

Capitolo Primo

Interesse legittimo pretensivo, legittimazione ad agire e interesse al ricorso nel prisma dell'oggetto del giudizio amministrativo di legittimità

SOMMARIO: 1. Azione di annullamento e tutela satisfattiva dell'interesse legittimo pretensivo: la necessità di esaminare la questione dell'oggetto del giudizio. – 1.1. (*segue*) La tesi per cui l'oggetto del giudizio, strettamente collegato all'oggetto dell'accertamento giurisdizionale, è il rapporto amministrativo. Osservazioni critiche. – 1.2. (*segue*) Le ulteriori tesi per cui l'oggetto del giudizio è: *a*) il diritto potestativo all'annullamento dell'atto impugnato; *b*) la illegittimità del provvedimento censurato; *c*) la legittimità dell'esercizio del potere amministrativo in funzione della tutela dell'interesse legittimo; *d*) la verifica dell'affermazione del ricorrente di avere il potere di provocare l'annullamento dell'atto impugnato. Osservazioni critiche. – 1.3. (*segue*) L'interesse legittimo quale oggetto del giudizio di legittimità. – 1.4. (*segue*) L'oggetto del giudizio alla luce della distinzione tra interesse al ripristino della legittimità, interesse legittimo al provvedimento favorevole e interesse materiale al bene della vita. – 2. L'interesse legittimo al provvedimento favorevole quale presupposto logico e giuridico della domanda di annullamento in sede di legittimità. – 3. Le condizioni dell'azione e la loro rilevanza in termini di mera affermazione della esistenza dell'interesse al ripristino della legittimità e della sua titolarità in capo al ricorrente: *a*) la legittimazione ad agire. – 3.1. (*segue*) *b*) L'interesse al ricorso. – 4. Conclusioni.

1. Azione di annullamento e tutela satisfattiva dell'interesse legittimo pretensivo: la necessità di esaminare la questione dell'oggetto del giudizio

Il processo amministrativo, visto da una prospettiva generale, è caratterizzato, alla luce del Codice che lo disciplina sin dal 2010, dal principio di pluralità delle azioni¹. Alla 'classica' azione di annullamento, si 'affiancano', infatti, quella vol-

¹ A. CARBONE, *L'azione di condanna ad un facere. Riflessioni sul processo amministrativo fondato sulla pluralità delle azioni*, in *Concetti tradizionali del diritto amministrativo e loro evoluzione*

ta ad ottenere il risarcimento del danno ingiusto², anche in termini di reintegrazione in forma specifica³, di cui all'art. 30, comma 2, del Codice del processo amministrativo, l'azione per l'accertamento della nullità⁴ o avverso il silenzio⁵, di cui al successivo art. 31, nonché, soprattutto, l'azione di adempimento (o di condanna pubblicistica, ovvero di condanna ad un *facere*)⁶, di cui al combinato

ne. Atti del Convegno tra giovani studiosi tenutosi alla Sapienza il 2 febbraio 2017 (a cura di A. Carbone, E. Zampetti), Napoli, 2018, *passim*.

La pluralità delle azioni diviene necessaria per la tutela piena ed effettiva delle diverse declinazioni dell'interesse legittimo in rapporto alle differenti manifestazioni del potere: V. CERULLI IRELLI, *Giurisdizione amministrativa e pluralità delle azioni (dalla Costituzione al Codice del processo amministrativo)*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 2, 477.

² Su cui si rimanda ai lavori di A. ROMANO TASSONE, *Risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi*, in *Enc. dir.*, 2002, *Agg.*, VI, Milano, 982 ss.; A. ZITO, *Il danno da illegittimo esercizio della funzione amministrativa. Riflessioni sulla tutela dell'interesse legittimo*, Napoli, 2003. Di recente, M.C. CAVALLARO, *L'azione di condanna nel codice del processo amministrativo: spunti per una diversa ricostruzione*, in *Il processo*, 2022, 2, 315, ss. (spec. 327 ss.).

L'autonomia di tale azione rispetto a quella di annullamento, secondo F. SAITTA, *Tutela risarcitoria degli interessi legittimi e termine di decadenza*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 4, "pur non potendo più essere posta in dubbio, non può tuttavia considerarsi «piena», ma soltanto «formale», «temperata», «debole» e «disincentivata»" (1193-1194 e note 5, 6, 7 e 8 per i riferimenti bibliografici da cui sono tratti gli attributi citati).

³ Evidenza puntualmente i profili di distinzione tra azione di reintegrazione in forma specifica, avente natura risarcitoria (soggetta, dunque, ai presupposti per questa stabiliti), e azione di adempimento, A. TRAVI, *Tutela risarcitoria e giudice amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2001, 1, 7 ss.; ID., *Processo amministrativo e azioni di risarcimento del danno: il risarcimento in forma specifica*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 1, 994 ss.; ID., *La reintegrazione in forma specifica nel processo amministrativo fra azione di adempimento e azione risarcitoria* (nota a Cons. Stato, sez. VI, 18 giugno 2002, n. 3338), *ivi*, 2003, 1, 222 ss.

Sull'azione *de qua*, si rimanda inoltre, senza alcuna pretesa di completezza, ai lavori di: V. FANTI, *Tutela demolitoria e risarcitoria dell'interesse legittimo innanzi al giudice ordinario e al giudice amministrativo*, Milano, 2006; F. LIGUORI, *La reintegrazione in forma specifica nel processo amministrativo*, Napoli, 2002; M. MONTANARI, *Reintegrazione in forma specifica e risarcimento per equivalente davanti al giudice amministrativo nella dimensione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 2, 354 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *Tutela specifica e tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, Torino, 2000; P. VIRGA, *La reintegrazione in forma specifica*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 2, 322 ss.

⁴ Su cui non si prescinde da F. LUCIANI, *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo*, Torino, 2010; F. VETRÒ, *L'azione di nullità dinanzi al giudice amministrativo*, Napoli, 2012.

⁵ Per tutti, F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971.

⁶ In materia, si vedano i lavori di A. CARBONE, *L'azione di condanna ad un facere*, cit.; ID., *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Torino, 2012, spec. 25 ss. per i riferimenti dottrinali e giurisprudenziali sul tema; ID., *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo. Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento (Premesse allo studio dell'oggetto del processo amministrativo)*, I, Torino, 2020, 21-22, nota 42. Non si prescinde neppure da G. GRECO, *Giudizio sull'atto, giudizio sul rapporto: un aggiornamento sul tema*, in *Dir. soc.*, 2016, 203 ss., e in *giustizia-amministrativa.it*, 2017, 28, da cui è tratta la citazione; L. FERRARA, *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna al facere*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 3, 617 ss.

disposto tra l'art. 30, comma 1 e l'art. 34, comma 1, lett. c), del Codice del processo amministrativo⁷.

La dottrina si interroga sul fatto se tale modello *plurale* di azioni consenta di fornire al ricorrente gli strumenti in grado di realizzare, in ogni caso, la soddisfazione della pretesa materiale dedotta in giudizio. Nell'ipotesi della introduzione della domanda di adempimento, per esempio, è stato osservato che si configurerebbe l'estensione dell'oggetto del giudizio dall'atto al 'rapporto'⁸. A limitare tale

Di recente, soprattutto in merito ai limiti di tale azione, P. CERBO, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo ed i suoi confini*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 1, 1 ss.

Con particolare riferimento alle situazioni giuridiche pretensive, D. VAIANO, *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, Milano, 2002, spec. 644 ss., laddove si intende l'azione di adempimento come volta ad ottenere il provvedimento negato dall'amministrazione in modo illegittimo.

⁷ Azione dai tratti tipici, alla luce di quanto dispone l'art. 31, comma 3, del Codice del processo amministrativo, per cui "[i]l giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione". Azione, inoltre, avente carattere non autonomo, dovendo essere proposta contestualmente all'azione di annullamento: E. FOLLIERI, *La tipologia delle azioni proponibili*, in F.G. Scoica (a cura di), *Giustizia amministrativa*, V ed., Torino, 2013, 190.

⁸ A. CARBONE, *L'azione di condanna ad un fare*, cit., 111, il quale osserva che è "la stessa portata precettiva della pronuncia di condanna ad un *facere*, che deriva dall'accertamento compiuto in ordine alla pretesa oggetto del giudizio, a precludere la possibilità di far valere motivi ulteriori, con detto accertamento incompatibili. In altri termini, la dichiarazione della fondatezza della pretesa ha una precisa portata precettiva, che esclude la possibilità per l'Amministrazione di riesercitare il proprio potere mettendo in discussione la spettanza del bene come accertata nella sentenza. La preclusione non deriva allora da una petizione di principio sul modo di intendere il processo amministrativo, ma è direttamente collegata all'oggetto del giudizio che nella condanna ad un *facere* può trovare espressione".

In merito al termine *rapporto*, per indicare la relazione fra l'amministrazione e il cittadino, non si può fare meno di riportare le riflessioni di Mario Nigro, secondo cui "[g]li interrogativi al riguardo sono molti. Il «rapporto» fra quali elementi si instaurerebbe? fra il potere dell'amministrazione e l'«attesa» del cittadino? o fra il primo e i poteri strumentali del secondo? l'attuale diritto amministrativo sostanziale consente di stabilire fra interesse legittimo e potere dell'amministrazione una relazione giuridica del tipo diritto soggettivo-obbligo? Lo escluderei [...]": ID., *Giustizia amministrativa*, III ed., Bologna, 1983, 297. Lo stesso Autore, in un saggio di qualche anno successivo, afferma che il rapporto amministrativo è "la sintesi delle possibilità e doverosità che intercorrono tra amministrazione e cittadino": ID., *Ma che cos'è questo interesse legittimo?*, in *Foro amm.*, 1988, 1-2, 327.

