni concernenti diritti ed interessi legittimi in sede di giurisdizione esclusiva, sicché la qualificazione della questione come incidentale o pregiudiziale è limitata (art. 8, c.p.a.) al caso delle decisioni concernenti diritti in ipotesi diverse dalla giurisdizione esclusiva; quanto alla decisione di merito, quale che sia la giurisdizione, la sentenza dovrà (art. 34, c.p.a.) disporre le misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato;

29 Sia pure con i limiti che alcune letture propongono in relazione alla questione di mero accertamento e sull'azione di adempimento, questioni sulle quali non mette conto entrare in questo momento, sicché basti il rinvio a M. CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 279 – fermo che il tema, ben prima delle norme del codice del processo amministrativo, a me sembra essere stato correttamente affrontato e risolto da G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1980, dal che probabilmente l'insoddisfazione che trapela in ID., *Per un giudizio di accertamento compatibile con la mentalità del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, 484, che, proprio quanto all'effetto di cosa giudicata, lamenta come le norme – sia pure ormai previgenti – assicurassero una tutela non ancora soddisfacente, giacché questa finisce per ripartirsi in tanti giudizi successivi «*quanti son necessari per contestare i singoli aspetti dell'azione amministrativa, centellinati dall'Amministrazione – per ragioni di economia e di calcolo, non importa – in varie manifestazioni successive*», ancora assente una valutazione globale del rapporto e, quindi, la conformità del sistema alle regole di cui all'art. 24 Cost.

In ogni caso, si veda, A. CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2012

30 Vale la pena di richiamare la distinzione tra accertamento e cognizione e la relazione del primo con la cosa giudicata che si legge in E.F. RICCI, *Accertamento giudiziale*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, I, 1987, 17.

l'azione di ottemperanza (art. 112, c.p.a.) diretta ad «ottenere l'adempimento dell'obbligo della pubblica amministrazione di conformarsi alla decisione» ed il giudice dovrà (art. 114, c.p.a.) prescrivere le modalità dell'adempimento «anche mediante la determinazione del contenuto del provvedimento amministrativo o l'emanaione dello stesso in luogo dell'amministrazione», dichiarando nulli gli eventuali atti in violazione o elusione del giudicato; come già rammentato sopra, il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio se non residuino margini di discrezionalità (art. 31, c.p.a.); più d'ogni altra norma, la previsione del codice del processo amministrativo (art. 39, c.p.a.) per la quale trova applicazione il codice di procedura civile³¹ per quanto non espressamente disciplinato dal codice del processo amministrativo, importa una diretta applicabilità dell'art. 324 c.p.c e, per conseguenza, dell'art. 2909 codice civile³². Questo, se si guarda – come dovrebbe fare il giurista primariamente – al diritto positivo.

La dottrina, per lato suo, mostra un ventaglio significativo di impostazioni³³. Pur senza indulgere nelle ricostruzioni più risalenti³⁴, sembra agevole osservare come la letteratura più recente abbia cercato, lungo percorsi anche sensibilmente differenti, di strutturare la cosa giudicata come elemento di garanzia per il richiedente tutela giurisdizionale, rispetto all'attività successiva dell'ente pubblico. A fronte di posizioni che tengono largamente conto dei problemi e della prassi sia pure con lo sforzo di rileggere la cosa giudicata alla luce delle di-

31 Sul giudicato civile, per tutti, S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1987

32 Sul punto, correttamente, tra gli altri G. URBANO, *Contributo sull'effettività del giudicato amministrativo*, Torino, 2020, 11.

33 Per una recente e sempre acuta ricostruzione, M. TRIMARCHI., *Il giudicato e l'esecuzione della sentenza*, in P.M. Vipiana, V. Fanti, M. Trimarchi (a cura di), *Manuale di giustizia amministrativa*, Milano, Cedam, 2019, 453.