G. GRECO, *Giudizio sull'atto, giudizio sul rapporto*, cit., 2, definisce "rapporto amministrativo" come "la relazione che si instaura tra l'Amministrazione nell'esercizio di un potere amministrativo e il singolo cittadino, che, in quanto destinatario o possibile destinatario di tale esercizio, possa vantare una situazione di interesse legittimo".

Di recente, R. VILLATA, *Processo amministrativo, pluralità delle azioni, effettività della tutela*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, 2, 384-385, osserva che "bisogna non confondere vicende tra loro differenti che sottintendono due diversi modelli di riferimento: il rapporto inteso come relazione tra potere precettivo e situazione giuridica che con il medesimo colloqui/si confronti ed il rapporto quale situazione finale risultante dall'esercizio di quel potere".

Per una indagine monografica sul rapporto amministrativo occorre rimandare a M. PROTTO, *Il rapporto amministrativo*, Milano, 2008.

ipotesi, si erge, però, soprattutto l'indefettibile vincolo dell'esaurimento della discrezionalità⁹ (o per meglio dire del potere discrezionale¹⁰), esaurimento che ancora oggi si mostra chimerico anche dinanzi ai tentativi di pervenire a siffatta conclusione mediante meccanismi di preclusione procedimentale¹¹ o derivanti dal processo¹². Il tema relativo all'azione di adempimento e ai propri limiti sarà oggetto di apposite riflessioni nel corpo della presente ricerca¹³, il cui epicentro è però costituito dall'azione di annullamento relativa ad interessi legittimi di natura pretensiva.

L'azione di annullamento, d'altro canto, resta, come è stato efficacemente rappresentato¹⁴, «la spina dorsale della giustizia amministrativa»¹⁵. Ancora oggi, tut-

In ordine alla espressione in esame, ad ogni modo, si fanno proprie le considerazioni di S. VACCARI, *Atti vincolati, vizi procedurali e giudicato amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 2, secondo cui «l'espressione 'rapporto amministrativo' è qui utilizzata in senso atecnico, ossia senza voler sottendere il noto e ampio dibattito circa le alternative ricostruzioni del processo amministrativo nei termini delle (spesso abusate) categorie di 'giudizio sull'atto' o 'giudizio sul rapporto'. Quest'ultima espressione, difatti, rappresenta oggi unicamente una 'formula di sintesi' di natura descrittiva per identificare complessivamente una serie di tesi dottrinali [...] che, all'interno del dibattito critico nei confronti delle 'insufficienze' dell'originario sistema di giustizia amministrativa [...], cercavano di superare la struttura processuale meramente impugnatoria e incentrata sulla sola «demolizione giuridica» [...], in nome di una maggiore effettività di tutela per il privato nelle controversie di diritto pubblico» (515, nota 70).

⁹ In virtù del disposto dell'art. 31, comma 3, del Codice del processo amministrativo (si veda *supra*, *sub* nota 7).

¹⁰ Per tutti, sull'importanza del collegamento tra le nozioni di potere e di discrezionalità, M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, 1939, spec. 13.

¹¹ Si allude, in particolare, alla nuova formulazione dell'art. 10-*bis* della legge 7 agosto 1990, n. 241, su cui si avrà modo di indugiare *infra*, all'interno del capitolo secondo, paragrafo 2.3.

¹² Si allude, ad esempio, alla teoria di matrice pretoria secondo cui la discrezionalità si esaurirebbe per effetto del cattivo uso del potere debitamente accertato dal giudice amministrativo, come di recente ribadito, con ampie argomentazioni, dalla nota pronuncia di Cons. Stato, sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1321. In relazione a tale pronuncia e al tema *in parte qua* (su cui parimenti si tornerà *infra*, *sub* capitolo secondo, paragrafo 3, e *sub* capitolo terzo, paragrafo 3.1), si veda S. VACCARI, *Il Consiglio di Stato e la 'riduzione progressiva della discrezionalità'. Verso un giudicato a 'spettanza stabilizzata'?*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 4, 1223. Per il momento, ci si limita a riportare la autorevole chiosa di F.G. SCOCA, *Processo amministrativo e giusto processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, 1, il quale efficacemente rileva: “[c]he il potere, sia esso discrezionale o vincolato, possa esaurirsi a causa della ripetizione degli episodi del suo esercizio, o, ancor peggio, per il numero delle sentenze di annullamento che vengono pronunciate, mi sembra contrario alla sua essenza e alla sua disciplina positiva” (16).

¹³ In particolare, all'interno del capitolo secondo, *sub* paragrafo 2.3.

¹⁴ C.E. GALLO, *Linee per una riforma non necessaria ma utile del processo amministrativo*, in *Il processo*, 2020, 2, 350.

¹⁵ In tale espressione risiede l'aspirazione maturata sul finire degli anni Settanta del secolo scorso da M. NIGRO, *Linee per una riforma necessaria e possibile del processo amministrativo*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, 249 ss.

tavia, non sembrano esservi i presupposti, normativi e per l'effetto teorici¹⁶, per ritenere che il giudizio amministrativo per la tutela di interessi pretensivi possa condurre, in sede di legittimità (*a fortiori* nella fase di cognizione), verso la soddisfazione della pretesa materiale del ricorrente, e cioè al rilascio del provvedimento richiesto¹⁷.

Si tratta di un *vulnus* rispetto a cui si pone una irrinunciabile esigenza di trovare un rimedio. Un insigne studioso ha recentemente tracciato le due possibili strade, tra loro alternative, per addivenire alla auspicata risoluzione del problema: “il potenziamento del giudizio di ottemperanza; ovvero l'allargamento dell'ambito della cognizione nel giudizio di legittimità, con il conseguente arricchimento della sentenza ottemperanda”¹⁸.

La presente ricerca intende perseguire la prima di tali strade, che sembra consentire risposte soddisfacenti all'esigenza posta. Intende, dunque, giungere all'apporto che l'ottemperanza è in grado di costituire la chiusura di ogni processo amministrativo di annullamento avente ad oggetto interessi legittimi pretensivi. Per sostenere tale ordine concettuale non ci si può limitare ad esaminare il processo 'esecutivo'¹⁹, ma occorre volgere lo sguardo, retrospettivamente, al giudicato amministrativo, il cui studio è determinante per indagare il fenomeno dell'ottemperanza²⁰, e, ancor prima, al giudizio di cognizione, atteso che fase di cognizione e fase di esecuzione del giudizio amministrativo, come è stato attentamente osservato, si “illuminano vicendevolmente”²¹.

¹⁶ “Può darsi anche che il diritto non si esaurisca nelle norme, ma certamente ha molto a che fare con esse”: F. SCHAUER, *Il ragionamento giuridico. Una nuova introduzione*, ed. italiana a cura di G.B. Ratti, V. Velluzzi, Roma, 2016, 48.

¹⁷ In senso critico sul processo amministrativo come giudizio sulla spettanza del bene della vita, di recente, F. FRANCIOSI, *Interesse legittimo e giurisdizione amministrativa: la trappola della tutela risarcitoria*, in *Quest. giust.*, 2021, 1, 133 ss., secondo cui “[s]otto questo profilo, non solo la giurisprudenza, ma anche buona parte della dottrina amministrativistica dovrebbe avviare una riflessione critica sui danni prodotti dal fatto di aver enfatizzato oltremodo la costruzione del processo amministrativo in termini di giudizio sulla fondatezza della «pretesa» vantata dal ricorrente, sulla «spettanza» del bene della vita, ponendo in secondo piano il fatto che, nella generalità dei casi, il conseguimento del bene della vita è pur sempre protetto in termini di probabilità e non di certezza. [...] “Annullare il giudizio negativo di una commissione, annullare la *lex specialis* che impedisca la partecipazione a una gara, annullare la previsione di uno strumento urbanistico, accertare l'illegittimità del silenzio; in casi come questi e, più in generale, tutte le volte in cui l'esercizio della giurisdizione generale di legittimità lascia margini di scelta all'amministrazione, non è possibile ravvisare l'obbligo di soddisfare in maniera immediata e diretta la pretesa al bene della vita cui si aspira” (138-139).

¹⁸ F.G. COCA, *Processo amministrativo*, cit., 11.

¹⁹ Sulla natura del giudizio di ottemperanza si rinvia al capitolo terzo, spec. paragrafo 2.

²⁰ M. NIGRO, *Il giudicato amministrativo e il processo di ottemperanza*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1981, 1161.

²¹ G. ABBAMONTE, *Sentenze di accertamento ed oggetto del giudizio amministrativo di legittimità e di ottemperanza*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, I, Milano, 1988, il quale ha

Insomma, la fase dell'ottemperanza è condizionata dal giudicato amministrativo, mentre quest'ultimo, a propria volta, è condizionato dal perimetro del *thema decidendum* del giudizio di cognizione, determinato attraverso la precisa individuazione dell'oggetto del giudizio. Non è un caso, invero, che autorevole dottrina ha rilevato che l'esame dell'oggetto del giudizio amministrativo non ha valenza puramente teorica, ma rappresenta un passaggio ineludibile per la trattazione del giudicato amministrativo²². È l'esame dell'oggetto del processo, pertanto, a costituire le fondamenta su cui si erge l'intera ricerca. Il tema va esaminato con la dovuta cautela se un insigne studioso come Mario Nigro ha definito la questione dell'oggetto del giudizio amministrativo “[d]ilemma – anzi: *quiz* – insolubile”²³, anche tenuto conto del fatto che in dottrina si sono sostenute tesi tra loro (anche radicalmente) differenti²⁴.

precisamente evidenziato che “il discorso sull'oggetto del giudizio amministrativo e quello sulla natura della sentenza che lo conclude, non possono essere adeguatamente condotti *se non si considerano sia la fase di cognizione che la fase di esecuzione del processo amministrativo*, che si illuminano vicendevolmente nei rispettivi contenuti, nella funzione che ciascuna di esse svolge per rendere giustizia, senza negare né il potere della p.a. né gli interessi degli individui e degli enti che danno luogo a controversie con la p.a.” (22-23, corsivo nel testo).

²²R. VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 1971, 406-407, secondo cui “solo attraverso la determinazione dell'oggetto del giudizio è possibile definire in modo non empirico l'ambito oggettivo della cosa giudicata”; V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, II ed. (agg.), Torino, 1994, 462.

Secondo A. ROMANO, *La pregiudizialità nel processo amministrativo*, Milano, 1958, “è sulla base dell'oggetto del giudizio che viene determinata la competenza dell'organo giurisdizionale, ed è parimenti sulla base dell'oggetto del giudizio che vengono determinati i limiti obbiettivi della cosa giudicata” (49). Lo stesso Autore dedica al tema un notevole approfondimento, ripercorrendo anche gli studi effettuati dalla dottrina tedesca dell'epoca (61 ss., in particolare nota 35).

²³M. NIGRO, *Diritto amministrativo e processo amministrativo nel bilancio di dieci anni di giurisprudenza* (Relazione di chiusura del Convegno sullo stesso argomento svoltosi in Firenze nei giorni 14, 15 e 16 marzo 1985), in *Foro it.*, 1985, CVIII, 5, 126.

²⁴“Si è detto che oggetto del processo è l'interesse sostanziale; l'interesse alla legittimità dell'atto amministrativo; la validità o invalidità di tale atto; il rapporto giuridico amministrativo controverso e cioè il rapporto tra il potere dell'amministrazione e l'interesse legittimo; i motivi di ricorso; il diritto all'eliminazione dell'atto amministrativo impugnato etc.”: M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, III ed., cit., 297.

Sulla varietà di tesi in ordine all'oggetto del processo, E. STICCHI DAMIANI, *Le parti necessarie nel processo amministrativo*, Milano, 1988, ha rilevato che “il carattere di ambiguità del processo, la sua funzione di tutela dell'interesse legittimo da realizzarsi con l'applicazione di norme poste a tutela dell'interesse pubblico, nel che si risolve il carattere di inautonomia, non dell'interesse legittimo, ma del suo modo di realizzarsi, influenzano variamente le soluzioni possibili, consentendo un'articolazione fin troppo ampia.

Per cui si identifica l'oggetto del processo di volta in volta con l'atto impugnato e/o la sua legittimità, col rapporto giuridico amministrativo controverso, con la parte di rapporto necessaria per la cognizione dei vizi dedotti, con la pretesa del ricorrente, con l'interesse legittimo, con l'interesse pubblico quale strumento di tutela del buon andamento della p.a., con l'esercizio del potere amministrativo, con l'interesse strumentale del ricorrente alla legalità dell'atto amministrativo, con la tutela degli interessi meritevoli di protezione” (83-85).

Un esame piano dell'oggetto del processo impone di risalire all'elemento che ne consente la corretta individuazione. A tal fine, emerge la domanda introduttiva del giudizio presentata mediante il ricorso: è dal contenuto di questa che è possibile desumere il perimetro dell'oggetto del processo e, per l'effetto, l'estensione del dovere decisionale dell'organo giudicante²⁵.

Secondo E. FOLLIERI, *Risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi*, Chieti, 1984, 167 (nota 320), una tale varietà di tesi deriva anche dal fatto che "oggetto del giudizio non sempre è espressione usata da tutti con lo stesso significato: quando si afferma che oggetto del giudizio è l'interesse legittimo si pone mente allo scopo ed alle finalità di tutela del processo; se si identifica l'oggetto del giudizio con la legittimità dell'atto amministrativo – a parte le impostazioni dottrinali che individuano lo scopo del giudizio con l'obiettivo di controllare se l'azione amministrativa si svolga conformemente alla legge e che rappresentano un'effettiva diversa concezione del processo amministrativo rispetto a chi vede il giudizio come volto alla tutela dell'interesse legittimo – si pensa all'accertamento diretto del giudice amministrativo volto, attraverso i motivi addotti dal ricorrente, a stabilire la legittimità-illegittimità dell'azione amministrativa".

Per un quadro sul tema e sui diversi orientamenti formulati meno di recente, non si può fare a meno di rimandare, tra i tanti contributi, agli studi di: A. AMORTH, *Una nuova sistematica della giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1943, 1, 64 ss.; V. CAIANIELLO, *Le azioni proponibili e l'oggetto del giudizio amministrativo*, in *Foro amm.*, 1980, 4, 857 ss.; S. CASSARINO, *Le situazioni giuridiche e l'oggetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 1956, 241 ss.; S. GIACCHETTI, *L'oggetto del giudizio amministrativo*, in *Studi per il Centocinquantenario del Consiglio di Stato*, Roma, 1981, III, 1483 ss.; R. VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni*, cit., 405 ss. e 513 ss.; ID., *Nuove riflessioni sull'oggetto del processo amministrativo*, in AA.VV., *Studi in onore di Antonio Amorth*, Milano 1982, I, 705 ss.

²⁵ Nell'ambito della dottrina processualeciviltistica, C. CONSOLO, *Domanda giudiziale*, in *Dig. civ.*, VII, Torino, 1991, 56, secondo cui "alla domanda giudiziale di parte compete una duplice funzione: di operare come privilegiato strumento iniziatore del processo civile; e inoltre di determinarne l'oggetto, ovvero d'individuare il contenuto della richiesta di tutela avanzata dalla parte e l'ampiezza del dovere decisorio di merito legittimamente esercitabile dal giudice"; S. SATTA, C. PUNZI, *Diritto processuale civile*, XIII ed., Padova, 2000, 143; G. VERDE, *Domanda (principio della)*, in *Enc. giur.*, XII, Roma, 1989, 2-3.

Nell'ambito della dottrina amministrativistica, A. ROMANO, *La pregiudizialità*, cit., 50-51, ha del pari rilevato che "[l]'oggetto del giudizio costituisce anche l'oggetto della domanda dell'attore, ove si consideri questa come un complesso di affermazioni, la cui fondatezza deve essere vagliata nello svolgimento del processo. Nei tipi di processo retti dal c.d. principio dispositivo, l'oggetto della domanda dell'attore si trasfonde nell'oggetto dell'accertamento del giudice. Più in generale, si può dir che l'oggetto della domanda dell'attore coincide con l'oggetto dell'accertamento giudiziale, nella misura in cui, nel singolo tipo di processo considerato, vige il principio dispositivo".

Nella stessa direzione si pone L. FERRARA, *Domanda giudiziale*, cit., 636, il quale, in ordine al fatto che l'oggetto del processo si ricava dalla domanda, correttamente precisa la rilevanza a tal fine anche di "ricorsi incidentali, motivi aggiunti, riconvenzionali [...]" (si vedano anche le note 63, 64 e 65 per i riferimenti dottrinali in ordine a tali istituti). Precisa puntualmente G. GRECO, *Giudizio sull'atto*, cit., che "i vizi dedotti delimitano la portata della domanda e l'oggetto del giudizio. Con l'ovvia precisazione che tale oggetto comprende non solo la domanda o le domande (proposte tramite motivi aggiunti) del ricorrente, ma anche quelle dei controinteressati (proposte con ricorso incidentale), nonché le eccezioni (almeno quelle in senso lato "riconvenzionali", se si crede a tale ultima categoria) avanzate soprattutto dall'Amministrazione resistente, che può avvalersi del cospicuo materiale probatorio del fascicolo procedimentale, che ha il dovere di produrre in giudizio ai sensi dell'art. 46, c. 2, c.p.a." (17).

Sul punto si tornerà, *infra*, sub paragrafo 1.3.

Sul terreno della domanda introduttiva del processo amministrativo (per quel che qui interessa, di annullamento) si ergono due 'colonne portanti': a) l'interesse legittimo, da un lato, che costituisce la situazione giuridica vantata dal ricorrente e che lo abilita ad accedere alla giustizia amministrativa; b) il potere dell'amministrazione²⁶, dall'altro, di cui il titolare della situazione giuridica vantata in giudizio deve mettere in discussione l'esercizio illegittimo²⁷. Rileva, allora, (da un punto di vista soggettivo) la lesione subita dall'interesse legittimo, provocata (da un punto di vista oggettivo) da uno o più vizi di legittimità che in ipotesi affliggono l'atto amministrativo²⁸. A veicolare simili profili di illegittimità vi sono i mo-

²⁶ Sulla peculiare dialettica tra le ragioni dell'interesse legittimo e del potere amministrativo in sede pretoria, si stagliano le riflessioni di M. NIGRO, *La riforma del processo amministrativo*, Milano, 1980, il quale evidenzia come il processo amministrativo sia dominato "da una tensione permanente fra la conservazione di certi valori «oggettivi» e l'attrazione che esso avverte verso la sua definitiva e totale «soggettivizzazione»", rilevando al contempo che "[p]er chi considera, come a mio giudizio non si può fare a meno di considerare, che è la natura stessa dell'oggetto del processo amministrativo – nelle sue due componenti essenziali (da una parte, l'interesse legittimo, dall'altra il potere amministrativo) e nel collegamento intrinseco e inscindibile fra di essi, così come configurati dall'ordinamento già sul piano sostanziale – e non un tradizionale pregiudizio statalista ed autoritativo, a resistere ad una integrale «soggettivizzazione» di esso [...]" (81-82, corsivo nel testo). Sul rapporto tra interesse legittimo e potere, non si prescinde da F.G. SCOCA, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano, 1990, 33.