34 Per una compiuta ed affidabile ricostruzione delle tesi del passato, sicuramente M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, Cedam, 1989, da 54; ma si veda anche A. LOLLI, *I limiti soggettivi del giudicato amministrativo. Stabilità del giudicato e difesa del terzo nel processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2002.

sposizioni costituzionali rilevanti³⁵, i percorsi teorici sono essenzialmente due – anche se tra loro solo parzialmente alternativi.

Per un lato si è cercato di rendere rilevante l'accertamento contenuto nel procedimento per come disciplinato dalla legge e, per conseguenza, il valore di accertamento proprio anche della sentenza di annullamento³⁶; per l'altro, invece, si è agito sul versante delle domande proponibili e dell'iniziativa della parte in sede istruttoria³⁷. In ogni caso, la questione è quella del contenuto oggettivo della sentenza e, quindi, dell'estensione della cosa giudicata in modo da conseguire una definizione diretta del rapporto, la sottrazione all'area riservata all'attività imperativa successiva alla sentenza e, quindi, la garanzia dell'effettività della tutela e della certezza del diritto³⁸.

Nella prima prospettiva – che muove dal percorso teorico di Nigro³⁹ – si valorizza il rilievo del procedimento amministrativo come luogo dell'accertamento ed il suo riflesso sul provvedimento oggetto del giudizio, in ragione della simmetria tra la relazione del potere amministrativo nei confronti del proce-

35 P.M. VIPIANA, *Contributo allo studio del giudicato amministrativo. Profili ricognitivi ed individuazione della natura giuridica*, Milano, Giuffrè, 1990, soprattutto da 426, con esposizione che individuando correttamente i problemi e gli elementi necessari per la ricerca di una soluzione equilibrata, non sembra fissare una teoria definita.

36 Si allude ovviamente a M. CLARICH, *op. ult. cit.*

37 In questa prospettiva principalmente C. CACCIAVILLANI, *Giudizio amministrativo e giudicato*, Cedam, Padova, 2005.

38 Su questo profilo del giudicato, di recente, M. GRADI, *Il contrasto teorico fra giudicati*, Bari, Cacucci, 2020.

39 M. NIGRO, *Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza*, in AA. VV., *Il giudizio di ottemperanza. Atti del XXVII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Varenna 17-19 settembre 1981, Milano, 1983, passim, ma anche ID., *Giustizia amministrativa*, Bologna, Il Mulino, 2002, 279, che prima di altri ha colto che «*il giudicato amministrativo sia più ricco di contenuti di quanto non risulti strettamente dalla natura di giudizio di impugnazione o di annullamento di questo processo. Se il nucleo centrale della sentenza amministrativa è l'eliminazione dell'atto impugnato, previo accertamento del diritto del ricorrente a provocare tale eliminazione, e quindi l'effetto principale di essa è l'effetto di eliminazione, la sentenza non esaurisce in ciò il suo contenuto e la sua funzione*».

Come noto, la teoria di Nigro consente di cogliere tre diversi livelli di portata oggettiva della cosa giudicata, rispettivamente pieno, semi-pieno, strumentale, sicché il primo si ha a fronte della carenza dei presupposti perché l'amministrazione assuma un nuovo provvedimento lesivo; il secondo quando l'annullamento colpisca alcuni – ma non tutti – gli elementi della valutazione discrezionale, sicché l'ente potrà condurre nuova attività amministrativa subendo il vincolo della sentenza quanto ai profili da quest'ultima coperti; l'ultimo si avrà nelle ipotesi nelle quali l'annullamento dipenda da elementi formali o procedurali, sicché il giudicato non si proietti in alcun modo sul merito della vicenda amministrativa.

dimento e quella del diritto all'invalidazione e processo amministrativo⁴⁰; per conseguenza, l'estensione della cosa giudicata al dedotto e deducibile, determina la stabilità sul rapporto della pronunzia giurisdizionale, che si determinerà su di un provvedimento che deve, per caratteristica deontologica del potere, frutto di un procedimento completo ed esaustivo, oggetto di un'impugnazione, per caratteristica deontologica dell'azione, nella quale la parte ha riversato tutte le domande e le prove adeguate ad assicurare protezione piena della sua pretesa al godimento del bene della vita. A fronte di un procedimento partecipato e con istruttoria adeguata e di un altrettanto completa deduzione delle domande, l'oggetto del giudizio (sul quale si formerà giudicato⁴¹) unito al dovere del giudice di affrontare l'insieme delle domande proposte, consente la formazione di un giudicato idoneo ad assicurare stabilità ed effettivo accesso della parte che agisce in giudizio al conseguimento del bene della vita⁴².

Il che non significa affatto che non vi possa essere attività amministrativa successiva alla sentenza esercizio di potere e, tuttavia, ove questa intervenga nell'area interessata dalla cosa giudicata essa sarà puramente vincolata – come mostrato con chiarezza da autorevolissima dottrina⁴³ – ovvero estranea al perimetro del giudicato – sicché è certamente sbagliato parlare di riedizione del potere a fronte del giudicato.

In questa prospettiva, acquistano rilievo alcuni istituti procedimentali, come il preavviso di rigetto⁴⁴, giacché la legge prevede che «*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*

40 M. CLARICH, *op. ult. cit.*, 184.

41 Per un'impostazione del problema strettamente connessa al tema dell'oggetto del giudizio, di recente, S. VALAGUZZA, *Il giudicato amministrativo nella teoria del processo*, Giuffrè, Milano, 2017, da 67, per la quale, tuttavia, l'influenza delle norme costituzionali sul sistema processuale sarebbe «*alquanto limitata (valendo per veri e propri casi limite)*» (69).

42 M. FORNACIARI, *Situazioni potestative, tutela costitutiva, giudicato*, Torino, 1999, per il quale il tema della natura preclusiva dell'accertamento non è peculiare della tutela costitutiva, essendo generale della cosa giudicata (325).

43 R. VILLATA, *op. loc. ult. cit.* e, comunque, *passim*.

44 Sul punto anche A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo I. Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento*, Torino, Giappicchelli, 2020, 156.

dall'istruttoria del provvedimento annullato», introducendosi una preclusione procedimentale del dedotto e deducibile che incide sul potere dell'amministrazione⁴⁵ – resta da vedere se in termini di esistenza dello stesso, e quindi con rilievo sul rapporto, ovvero di legittimità dell'esercizio; peraltro, la disposizione in questione appena rammentata sembra derivare dall'orientamento giurisprudenziale (cosiddetto *one shot*) per il quale l'amministrazione, in sede di attività successiva all'annullamento, nel nuovo procedimento ha l'onere – in deroga al principio di inesauribilità del potere – di condurre tutti gli accertamenti necessari ed esplicitare tutte le ragioni che giustificano un eventuale nuovo provvedimento che non soddisfi la pretesa al godimento del bene della vita, pena non poterlo fare successivamente⁴⁶.

Muove da basi profondamente diverse⁴⁷ la tesi⁴⁸ che, invece, concentra la garanzia delle pretese soggettive assicurata dal giudicato sulla manovra processuale del ricorrente ed esclude che la tutela costitutiva innanzi al giudice amministrativo operi come nel processo ordinario⁴⁹, argomentando dall'interpretazione proposta dell'art. 34 c.p.a. (particolarmente enfatizzando il riferimento al secondo comma)⁵⁰. Da queste diverse basi, la tesi in questione – mentre contrasta l'idea che l'effetto della cosa giudicata riguardi l'accertamento che deriva dalla domanda costitutiva – valorizza l'insieme delle domande proponibili, inclusa la previsione di cui all'art. 34 che consente di domandare la pronuncia circa «le misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato», nonché delle allegazioni

45 Sul punto M. CLARICH, *Manuale di giustizia amministrativa*, Bologna, il Mulino, 2021, 283.

46 Ad esempio, la nota decisione Consiglio di Stato, sez. III, 14 febbraio 2017, n. 660.

47 Ad esempio richiamandosi all'idea che una protezione giurisdizionale effettiva delle posizioni soggettive strumentali non richieda necessariamente l'attribuzione al richiedente di un'utilità finale, impostazione che era già di B. SASSANI, *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto*, Padova, Cedam, 1989 – tesi che ho avuto modo di discutere in *Diritto di azione ed interesse ad agire nel processo amministrativo*, Padova, Cedam, 2004.