Sulla nozione di potere e sui suoi tratti distintivi, si rimanda, senza alcuna pretesa di completezza, ai lavori dei seguenti Autori: L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986, 158 ss.; A. CERRI, *Potere e potestà*, in *Enc. giur.*, XXIII, Roma, 1990; CERULLI IRELLI, *Il potere amministrativo e l'assetto costituzionale*, in *Dir. pubbl.*, 2011, 1, 33 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Funzione, potere amministrativo e discrezionalità in un ordinamento liberal-democratico*, in *Dir. pubbl.*, 2009, 3, 739 ss.; V. M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, 1989, 158 ss.; V. FROSINI, *Potere*, in *Noviss. Dig. it.*, XIII, Torino, 1966, 436 ss.; G. DI GASPARE, *Il potere nel diritto pubblico*, Padova, 1992; M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, 1990, 30 ss.; ID., *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit.; G. GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, Napoli, 1990 (rist. da *Rass. dir. pubbl.*, 1949), 21 ss.; G. MIELE, *Potere, diritto soggettivo e interesse*, in *Riv. dir. comm.*, 1944, I, 114 ss.; M. OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, 2002, 258 ss.; S. ROMANO, *Poteri e potestà*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, 192 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Note sul concetto di potere giuridico*, in *Annali della Facoltà di Economia e Commercio dell'Università di Messina*, 1981, 411 ss.; G. SALA, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Milano, 1983; P. STELLA RICHTER, *Atti e poteri amministrativi (tipologia)*, in AA. VV., *Dizionario di diritto amministrativo*, a cura di G. Guarino, Milano, 1983, 357 ss.

Sulla natura del potere amministrativo, si rimanda al contenuto del capitolo secondo, in particolare all'interno del paragrafo 2.2.

²⁷ Puntale e condivisibile è il pensiero di F.G. SCOCA, *Osservazioni eccentriche, forse stravaganti, sul processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 3, 852, secondo cui "non è sufficiente (anche se è necessario) che la controparte, ossia, nel nostro caso, il cittadino, affermi di essere titolare di un interesse legittimo (o, anche, come vedremo, di un diritto soggettivo) per avere ragione in giudizio, anche ove l'affermazione risulti fondata e risulti incontrovertibile anche il pregiudizio arrecato dall'azione dell'amministrazione a tale situazione soggettiva. Occorre, in più che il potere sia stato esercitato in modo illegittimo".

²⁸ Secondo la chiara lettura di A. TRAVI, *Il giudicato amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2006,

tivi di ricorso²⁹, ciascuno dei quali (di norma) costituisce il contenitore del/i vizio/i³⁰ di cui è afflitto il provvedimento impugnato, espressione del potere della p.a. I motivi di ricorso fanno da corollario alla situazione giuridica vantata dal ri-

4, 923-924, il vizio dell'atto amministrativo e la lesione dell'interesse legittimo sono "due nozioni sostanzialmente identificabili, che descrivono una medesima situazione, la prima con attenzione al piano oggettivo, dell'attività amministrativa, l'altra con attenzione al piano soggettivo, del rapporto tra cittadino e amministrazione". Sul punto, come ricordato dallo stesso Autore, già R. VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni*, cit., 522-523.

²⁹ I quali, secondo R. VILLATA, *op. ult. cit.*, 516 ss., rientrano nell'oggetto del processo, costituito dalla affermazione del ricorrente, avendo la funzione di precisare e di delimitare tale affermazione.

In senso contrario si pone M. CLARICH, *Giudicato e potere*, cit., secondo cui "i motivi di ricorso concorrono [...] a delimitare ciò che il giudice deve conoscere, non ciò su cui il giudice deve decidere, cioè l'oggetto del giudizio. La funzione dei motivi è soltanto quella di individuare il materiale che il giudice può porre alla base della propria decisione. In questo senso vanno intesi il vincolo del giudice ai motivi di parte, che è espressione del principio dispositivo, vigente anche nel processo amministrativo, e la regola della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato" (149). Tali argomentazioni sono coerenti con la tesi di fondo che caratterizza il lavoro dell'Autore (su cui si tornerà *infra*, sub paragrafo 1.2), secondo cui l'oggetto del processo è il diritto potestativo all'annullamento del provvedimento impugnato, che "è unico anche se sono più i fatti costitutivi da cui esso trae origine" (149).

³⁰ In dottrina si è discusso sulla questione se i vizi denunciati con i vari motivi di ricorso (le singole ragioni che conducono a invalidare l'atto) costituiscano differenti pretese che possono porsi alla base di azioni distinte. E. GUICCIARDI, *Giustizia amministrativa*, III ed. (ristampa anastatica), Padova, 1957, ha rilevato che "si hanno in realtà tanti ricorsi diversi, contro lo stesso atto, quante sono le violazioni di norme in cui l'Amministrazione può essere incorsa nella sua emanazione" (213).

Di contrario avviso è M. NIGRO, *Processo amministrativo e motivi di ricorso*, in *Foro it.*, 1975, XCVIII, 3, 20, secondo cui all'interno dello "schema letterario del ricorso i motivi sono presentati come distinte proposizioni, ma non ci vuol molto a vedere – e la esposizione dei fatti che li precede ne è la spia migliore – che ogni motivo è solo un periodo di un più ampio e complesso discorso, nel quale viene sottoposto ad analisi l'esercizio del potere da parte dell'amministrazione e, attraverso l'indicazione dei vizi che lo inficiano, si prospetta al giudice quale è, secondo il ricorrente, il modo corretto di esercizio di esso. L'atto di critica nasce idealmente unitario: il frazionamento in separati motivi è posteriore e strumentale (e talvolta meramente enfatico) e l'ambizione, più o meno consapevole, del ricorrente è che il giudice sappia ricreare, al momento del giudizio, l'unità celata ma non soppressa dalle partizioni del documento"; lo stesso ordine di idee era già stato proposto in ID., *L'appello nel processo amministrativo*, Milano, 1960, 32.

Il dibattito è ricostruito, con riferimenti anche alla dottrina processualcivile, da M. CLARICH, *Giudicato e potere*, cit., 68 ss.

La giurisprudenza amministrativa si è di recente espressa ad opera di Cons. Stato, Ad. plen., 27 aprile 2015, n. 5, formulando due condivisibili principi: a) quello secondo cui "«utilizzando lo schema tradizionale che individua i tre elementi costitutivi della domanda (soggetti, causa petendi e petitum), potrebbe dirsi che la domanda sia unica e fondata su più ragioni, poiché a fronte di un unico interesse legittimo che si assume essere leso, si invoca l'eliminazione dal mondo giuridico dell'atto impugnato»" (punto 6.1, dove viene richiamata l'ordinanza di rimessione: Cons. Stato, sez. V, 22 dicembre 2014, n. 6204); b) "per individuare se si è in presenza di una o più domande di annullamento [...], ciò che conta è l'effetto cassatorio avuto di mira, che è unico, se si dispiega nei confronti di singoli e ben individuati atti (ciascuno espressione di autonoma volontà provvedimentale dell'amministrazione), ovvero plurimo, se aggredisce distinti provvedimenti" (punto 6.1.1).

corrente perché costituiscono lo strumento che il processo di stampo cassatorio mette a disposizione per veicolare la pretesa³¹ e, al contempo, per articolarne le ragioni giuridiche poste a sostegno della propria fondatezza.

Il quadro appena accennato mette in luce la centralità dell'interesse legittimo all'interno del processo amministrativo. La lesione di tale situazione giuridica soggettiva, per effetto del potere dell'amministrazione, non può che porsi all'origine del fenomeno della propria tutela giurisdizionale. L'interesse legittimo, però, sembra costituire qualcosa di diverso e di più rilevante per il processo amministrativo se si volge solamente lo sguardo alla Costituzione, che lo eleva (all'interno dell'art. 24, comma 1, dell'art. 103, comma 1, e dell'art. 113, comma 1) a situazione giuridica soggettiva da tutelare in tale processo. L'interesse legittimo (anche oppositivo, ma per quel che qui interessa pretensivo) dedotto in giudizio sembra costituire l'epicentro attorno a cui lo stesso giudizio ruota, sembra rappresentarne l'oggetto. Eppure, la dottrina, autorevolmente rappresentata, non ritiene sia questa la via da perseguire.

Si pone, dunque, la necessità di esaminare le tesi della dottrina in ordine allo specifico aspetto dell'oggetto del giudizio³². L'obiettivo è coglierne le principali criticità per poter mostrare come non si possa prescindere dal porre l'interesse legittimo ad oggetto del processo amministrativo di legittimità³³. Il punto è stabilire quale interesse legittimo. Per far ciò, è indispensabile esaminare tale situazione giuridica soggettiva proprio attraverso il prisma dell'oggetto del processo, per individuare la figura effettivamente centrale nell'ambito del giudizio di stampo cassatorio che vede contrapporsi il privato alla pubblica amministrazione³⁴.

1.1. (segue) La tesi per cui l'oggetto del giudizio, strettamente collegato all'oggetto dell'accertamento giurisdizionale, è il rapporto amministrativo. Osservazioni critiche

In una nota e ponderosa opera di Aldo Piras³⁵, l'oggetto del giudizio viene individuato, in termini meramente processuali³⁶, nell'affermazione della parte volta ad esplicitare la pretesa posta a fondamento di una data esigenza di tutela³⁷;

³¹ Infatti, l'art. 40, comma 1, lett. *d*), stabilisce che “[i]l ricorso deve contenere distintamente: [...] i motivi specifici su cui si fonda [...]”.