48 C. CACCIAVILLANI, *Giudizio amministrativo e giudicato*, cit.

49 Sul giudicato in relazione all'azione costitutiva, in modo convincente, A. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, Torino, Giappicchelli, 2012, da 619

50 Mi pare, invece, che non sia convincente trarre queste conclusioni dall'art. 34, co.2, c.p.a., giacché la tesi per la quale la cosa giudicata agisca direttamente sul rapporto in ragione dell'accertamento contenuto nel procedimento, nel provvedimento e, per essi, nella decisione di annullamento, non influisce su «*poteri amministrativi non ancora esercitati*», ma piuttosto non esercitabili per ragione della preclusione derivante dalla cosa giudicata.

probatorie del ricorrente – anche attraverso l'istruttoria procedimentale ma negando che un tale onere spetti all'amministrazione e non mancando di riferirsi alla dottrina molto autorevole⁵¹ per la quale sarebbe onere dell'amministrazione resistente allegare e provare in giudizio (e non ancora nel procedimento) tutti gli elementi di fatto e diritto relativi alla spettanza dell'utilità finale in capo al portatore dell'interesse legittimo.

Si tratta di due teorie tra loro del tutto incompatibili sul versante dei presupposti e delle ragioni e, tuttavia, una volta che si sia accolta la prima – che appare convincente – nulla esclude che vi si possa aggiungere il risultato della seconda, sicché la cosa giudicata, che copre dedotto e deducibile, determini una disciplina diretta del rapporto per ragione dell'intervenire la decisione giurisdizionale sull'accertamento procedimentale (doveroso), con le preclusioni proprie del rito sostanziale⁵², che trova (doverosamente) riscontro nella motivazione del provvedimento oggetto della tutela costitutiva, rispetto alla quale non si sanno vedere difficoltà a considerare ammissibili le altre domande previste dall'art. 34 c.p.a.⁵³, con l'effetto di determinare non solo l'accertamento del rapporto⁵⁴ e la conseguente preclusione sostanziale all'attività amministrativa successiva al giudicato⁵⁵ ma, anche, una soddisfacente tutela delle posizioni sostanziali ex art. 24 Cost. in relazione anche all'eventuale giudizio esecutivo⁵⁶ e ferma l'applicazione del principio dispositivo e, quindi, la libertà della parte di limitare

51 A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1962.

52 Per maggiori indicazioni, M. BELLAVISTA, *I procedimenti*, in L.R. Perfetti, *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 2007, 377.

53 Nella prospettiva della valorizzazione delle previsioni di cui all'art. 34, della separazione tra giudizio di esecuzione e giurisdizione di merito e l'elaborazione dei modelli di tutela ricavabili dalla giurisprudenza, A. GIUSTI, *Il contenuto conformativo della sentenza del giudice amministrativo*, Napoli, ES, 2012.

54 Sul quello che viene chiamato "effetto di accertamento", di recente, S. VACCARI, *Il giudicato nel nuovo diritto processuale amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017, 213.

55 Vale la pena di richiamare A. PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato civile e sui suoi limiti oggettivi*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, I, 390 per il quale «il giudicato sostanziale opera come *lex specialis* staccando la disciplina del diritto fatto valere in giudizio dalla norma generale ed astratta».

56 Sul rilievo dell'attività successiva al giudicato in relazione all'effettività della protezione giurisdizionale delle posizioni soggettive, E. CAPACCIOLI, *Per la effettività della giustizia amministrativa*. (*Saggio sul giudicato amministrativo*), ora in *Diritto e processo*, Padova, 1978, 447.

il perimetro della sua iniziativa giurisdizionale⁵⁷ purché in modo tale da avervi interesse.

In sostanza, il diritto positivo consente di ritenere che il giudicato amministrativo possa incidere direttamente sul rapporto e dare accesso ad un accertamento utile al conseguimento dell'utilità finale, stabilità alla relazione tra cittadino e amministrazione e configurare l'attività amministrativa successiva, purché nell'area coperta dal giudicato, come vincolata.