³² A cui saranno dedicati i prossimi paragrafi 1.1 e 1.2.

³³ Aspetto, questo, oggetto di trattazione a partire dal paragrafo 1.3.

³⁴ In proposito, si vedano i paragrafi 1.3 e 1.4.

³⁵ A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, I e II, Milano, 1962.

³⁶ A. PIRAS, *op. ult. cit.*, I, 304.

³⁷ A. PIRAS, *op. ult. cit.*, I, 125, il quale aggiunge che “[d]’intuitiva evidenza è quindi anche la

l'oggetto è nella disponibilità del ricorrente, che è libero di individuarlo e delimitarlo, potendo (ad esempio) formulare una domanda di annullamento parziale³⁸ e non essendo vincolato alla qualificazione giuridica data dall'amministrazione alla vicenda interessata dal provvedimento impugnato³⁹.

L'oggetto del giudizio, così identificato in termini processuali, è strettamente connesso all'oggetto dell'accertamento⁴⁰ giurisdizionale: costituisce con esso un

conclusione – ineccepibilmente connessa a questa affermazione – che il potere di individuare l'oggetto del giudizio spetta al ricorrente in via esclusiva di ogni concorrente determinazione non soltanto del giudice, ma anche dei terzi, parti nello stesso processo”.

³⁸ A. PIRAS, *op. ult. cit.*, I, 126 e nota 145.

³⁹ A. PIRAS, *op. ult. cit.*, I, 127.

⁴⁰ La dottrina amministrativa ha fornito importanti riflessioni sull'attività di accertamento giurisdizionale rilevante in ogni processo amministrativo di annullamento. È stato, infatti, correttamente osservato da V. CAIANIELLO, *Manuale*, cit., 471, che, “contrapponendosi in sede di giurisdizione amministrativa il processo di annullamento al processo di accertamento, non solo si confondono concetti di diritto sostanziale con concetti di diritto processuale, ma si dimentica che in ogni tipo di processo (e quindi anche in quello di annullamento) è insito il momento dell'*accertamento* come ineliminabile momento propedeutico per l'adozione di qualsivoglia sentenza, sia essa di condanna, costitutiva o dichiarativa”.

Secondo M. STELLA RICHTER, *L'aspettativa di provvedimento*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, 25, “che l'accertamento nel processo amministrativo non possa stare da sé, come accade invece nel processo civile, non toglie che esso debba sempre sussistere anche nel primo. Del resto, la pronuncia che dichiara infondato il ricorso e lo respinge si esaurisce tutta e solo in un accertamento, mentre sia l'effetto cosiddetto conformativo che la stessa azione per l'esecuzione del giudicato hanno sempre, a ben vedere, come loro presupposto, non tanto l'annullamento, quanto l'accertamento che necessariamente lo precede”. L'Autore mira ad estendere l'incidenza dell'accertamento giurisdizionale, esaminando le varie fattispecie che si pongono alla base del giudizio di annullamento avente ad oggetto interessi legittimi pretensivi.

M. NIGRO, *Il giudicato amministrativo*, cit., 1163, rileva come “l'attività di accertamento costituisca il centro vitale della pronuncia amministrativa e lo stia diventando sempre più, manifestandosi la trasformazione del processo amministrativo proprio e anzitutto nella progressiva emersione del contenuto d'accertamento, senza la considerazione del quale neppure potrebbe proporsi un discorso sul valore direttamente precettivo della sentenza amministrativa”.

In senso critico, E. CAPACCIOLI, *Per la effettività della giustizia amministrativa (saggio sul giudicato amministrativo)*, in *Scritti in onore di Giovanni Miele. Il processo amministrativo*, Milano, 1979, 191 ss. Secondo l'Autore, “l'esclusione, dal processo di annullamento, dell'effetto di accertamento in senso proprio, è da considerarsi totale” (230). Tale posizione è l'effetto della sua nota linea teorica per cui il processo amministrativo prevede il fronteggiarsi di soggetti non paritetici, atteso che amministrazione è in posizione di supremazia rispetto al privato; allora, l'organo giurisdizionale esercita un controllo volto a verificare “l'osservanza della legge da parte dell'autorità, talché si tratta non di definire il regime giuridico di situazioni soggettive correlate delle parti, ma di eliminare l'atto illegittimo” (205).

Si è soffermato sulla tesi in questione M. CLARICH, *La giustizia amministrativa nell'opera di Enzo Capaccioli: un tentativo di ricostruzione sistematica*, in *Dir. proc. amm.*, 1987, il quale precisa che “[l]a funzione di controllo propria del giudizio di legittimità tende [...] a un risultato che per un verso è qualche cosa di più della mera declaratoria dell'illegittimità dell'atto, per l'altro è qualche cosa di meno della fissazione in via sostitutiva della disciplina giuridica del rapporto (effetto di accertamento). Una mera declaratoria dell'illegittimità che lasciasse in vita l'atto amministrativo, senza privarlo degli effetti che produce (la cui persistenza perpetuerebbe la situazione di illegittimità),

unico problema, a cui destinare una risposta unitaria⁴¹. L'oggetto dell'accertamento nell'ambito del giudizio di annullamento non si riduce alla situazione giuridica vantata (per il conseguimento del bene ambito), ma si indentifica con il rapporto "sulla cui base il bene domandato sia stato riconosciuto o negato [...], ossia con la qualificazione giuridica che del fatto sia stata operata dal giudice nei limiti oggettivi entro cui ciò si sia rivelato necessario per poter pronunciare circa la tutela domandata dall'interessato"⁴².

La linea teorica dell'illustre Autore è molto articolata. Per una necessaria esigenza di sintesi, si ritiene di mettere in evidenza i seguenti passaggi, rilevanti ai fini della trattazione del tema ora in esame:

a) rileva innanzitutto la definizione di "interesse protetto", inteso quale situazione giuridica "essenzialmente inattiva"⁴³ che colora la posizione del soggetto che si trova in un rapporto amministrativo suscettibile di essere inciso da un atto o da un provvedimento dell'autorità, espressione di potere⁴⁴;

b) l'interesse protetto si distingue dall'interesse legittimo, che si configura solamente in virtù dell'emanazione dell'atto autoritativo e per effetto del pregiudizio che esso arreca; quest'ultimo è concepito come una "situazione giuridica soggettiva – più precisamente come un potere d'annullamento –" strumentale, in

rappresenterebbe una pronuncia inutile. Il ricorso risulterebbe pertanto inammissibile per difetto di interesse. D'altro canto, un effetto di accertamento in senso proprio, come si è visto, è incompatibile con l'esercizio di una funzione di controllo" (479).

In ordine all'attività di accertamento giurisdizionale, M.S. GIANNINI, A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, 229 ss., pongono il dilemma centrale nell'ambito della giurisdizione amministrativa di legittimità, di cui evidenziano anche i conseguenti riflessi sul giudicato. Secondo gli illustri Autori, "[i]l problema non ammette soluzioni alternative: o si ritiene che l'accertamento investa l'atto, abbia cioè per contenuto la qualificazione dell'atto stesso come illegittimo, e in questo caso non si potrà parlare di giudicato come di un accertamento che vincoli l'amministrazione nella emanazione di un nuovo provvedimento relativo al medesimo fatto con il medesimo oggetto nei confronti degli stessi soggetti; o si pensa che questo vincolo sia essenziale all'idea della tutela giurisdizionale, che l'amministrazione deve essere legata agli accertamenti che hanno provocato l'annullamento del provvedimento impugnato, ed allora è necessario riconoscere che questi stessi accertamenti non hanno riguardato l'atto – che scompare, annullato – ma che stanno fuori da esso, si riferiscono al rapporto, hanno cioè per oggetto il diritto ed il fatto che segnano i termini della disciplina a cui è concretamente assoggettato un determinato potere e la sua trasformazione in un provvedimento" (255-256).

⁴¹ A. PIRAS, *Interesse legittimo*, cit., II, 10-11; 39.

⁴² A. PIRAS, *op. ult. cit.*, II, 141.

⁴³ A. PIRAS, *op. ult. cit.*, II, 27, nota 32: situazione che "di regola si iscrive entro un rapporto, ossia entro quello stesso rapporto, il cui secondo termine è rappresentato dalla situazione fatta all'autorità dalla norma medesima che, nel prevedere l'atto, determina condizioni e limiti del potere correlativo, rinviando per la disciplina dell'uso che del potere deve esser fatto alla normativa generale sull'attività".

⁴⁴ A. PIRAS, *op. ult. cit.*, I, 233.

quanto volta(o) al ripristino, in sede giudiziale, della situazione antecedente all'emanazione di tale atto⁴⁵;

c) l'interesse legittimo origina dunque dal pregiudizio che l'interesse materiale subisce per effetto del provvedimento illegittimo, in grado di incidere, sul piano sostanziale, sul rapporto, determinandone una modificazione giuridica⁴⁶;

d) l'azione processuale posta a tutela del soggetto leso, che lo stesso ha facoltà di esercitare a seconda che ritenga o meno conveniente intervenire sul rapporto all'esito della modificazione avvenuta⁴⁷, mira ad accertare la sussistenza del fatto materiale previsto della norma (ad esempio, l'eccesso di potere in cui è incorsa la p.a.), che ha determinato la modificazione (del rapporto) avvenuta sul piano sostanziale⁴⁸; mira, altresì, a rimuovere il pregiudizio subito dal privato attraverso l'eliminazione del fatto che lo ha causato e il ripristino dello *status quo ante* il verificarsi dello stesso⁴⁹;

e) il perimetro dell'accertamento (e dell'oggetto del giudizio) non involgono la sola verifica della legittimità o meno del provvedimento⁵⁰, che non potrebbe essere impeditiva di una nuova emanazione dell'atto annullato, ma investono l'intero rapporto affinché su di esso non possa tornare ad incidere il potere amministrativo⁵¹. Solamente in tal modo vi sarebbe un accertamento idoneo a soddisfare pienamente la pretesa del ricorrente e a chiudere definitivamente la vicenda tra le parti⁵²;

f) tale accertamento, costitutivo del rapporto amministrativo già inciso e modificato sul piano sostanziale, viene versato nella sentenza, ma non riguarda, come si è visto, l'illegittimità dell'atto, bensì la mancanza di un fatto costitutivo del po-

⁴⁵ A. PIRAS, *op. ult. cit.*, II, 248.

⁴⁶ A. PIRAS, *op. ult. cit.*, II, 197 (nota 188).

⁴⁷ "Secondo Piras, infatti, nei c.d. rapporti giuridici potestativi la modificazione si verificherebbe subito, non appena intervenga il fatto contemplato dalla norma, salva la esigenza di una sua invocazione da parte del titolare, attraverso l'esercizio non già dunque di un potere sostanziale modificativo, ma di una facoltà optativa [...], improntata così alla scelta di convenienza fra diverse situazioni giuridiche entrambe in qualche modo attuali e disponibili": C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo*, I, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1991, 270.

⁴⁸ A. PIRAS, *Interesse legittimo*, cit., II, 202-203.

⁴⁹ A. PIRAS, *op. ult. cit.*, II, 252.

⁵⁰ ID., *op. ult. cit.*, II, 271.

⁵¹ Il rapporto giuridico costituisce l'oggetto dell'accertamento del giudice: M.S. GIANNINI, A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa*, cit., 255. "Il suggerimento non nasce da preoccupazione d'ordine dogmatico, da ricostruzioni di teoria generale, ma dalla pratica esperienza dei giudizi e dall'esigenza di tenere presente che gli istituti di giustizia amministrativa sono chiamati ad assicurare «la tutela giurisdizionale degli interessi legittimi». La misura dell'annullamento – per quanto efficace possa apparire – non è in alcun caso sufficiente a garantire la soddisfazione dell'esigenza di tutela fatta valere con l'azione" (255).

⁵² A. PIRAS, *Interesse legittimo*, cit., II, 141, 245, 280.

tere esercitato, di cui dunque emerge l'insussistenza: nel caso, invero, "l'annullamento dell'atto venga pronunciato per il difetto di uno degli elementi della fattispecie normativa indicati come rivelatori dell'esistenza del potere – ad es., per la mancanza di uno dei c.d. «presupposti in senso tecnico dell'atto» – l'oggetto dell'accertamento non [è] affatto costituito dalla pretesa situazione (c.d. obbiettiva) di illegittimità, in cui si assume che versi ogni provvedimento «viziato» in talun suo «elemento» (o «requisito» di validità). In questo caso almeno (ma, per quel che vedremo, non in questo caso soltanto), dovrà dirsi piuttosto che la questione sopra la quale verte la controversia, sollevata con l'azione di fronte alla giurisdizione amministrativa, riguarda a rigore l'effettività del potere di cui l'amministrazione si sia avvalsa per porre in essere l'atto, privo della base concreta voluta dalla legge"⁵³. L'accertamento prodotto dalla sentenza costitutiva determina un effetto preclusivo⁵⁴, che impedisce la possibilità che lo stesso rapporto possa essere disciplinato in termini differenti da quelli individuati in via pretoria⁵⁵.

È difficile mettere in dubbio che il lavoro di Piras, ancora, oggi, rappresenti "il più cospicuo contributo [...] per superare il divario da sempre esistente nel nostro giudizio amministrativo tra la materia del contendere, deducibile in sede di ricorso per l'annullamento dell'atto, e l'effettivo conflitto di interessi, sussistente sul piano sostanziale fra le parti"⁵⁶. Occorre, allora, valutare se il diritto positivo (attuale) sia compatibile con una linea ermeneutica che riconosce come l'oggetto del giudizio amministrativo di annullamento, anche in caso di situazioni giuridiche pretensive, possa essere costruito in modo tale da condurre all'accertamento del rapporto⁵⁷.

Sono diversi gli elementi che conducono a una risposta negativa e sono di ordine sia sostanziale (il primo) sia processuale (i successivi).

⁵³ A. PIRAS, *op. ult. cit.*, II, 399.

⁵⁴ Sul punto, M.S. GIANNINI, A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa*, cit., 255, "[l]e sentenze si caratterizzano infatti tutte – secondo quanto comunemente si insegna – per il particolare effetto preclusivo dell'accertamento che in esso si contiene, effetto che impedisce venga rifatta da alcuno l'operazione di applicazione delle norme al fatto in base al quale un determinato bene è stato riconosciuto o negato, il rapporto tra determinati interessi è stato regolato in un modo o nell'altro".

In ordine all'effetto preclusivo, specialmente determinato dal giudicato, si veda *infra*, capitolo secondo, *sub* paragrafo 1, nonché, con specifico riferimento al giudicato amministrativo, *sub* paragrafo 2.2.

⁵⁵ A. PIRAS *Interesse legittimo*, cit., II, 144 ss.

⁵⁶ G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, 1980, 179.

⁵⁷ Una serie di Autori ha esaminato *funditus* la tesi in questione, tra i quali si possono annoverare, all'interno della dottrina amministrativistica, V. CAIANIELLO, *Le azioni proponibili*, cit., 859 ss.; M. CLARICH, *Giudicato e potere*, cit., 75 ss.; G. GRECO, *L'accertamento autonomo*, cit., 175 ss.; M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Napoli, 2018, 81 ss.; S. VACCARI, *Il giudicato nel nuovo diritto processuale amministrativo*, Torino, 2017, 180 ss.; R. VILLATA, *L'oggetto del processo*, cit., 708 ss.; P. VIRGA, *La tutela giurisdizionale nei confronti della Pubblica amministrazione*, Milano, 1966, 160 ss.

Il primo elemento è stato evidenziato da autorevole dottrina processualciviliistica⁵⁸, che ha sottoposto a critica la parte della teorica di Piras secondo cui l'effetto di annullamento di un provvedimento (o di un contratto) si verifica nel momento in cui si materializza il fatto previsto dalla norma⁵⁹, con la conseguenza che: o si materializza il fatto che si pone a fondamento del potere amministrativo, legittimandolo; ovvero si materializza il fatto che si pone a fondamento del potere di agire per l'annullamento del provvedimento amministrativo, determinandone la fondatezza, non potendo simili fatti logicamente coesistere. «Tale acuta ricostruzione non può, tuttavia, eludere questa rigida alternativa: a) anteriormente all'esercizio del potere, esiste, accanto al rapporto creato dal contratto [o dal provvedimento], sia pure come *situazione latente*, l'effetto giuridico che segue all'annullamento [...]; al che si può, però, obiettare con Chiovenda [...]»⁶⁰, che «dire diritto latente è quanto dire diritto possibile o diritto futuro, vale a dire inesistente: una figurazione della nostra mente che non ha ancora corrispondenza nella realtà» [...]; b) la norma ricollega direttamente al verificarsi del fatto previsto la produzione dell'effetto giuridico nuovo; in tal modo è, però, eliminata «quella possibilità di scelta tra due o più interessi egualmente protetti», che lo stesso Piras riconosce in capo al titolare del potere di annullamento [...]»⁶¹.

Il secondo elemento, di ordine processuale, deriva dalla incompatibilità tra (la disciplina del) processo amministrativo di annullamento e (l')accertamento del rapporto amministrativo che ne dovrebbe costituire l'oggetto⁶².

⁵⁸ S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1987, 153-154.

⁵⁹ Si veda, in particolare, *supra* nel testo, *sub* lett. d), nonché *sub* nota 47.

⁶⁰ L'Autore rimanda a G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1980, ristampa inalterata, 185 (in nota).

⁶¹ S. MENCHINI, *I limiti oggettivi*, cit., 153-154, nota 32.

⁶² G. GRECO, *L'accertamento autonomo*, cit., secondo cui «è possibile così riassumere i risultati della breve disamina operata sulla teorica secondo la quale oggetto del giudizio di annullamento sarebbe il rapporto amministrativo: a) si tratta di una interpretazione che muove dall'esigenza – di per sé del tutto condivisibile e meritevole della massima considerazione – di ricondurre il giudizio amministrativo sul solco dell'effettivo conflitto sostanziale intercorrente tra Amministrazione e destinatari dell'atto; b) si tratta, peraltro, di un'interpretazione che, in un'ottica circoscritta al solo nostro giudizio di annullamento, non può essere seguita, perché risulta in contrasto con la configurazione normativa di tale giudizio ed inoltre, forzandone la struttura, perviene a risultati non condivisibili sul piano dell'effettività della garanzia giurisdizionale; c) si tratta in ogni caso di un'interpretazione che non consente di ritenere che oggetto del giudizio di annullamento sia sempre e comunque il rapporto amministrativo: [...] il rapporto amministrativo sarebbe sottratto alla cognizione del giudice amministrativo in tutti i casi di lesione dell'interesse legittimo derivante da silenzio inadempimento, da provvedimento negativo preliminare o pregiudiziale e da provvedimenti inficiati da vizio di incompetenza» (185).