A fronte di questo quadro, tuttavia, la giurisprudenza amministrativa è andata progressivamente arretrando ed in parte smentendo il dato positivo. Non è questa la sede per un'indagine dettagliata – che pure pare necessaria ed urgente. Tuttavia, è piuttosto chiaro come la giurisprudenza amministrativa abbia utilizzato largamente il canone della discrezionalità come strumento per limitare il contenuto delle domande ammissibili, del suo sindacato, del perimetro della cosa giudicata e delle preclusioni all'attività amministrativa successiva – non a caso, ed imprecisamente, qualificata come riedizione del potere originario –, facendo del giudizio di ottemperanza il luogo di aggiustamenti progressivi, diretti ad una lenta limitazione del margine di azione dell'ente, negando che ciò che è accertato e deciso in sentenza determini un vincolo che consuma interamente la discrezionalità e via procedendo lungo una linea che conduce non lontano dalla situazione nella quale scriveva Benvenuti.

La questione, però, appare solo conseguentemente di diritto processuale. Fondamentalmente, il problema riguarda la concezione del potere sostanziale dell'amministrazione pubblica.

4. (segue) e la concezione del potere non lo è.

Infatti, se si osserva la giurisprudenza più recente, non sarà difficile accorgersi che la concezione del procedimento amministrativo come rito o pro-

57 Sicché ha certamente ragione F. TRIMARCHI BANFI, *L'interesse legittimo alla prova delle sopravvenienze normative*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, II, 525, che precisa, sia pure ad altri fini, che si potrà avere «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»

cedura sostanziale, dalla quale la legislazione chiaramente promana, il principio costituzionale del giusto procedimento e le stesse disposizioni di diritto positivo nazionale o europeo (come l'art. 41 CEDU), sono sostanzialmente pretermesse, per lasciare posto all'idea che il procedimento sia una semplice sequenza di atti e operazioni sempre ripetibili ed alterabili, nella piena disponibilità dell'amministrazione; la disposizione relativa al preavviso di rigetto ed la corrispondente preclusione sono sostanzialmente dimenticati; la stessa giurisprudenza sul *one shot*, dichiaratamente abbandonata; la preclusione determinata dalla cosa giudicata, lungi che operare sul rapporto e l'accertamento procedimentale, provvedimentale e processuale, è sostanzialmente limitata alla impossibilità di porre in essere il medesimo atto ovvero, con maggiore precisione, l'identico atto a fronte dell'identica situazione, sicché basterà una modificazione sostanziale qualsivoglia per ripetere lo stesso provvedimento già annullato.

Tutto ciò non sembra dipendere tanto dalla concezione del giudicato o del processo, quanto dall'evoluzione della concezione del potere e del sindacato intorno ad esso.

Per conservare la tripartizione benvenutiana relativa alla relazione tra giudicato e legislatore, giudice e parti, non pare si avvertano elementi significativi da osservare in relazione al primo – come quasi ovvio. Quanto alle parti, è altrettanto ovvio che la loro manovra processuale, le domande proposte, le prove introdotte, ampliano o riducono il perimetro dell'operatività della cosa giudicata.

L'elemento di rilievo, invece, è quello della relazione tra potere esecutivo, giurisdizione e cosa giudicata. Anzitutto, l'efficacia oggettiva del giudicato è sostanzialmente vanificata dall'evocazione giurisprudenziale della separazione dei poteri – principio certo di rilievo, ma privo di copertura costituzionale e nelle norme europee – che viene non solo collocato dalla giurisprudenza sullo stesso piano di quello di pienezza della tutela – che invece deriva direttamente dall'art. 24 Cost. e dai Trattati dell'Unione – ma, sostanzialmente, in posizione superio-

re, giacché l'argomento utilizzato è quello per il quale esiste certo il principio costituzionale di pienezza della tutela ma esso non può operare se non nel limite della separazione dei poteri, sicché la giurisprudenza limita radicalmente il suo sindacato sulla discrezionalità sia in sede di cognizione che di giudizio di esecuzione (ottemperanza).