In termini parzialmente analoghi (con particolare riferimento al profilo *sub* b sollevato da Guido Greco), G. CORSO, *Processo amministrativo di cognizione e tutela esecutiva*, in *Foro it.*, 1989, CXII, 5, 430, secondo cui, “[s]e è vero che il processo amministrativo di impugnazione conosce fondamentalmente di atti e non di rapporti, ciò dipende non da una normativa che l’organizzi in que-

Il tentativo di superare una tale incompatibilità è stato posto al centro di diversi studi, che hanno ritenuto a tal fine decisivi elementi differenti, quali ⁶³: a) la introduzione dei nuovi mezzi istruttori all'interno dello stesso processo, unitamente alla titolarità del giudice di una cognizione piena sul fatto e alla “conseguente ammissibilità della integrazione della istruttoria (procedimentale) e della motivazione in corso di causa”⁶⁴; b) l'individuazione dell'azione processuale amministrativa “in base all'unico diritto di invalidazione”, che impone al ricorrente “un vero e proprio onere di dedurre nel processo tutti i motivi di invalidità dell'atto impugnato”⁶⁵, onere da considerare unitamente a quello della pubblica amministrazione “di acclarare nel procedimento tutti gli elementi che giustificano l'esercizio del potere”⁶⁶; c) la teorizzazione dell'esaurimento del potere in base a una regola di diritto sostanziale, che trova fondamento all'interno della disciplina delle disposizioni sui “termini ad efficacia preclusiva assoluta (attinenti al potere) e [sui] termini ad efficacia relativa (termini procedimentali). Questi ultimi ricorrono nei procedimenti ad istanza di parte, mentre l'efficacia preclusiva assoluta riguarda

sto modo o da regole di struttura che precludano la cognizione dei rapporti, bensì dall'indebita esclusione di regole di giudizio che sole potrebbero garantire la cognizione del rapporto”.

In ordine al profilo del vizio di incompetenza (sollevato da Guido Greco, *sub c*), si è soffermata G. URBANO, *Contributo sull'effettività del giudicato amministrativo*, Torino, 2020, 58-59, rilevando come si tratti di un vizio peculiare perché, pur essendo l'amministrazione che ha emanato l'atto legittimata passiva in giudizio, alla stessa non è consentito contraddire rispetto al rapporto sostanziale (sul punto l'Autrice richiama A. TRAVI, *Il giudicato amministrativo*, cit., 923); con la conseguenza che l'oggetto dell'accertamento relativo al rapporto sostanziale dedotto in giudizio non sarebbe possibile.

⁶³ Ci si riferisce ad alcuni, pur rilevanti, studi espressi dalla dottrina, specificando che la rassegna che segue non può avere alcuna pretesa di completezza.

⁶⁴ A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, II, Padova, 2001, 369 (si veda anche 211-212 e, comunque, *passim*).

In questa direzione, si vedano i principi articolati da Cons. Stato, Ad. plen., 23 marzo 2011, n. 3, per cui, “[a]nche nei riguardi della situazione di interesse legittimo, l'interesse effettivo che l'ordinamento intende proteggere è quindi sempre l'interesse ad un bene della vita che l'ordinamento, sulla base di scelte costituzionalmente orientate confluente nel disegno codicistico, protegge con tecniche di tutela e forme di protezione non più limitate alla demolizione del provvedimento ma miranti, ove possibile, alla soddisfazione completa della pretesa sostanziale” (punto 3.1 in diritto). Resta sempre, però, l'“ingombrante ostacolo” della discrezionalità amministrativa. Ragion per cui nella stessa decisione si legge anche che la trasformazione del giudizio amministrativo da giudizio “sull'atto, teso a vagliarne la legittimità alla stregua dei vizi denunciati in sede di ricorso e con salvezza del riesercizio del potere amministrativo, a giudizio sul rapporto regolato dal medesimo atto, volto a scrutinare la fondatezza della pretesa sostanziale azionata”, è possibile solamente “ove non vi si frapponga l'ostacolo dato dalla non sostituibilità di attività discrezionali riservate alla pubblica amministrazione” (punto 3.1 in diritto).

⁶⁵ M. CLARICH, *Giudicato e potere*, cit. 183.

⁶⁶ M. CLARICH, *op. ult. cit.*, 195. Sulla tesi di esame si avrà modo di tornare *infra*, all'interno del paragrafo successivo, nonché nell'ambito del capitolo secondo sul giudicato amministrativo, paragrafo 2.3.

tutti i termini previsti per il compimento di atti restrittivi che decorrono da un fatto diverso dall'avvio del procedimento, o da un atto interno alla sequenza, e può essere prevista dal legislatore anche in relazione ai termini procedurali⁶⁷. Regola che conduce a porre quale oggetto del giudizio l'intero rapporto tra privato e amministrazione, il cui potere non è più esercitabile alla luce delle preclusioni appena richiamate; d) l'art. 21-*octies* della legge n. 241/1990, attraverso "la possibilità di recuperare il *deficit* di contraddittorio procedimentale, in ipotesi causato [da tale norma], in sede processuale attraverso la c.d. *full jurisdiction*: quella *full jurisdiction* di cui proprio l'art. 21-*octies* pone le premesse laddove impone al giudice un sindacato sul contenuto del provvedimento"⁶⁸.

Prendere posizione sulle tesi appena accennate porterebbe troppo lontano. Ci si affida al pensiero di un insigne studioso come Feliciano Benvenuti, che può ritenersi ancora fortemente attuale, secondo cui "è da escludersi [...] che sia la sentenza amministrativa ad imporre una disciplina del rapporto tra amministrazione e cittadino, sostitutiva della disciplina che si racchiude nel potere amministrativo e nella funzione amministrativa [...]. Ciò, quanto meno, prendendo in considerazione la giurisdizione di legittimità, la quale costituisce d'altronde l'ossatura della giurisdizione amministrativa [...]"⁶⁹.

Tornando alla tesi Aldo Piras in esame, v'è un terzo elemento che pone dubbi sull'osservazione che il processo amministrativo di legittimità possa avere ad oggetto il rapporto e deriva dal fatto che, se il ricorso in cui si deducono profili di illegittimità del provvedimento impugnato fosse sempre in grado di investire l'intero rapporto⁷⁰, allora sarebbe conseguentemente leso il principio dispositivo su cui il processo amministrativo pacificamente si fonda⁷¹. E ciò, in particolare, per

⁶⁷ M. TRIMARCHI, *L'Inesauribilità del potere*, cit., 307.

⁶⁸ M. TRIMARCHI, *op. ult. cit.*, cit., 89, nota 46, che richiama la tesi già espressa in questi termini sul tema da A. CARBONE, *Il contraddittorio procedimentale: ordinamento nazionale e diritto europeo*, Torino, 2016, 236 ss.

Sull'art. 21-*octies* e sui temi che pone, con particolare riferimento al giudicato amministrativo, si tornerà *infra*, all'interno del capitolo secondo, paragrafo 2.3.

⁶⁹ F. BENVENUTI, *Giudicato (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, 898, il quale aggiunge che "[i]l giudice amministrativo non conosce l'atto amministrativo nella sua interezza e quindi come inclusivo del rapporto fra amministrazione e il cittadino, ma solo il momento formale dell'atto che si riassume nel problema di validità. E di ciò ci rendiamo conto immediatamente, ove pensiamo che la giurisdizione del Consiglio di Stato è stata concepita e costruita non come giudice dell'amministrazione e cittadino, ma come giudice nell'amministrazione e quindi di quel profilo esteriore del rapporto anzidetto, che viene riassunto nella formula della validità dell'atto" (898-899).

⁷⁰ Per F. LEDDA, *Il rifiuto di provvedimento amministrativo*, Torino, 1964, 268 (nota 31), "ammessa la validità delle premesse di Piras, occorre pur sempre riconoscere che il «rapporto giuridico amministrativo» può esser dedotto in giudizio solo per alcuni aspetti o elementi (precisamente, nel caso di rifiuto, in quegli aspetti cui puntualmente si riferisce la ragione dell'atto)".

⁷¹ In ordine alla rilevanza del principio dispositivo nell'ambito del giudizio amministrativo, in dottrina, L. MAZZAROLLI, *Il processo amministrativo come processo di parti e l'oggetto del giudizio*,

il fatto che l'amministrazione resistente sarebbe chiamata a prendere necessariamente posizione sull'intero rapporto inciso dal provvedimento impugnato, non solo oltre i limiti della domanda del ricorrente, ma anche facendo necessario affidamento a strumenti – quali il ricorso incidentale o la domanda riconvenzionale – normalmente subordinati all'esistenza di specifici presupposti, meramente eventuali.

Il quarto elemento è da ricondurre alla (nota) questione del ricorso proposto per vizi meramente formali⁷². Secondo Aldo Piras, l'annullamento dell'atto per vizi meramente formali non determina “alcuna tutela in senso finale dell'interesse materiale” del ricorrente, di tal che “deve riuscire evidente la ragione per cui la questione della loro violazione non può venire logicamente in considerazione se non dopo che siano accertate le varie condizioni di validità sostanziale del provvedimento (e cioè che all'amministrazione in concreto spettava il potere che essa ha esercitato e che, sempre in concreto, al legittimo esercizio di questo potere non si opponeva alcuno dei limiti stabiliti dalle norme sulla funzione)”⁷³.

in *Dir. proc. amm.*, 1997, 3, 463 ss. In ordine al suo fondamentale corollario, *i.e.* il principio della domanda, sempre in tale ambito, V. DOMENICHELLI, *La parità delle parti nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 4, 859; ID., *Il principio della domanda nel processo amministrativo*, *ivi*, 2020, 1, 26 ss.; M. NIGRO, *Domanda (principio della)*. *Diritto processuale civile*, in *Enc. giur.*, XII, Roma, 1989, 1; L.R. PERFETTI, *Cerbero e la focaccia al miele. Ovvero dei pericoli del processo amministrativo e delle sue mancate evoluzioni*, in *Il Processo*, 2020, 2, 459 ss.