In secondo luogo, come già s'è lamentato più volte⁵⁸, la giurisprudenza – scontato che l'amministrazione pubblica operi sempre nel pubblico interesse, compresa nella sua attività di diritto privato o comunque priva di poteri autoritativi – attraverso l'evocazione dell'interesse pubblico quale clausola generale, ben guardandosi dal definirla, costruisce sempre spazi discrezionali (accoppiati alla norma incerta, qual è la clausola generale), per poi inserire una sostanziale equivalenza tra discrezionale ed insindacabile che, per quanto non trovi riscontro alcuno nella legislazione, viene largamente applicata salvi limiti piuttosto ridotti consegnati al sindacato di eccesso di potere.

Siamo innanzi ad una panpubblicizzazione dell'attività amministrativa (sicché la sola esistenza di un atto amministrativo si accompagna, con opinione forse anche influenzata dal riparto di giurisdizione, all'affermazione giurisprudenziale – e non di rado dottrinale – dell'esistenza di potere imperativo, anche in ipotesi molto discutibili); ad un depotenziamento (ma sarebbe da osservare, ad uno stravolgimento del diritto positivo) del rilievo del procedimento; ad una larghissima affermazione dell'area riservata alla discrezionalità e ad una limitazione della sua sindacabilità non sempre compatibili con lo Stato-di-diritto. A ciò si deve aggiungere la frequente introduzioni di legislazioni emergenziali, derogatorie, temporanee, che altera anche il quadro delle concezioni del potere verso le quali s'è andati con decisione, nel solco delle norme costituzionali, per alcuni decenni e fino a tempi recenti. Inoltre, il quadro della disciplina e della prassi (oltre che della gran parte della dottrina) relative all'organizzazione mostra uno scenario di alterazione delle forme, di crisi delle autonome territoriali,

58 Ad esempio, *Cerbero e la focaccia al miele. Ovvero dei pericoli del processo amministrativo e delle sue mancate evoluzioni*, in *Il Processo*, 2020, 429

di confusione delle forme organizzative rispetto al compito pubblico cui sono chiamate.

Questa significativa involuzione del diritto sostanziale si accompagna ad una scarsa attenzione della dottrina, che per lo più si limita a presupporre il potere pubblico come un dato esistente, senza avvertire il bisogno di fornire una sua spiegazione, finalizzazione, proceduralizzazione. Fanno eccezione valorose teorizzazioni di giovani studiosi che ne hanno indagato la logica⁵⁹, la possibile configurazione come dovere⁶⁰, la natura inesauribile⁶¹, i modelli procedurali di accertamento⁶² e sindacato⁶³, sempre con attenzione anche ai profili di tutela⁶⁴.

Il quadro che viene tracciato da queste importanti trattazioni del tema del potere pubblico, tuttavia, se consente di tracciare un profilo del potere sostanziale dell'amministrazione del tutto coerente con il quadro costituzionale, diretto ad assicurare la legalità del suo esercizio e la sua sindacabilità, trova ancora limitata eco nella prassi organizzativa, dell'attività e soprattutto nella sua ricostruzione in sede giurisdizionale.

Le cause di quest'arretramento del diritto sostanziale non sembrano risiedere solo nell'asestamento rispetto al progresso dei decenni passati, quanto piuttosto in un profondo mutamento dell'assetto dei poteri, accompagnato da una non piccola crisi della rappresentanza, ad una diversa dislocazione dei poteri sostanziali tra Stato e mercato e tra Stato e autorità sovranazionali, sicché non sembra sufficiente l'accurata manutenzione dello Stato-di-diritto, la rigorosa logica dei processi di decisione e l'ermeneutica dei suoi risultati provvedi-

59 F. FOLLIERI, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo. Ragionamento giuridico e modalità di sindacato*, Padova, Cedam, 2017; ID., *Decisione e potere nell'atto amministrativo vincolato*, in questa *Rivista*, 2017, I, 111

60 M. MONTEDURO, *Provvedimento amministrativo e interpretazione autentica. Vol. 1: Questioni presupposte di teoria del provvedimento*, Padova, Cedam, 2012 e ID., *Doveri inderogabili dell'amministrazione e diritti inviolabili della persona: una proposta ricostruttiva*, in questa *Rivista*, 2020, II, 543.

61 M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018; ID., *La validità del provvedimento amministrativo. Profili di teoria generale*, Pisa, ETS, 2013.

62 A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo I. Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento*, cit. e ID., *Riflessioni su potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo. Una proposta di confronto*, in questa *Rivista*, 2021, II, 359.

63 A. CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, cit.

64 B. GILIBERTI, *Il merito amministrativo*, Padova, Cedam, 2013.

mentali, la definizione della dinamica procedimentale e del suo rilievo nella decisione e successivamente ad essa, il chiarimento circa la natura del potere discrezionale, della sua funzionalizzazione al godimento dei diritti della persona e riscrittura in termini di dovere, il contenuto dell'accertamento e le conseguenze di tutto ciò sul sindacato giudiziale. Occorre piuttosto affrontare l'oscurità della sovranità, la trasformazione dei poteri e del potere, cercando di dare spiegazione dei fenomeni da tempo in atto, che segnano un'alterazione profonda dello Stato-di-diritto ed ai quali occorre certo reagire ribadendo i concetti fondamentali di quest'ultimo ma anche discutendo le ragioni della sua profondissima crisi e cercando con franchezza rimedi non effimeri.

5. Conclusioni sulla cosa giudicata nel processo amministrativo, tra diritto positivo ed involuzioni

La rilettura di Benvenuti in questo contesto (più volte) mutato non appare dunque inutile.

Il problema della cosa giudicata nel processo amministrativo, nella prospettiva dei problemi posti dalla rilettura di Benvenuti, sembra trovare una soluzione agevole una volta che sia impostato alla luce delle disposizioni costituzionali sul giudice e sul processo amministrativi – ed in particolare, gli artt. 113 e 24. Seguendo in questa prospettiva dottrina sempre acuta, si deve condividere l'idea che *«l'interesse a ricorrere non ha ad oggetto la mera eliminazione dell'atto sfavorevole, quanto l'accertamento dell'insussistenza dei presupposti dell'esercizio del potere amministrativo in contrasto con la posizione del ricorrente stesso»* e ciò in ragione della ormai innegabile concezione sostanziale dell'interesse legittimo, da intendersi (ex art. 24 Cost.) quale situazione soggettiva di cui è titolare chi fronteggia l'esercizio del potere: *«l'atto non viene infatti annullato dal giudice in quanto meramente illegittimo, ma in quanto la sua illegittimità impedisce al ricorrente di conservare od ottenere un'utilità garantita dalla disciplina sostanziale originariamente violata dalla p.a.»*; ed, allora *«tanto l'azione quanto la sentenza di annullamento possono essere scomposte in due componenti essenziali»*, vale a dire *«a) la prima ha ad oggetto l'accertamento dell'inesistenza dei presup-*

posti fattuali e giuridici di emanazione dell'atto lesivo, ai sensi dell'art. 3 della l. n. 241/1990 (83); b) la seconda ha ad oggetto la consequenziale, e necessaria, eliminazione degli effetti dell'atto, cui si può accompagnare l'obbligo di ripristino della situazione antecedente alla sua emanazione e la fissazione di regole di comportamento applicabili nel riesercizio del potere amministrativo»⁶⁵.

In altri termini, il problema della cosa giudicata nel processo amministrativo non trova soluzione se non alla luce di adeguate teorie sia del potere pubblico che del processo, pena, altrimenti, subire le oscillazioni, le evoluzioni ed involuzioni dell'uno e dell'altro, senza trovare una sistemazione adeguata e, tuttavia, necessaria ad assicurare alle pretese una protezione soddisfacente.

65 A. CASSATELLA, *Le ripercussioni del giudicato amministrativo di annullamento nel processo penale*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2021, 492.