È stato opportunamente precisato in dottrina che il principio domanda, che dispone in ordine alla funzione giudiziaria, subordinata appunto alla domanda della parte, deve essere distinto dal principio dispositivo, tanto in senso processuale (concernendo “la trattazione e l'istruzione della causa”), quanto in senso sostanziale (“essendo espressione dell'imparzialità del giudice”): L. FERRARA, *Domanda giudiziale*, *cit.*, 618 (nota 2, a cui si rimanda per i riferimenti della dottrina processualciviltistica citata).

In giurisprudenza, Cons. Stato, Ad. plen., n. 5/2015, *cit.*, secondo cui “il processo amministrativo è certamente un processo di parte governato, in linea generale [...], dal principio della domanda nella duplice accezione di principio dispositivo sostanziale – inteso quale espressione del potere esclusivo della parte di disporre del suo interesse materiale sotto ogni aspetto compresa la scelta di richiedere o meno la tutela giurisdizionale – e di principio dispositivo istruttorio (sia pure con i temperamenti enucleabili dagli artt. 63 e 64 c.p.a., in relazione al processo impugnatorio, ed ispirati al c.d. sistema dispositivo con metodo acquisitivo)” (punto 7.2); Cons. Stato, Ad. plen., 13 aprile 2015, n. 4, in cui viene riaffermato con forza il principio della domanda e, per l'effetto, escluso che, nel momento in cui la parte chiede l'annullamento di un provvedimento, il giudice possa pronunciare il risarcimento del danno in luogo dell'annullamento. L'insegnamento contenuto in tale pronuncia è nel senso che “il giudice [deve] dare accesso non alla ragione più soddisfattiva per il ricorrente ma a quella più congrua”: L.R. PERFETTI, *Cerbero e la focaccia al miele*, *cit.*, 460. Su tale pronuncia si vedano i contributi di F.G. SCOCA, *Il principio della domanda nel processo amministrativo*, in *Corr. giur.*, 2015, 12, 1600 ss.; nonché, in senso critico, di M. TRIMARCHI, *Principio della domanda e natura del processo secondo l'adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 4, 1101 ss.

⁷² A. PIRAS, *Interesse legittimo*, *cit.*, II, 452 ss.

⁷³ A. PIRAS, *op. ult. cit.*, II, 457-458. Esiste, dunque, una sorta di criterio gerarchico che regola l'esame, da parte del giudice, dei vizi articolati dal ricorrente avverso il provvedimento: occorre

La (condivisibile) critica elevata in ordine a tale aspetto della teorica in esame risiede nel fatto che, se “l'accoglimento di un'azione di annullamento basata unicamente su vizi «formali» di legittimità comportasse sempre e comunque un accertamento della «validità sostanziale» dell'esercizio della funzione amministrativa, si creerebbe un gravoso ampliamento degli «oneri introduttivi» del ricorso in capo all'attore, poiché questi sarebbe costretto in ogni caso, onde evitare di subire un giudicato pregiudizievole quanto alla «sostanza» del rapporto (e nonostante la vittoria in giudizio sulle contestazioni «formali»), a una complessa ricerca – con conseguente ampliamento dei vizi posti a sostegno della propria domanda d'annullamento – di tutti i possibili (anche incerti) vizi di tipo «sostanziale» che potrebbero affliggere l'atto impugnato”⁷⁴.

1.2. (segue) Le ulteriori tesi per cui l'oggetto del giudizio è: a) il diritto potestativo all'annullamento dell'atto impugnato; b) la illegittimità del provvedimento censurato; c) la legittimità dell'esercizio del potere amministrativo in funzione della tutela dell'interesse legittimo; d) la verifica dell'affermazione del ricorrente di avere il potere di provocare l'annullamento dell'atto impugnato. Osservazioni critiche

Una ulteriore linea teorica in ordine all'oggetto del giudizio amministrativo (di legittimità) è quella che lo individua nel diritto potestativo (sostanziale) di cui la parte è titolare e che è volto ad ottenere – la tutela e dunque – la pronuncia giudiziale di annullamento (costitutiva)⁷⁵. Più in particolare, per dirla con le parole del-

prima esaminare quelli di carattere sostanziale e poi quelli di natura formale, solo all'esito dell'accertamento della validità sostanziale del provvedimento, che dunque contraddistingue il *dicum* giudiziale anche in caso di annullamento dell'atto impugnato per uno o più dei vizi formali articolati (457 ss.).

⁷⁴ S. VACCARI, *Il giudicato*, cit., 208. La stessa critica era stata formulata da G. GRECO, *L'accertamento autonomo*, cit., 183, secondo cui l'impostazione di Piras in ordine al ricorso proposto per motivi meramente formali conduce, per le ragioni riportate nel testo, a “conseguenze davvero inique”; R. VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni*, cit., 509, secondo cui l'impostazione in esame risulta inattuabile nel caso in cui l'atto amministrativo fosse affetto da vizio di incompetenza (511).

⁷⁵ Alla teorica dà rilievo in Italia, nell'ambito del diritto processuale civile, G. CHIOVENDA, *Principii*, cit., 180 ss. La stessa ha suscitato un fervente dibattito, come dimostrano i lavori in termini adesivi di C. FERRI, *Costitutiva (azione)*, in *Enc. giur.*, X, Roma, 1988, 4; L. MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Bari, 1981, 92. In termini critici, si pongono, tra gli altri, E. ALLORIO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, in *Problemi del diritto*, I, Milano, 1957, 112 ss.; A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da E. Allorio, II, Torino, 1980, 146 ss.; S. MENCHINI, *I limiti oggettivi*, cit., 188 ss.

Per quel che concerne l'accoglimento della teoria nell'ambito del processo amministrativo, in particolare, A. ATTARDI, *L'interesse ad agire*, Padova, 1955, 259 ss.; E. GARBAGNATI, *La giurisdizione amministrativa*, Milano, 1940, 40 ss.

la dottrina che ha avuto modo di patrocinarla, “l’oggetto del processo è rappresentato dal diritto all’annullamento dell’atto amministrativo che sorge in conseguenza dell’emanazione di un atto non conforme in uno o più aspetti della norma attributiva del potere”⁷⁶.

Un simile diritto potestativo all’annullamento è privo di carattere sostanziale in quanto non attribuisce alcuna facoltà alla parte che intenda avvalersene al di fuori del processo⁷⁷; è la conseguenza della facoltà rimessa al privato di esercitare un potere (questo sì sostanziale) di modificazione della fattispecie incisa da una causa di invalidità, rivolto nei confronti della controparte⁷⁸. Si crea, in altri termini, in capo al privato una situazione di potere che consiste nella libertà di scelta se usufruire o meno della tutela prevista in proprio favore⁷⁹.

La finalità di questa ipotesi ermeneutica è quella di estendere i confini del giudicato: “secondo la tesi dell’unicità del diritto potestativo, l’elemento che identifica la situazione giuridica sostanziale finisce per non essere rappresentato più dal fatto costitutivo, o dalla fattispecie legale, bensì dal mutamento giuridico che si vuole produrre.

La ricostruzione, che pone come oggetto del processo costitutivo l’effetto giuridico al quale l’azione tende, fa rientrare i fatti costitutivi nell’attività cognitiva del giudice – cioè come decisione dell’*iter* logico seguito dal giudice per raggiungere la decisione [...] –, ma non nell’oggetto della sentenza. Essa giustifica in modo rigoroso e convincente [...] una preclusione del giudicato che si estende a

In senso contrario alla tesi che il diritto potestativo sin qui descritto sia l’oggetto del processo amministrativo, S. VILLATA, *Impugnazione di delibere assembleari e cosa giudicata*, Milano, 2006, 268 ss., in cui la questione in esame viene affrontata *funditus*.

⁷⁶ M. CLARICH, *Giudicato e potere*, cit., 135. Nella stessa direzione, A. TRAVI, *Il giudicato amministrativo*, cit., 920 (che richiama anche a supporto Cass., sez. I, 3 maggio 2005, n. 9171: 921, nota 25); S. VALAGUZZA, *Il giudicato amministrativo nella teoria del processo*, Milano, 2016, 114 ss. (spec. 123).

⁷⁷ S. VALAGUZZA, *op. ult. cit.*, 123.

⁷⁸ C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato*, I, cit., 250. Lo stesso autorevole Autore, in altra sede, ha specificato, con riferimento alla linea teorica in esame (quella derivante dalla “dottrina classica tedesca e soprattutto italiana”), che “l’oggetto del processo [...] consisterebbe nella questione in ordine alla esistenza o meno di un effetto giuridico sostanziale facente capo, sul piano delle affermazioni, all’attore e diretto al convenuto, il quale verserebbe quindi in una situazione di *soggezione*, quale situazione giur. *sostanziale*, nei confronti degli effetti del suo esercizio e dunque alla volontà del suo titolare (e non già meramente, come al solito avviene in ogni processo, ad una soggezione processuale all’effetto dell’esercizio della potestà giurisdizionale, qui di indole costitutiva)”: ID., *Domanda giudiziale*, cit., 79-80.

In termini diversi si esprime E. ALLORIO, *L’ordinamento giuridico*, cit., 35, secondo cui l’esercizio del potere del privato determinerebbe l’effetto di un dovere per il giudice di pronunciare la sentenza (favorevole) costitutiva da questi richiesta in ordine alla situazione sostanziale dedotta in giudizio.

⁷⁹ S. MENCHINI, *I limiti oggettivi*, cit., 152.