

INTRODUZIONE

Ad oggi la giustizia amministrativa, nonostante i recenti approdi legislativi e giurisprudenziali, sembra ancora patire un deficit sotto il profilo dell'effettività della tutela accordata al ricorrente, che sovente è costretto ad instaurare più di un giudizio per ottenere le utilità che gli deriverebbero da una pronuncia favorevole, censurando a più riprese l'operato di una pubblica amministrazione che, a fronte dell'esercizio di poteri discrezionali, rispondenti a esigenza di cura funzionale e perpetua dell'interesse pubblico, dispone di un potere amministrativo che, quantomeno empiricamente, pare essere inesauribile.

Il deficit è lampante quando si controverta in materia di interessi legittimi pretensivi: questa particolare tipologia di situazione giuridica soggettiva, invero, implica che il ricorrente sia soddisfatto pienamente solo allorché l'amministrazione, esercitando i propri poteri discrezionali, rilasci il provvedimento da lui agognato (si pensi all'ipotesi del rilascio di un titolo edilizio); la situazione giuridica in parola non è idonea ad essere tutelata attraverso la mera azione di

annullamento, che determinerebbe unicamente l'effetto di rimuovere dalla sfera del giuridicamente rilevante il provvedimento di diniego, nulla stabilendo in merito alla possibilità del ricorrente di ottenere o meno l'utilità sperata. Sovente il ricorrente è costretto a instaurare più giudizi in successione, tutti tesi all'annullamento di dinieghi illegittimi: e l'effetto del giudicato, in tal caso, è solo quello conformativo, ancorato ai soli vizi dedotti e poco efficace quando la necessaria attività di riedizione del potere sia discrezionale. In altre parole, l'elusione del giudicato è destinata a verificarsi ogniqualvolta residui ulteriore discrezionalità all'esito del processo, trasformando quest'ultimo in un ripetersi ciclico e incessante di controlli di legittimità, strutturalmente inadonei a garantire la soddisfazione di chi quel controllo di legittimità l'ha attivato: il ricorrente. Una figura comune a varie mitologie può, in questo caso, simboleggiare quanto descritto: trattasi del serpente uroboro, ossia il serpente che, mordendosi la coda (*serpens qui caudam devorat*), raffigura il ripetersi inevitabile e perpetuo degli eventi, nonché del tempo.

Il fenomeno poc'anzi evidenziato pone delicati problemi per quanto riguarda il contemperamento tra l'esigenza che la tutela accordata al cittadino sia effettiva e l'esigenza che l'azione dell'amministrazione, gravata di un compito particolarmente complesso quale, per l'appunto,

l'amministrazione sempiterna della cosa pubblica, si dispieghi liberamente, senza essere zavorrata da vincoli ingiustificati.

Il problema è estremamente complesso, e l'apparente patologia evidenziata è indubbiamente multifattoriale: in questa sede ci si concentrerà sulla portata dei vincoli nascenti da un giudicato favorevole al ricorrente, per poi interrogarsi in merito alla possibilità di un loro irrobustimento. Perché tale irrobustimento sia equo, è necessario che esso avvenga solo all'esito di un vaglio giurisdizionale ad ampio raggio, senza che si ricorra a preclusioni automatizzate che ingessino l'azione di una P.A. la quale, anche costituzionalmente, deve invece massimizzare l'efficacia e l'efficienza del proprio operato.

A tal proposito, oggetto del presente elaborato sarà quello di ridare lustro a una distinzione che oggi pare essersi scolorita: quella tra la violazione e l'elusione del giudicato amministrativo. Se vero è che definire il concetto di violazione non pone problemi di sorta, definire l'elusione si rivela meno agevole. Certo è che se la distinzione è stata positivizzata (e ribadita dal codice del processo amministrativo), allora assume rilievo: e assume rilievo maggiormente laddove, valorizzandola, possa giungersi a una tutela processuale più effettiva (o, in alcuni casi, semplicemente effettiva). Non pare assurdo, a questo proposito, ipotizzare che con il termine "violazione" il legislatore

abbia voluto alludere a tutti i comportamenti che si pongono “frontalmente” in contrasto con il giudicato, reiterando lo stesso vizio censurato in prima battuta, mentre con il termine “elusione” il legislatore abbia voluto coniare un concetto giuridico indeterminato che servisse a ricomprendere al suo interno tutti i comportamenti che, seppur apparentemente leciti, vanificassero gli effetti del giudicato favorevole. In questo potrebbe dirsi che il legislatore ha lasciato ampio spazio di valutazione al giudice amministrativo, considerato che la disciplina positiva dell’istituto dell’elusione di giudicato si riduce a due semplici articoli: l’art. 21-*septies* della legge sul procedimento, secondo cui “[...] è nullo il provvedimento amministrativo [...] che è stato adottato in [...] elusione del giudicato [...]” e l’art. 114 del codice del processo amministrativo, per cui “può essere proposta, anche in unico grado dinanzi al giudice dell’ottemperanza, [...] azione di risarcimento dei danni connessi [...] all’elusione del giudicato” e secondo cui “[...] il giudice, in caso di accoglimento del ricorso [per ottemperanza], dichiara nulli [o inefficaci, qualora si tratti di ottemperanza a sentenza non ancora passata in giudicato] gli [...] atti adottati [...] in elusione del giudicato”.

In quest’ottica sarà effettuata *in primis* una ricostruzione storica del

dibattito dottrinale afferente i vincoli nascenti dal giudicato amministrativo, volgendo lo sguardo in retrospettiva alle grandi costruzioni teoriche del passato, e in particolare alla tesi fautrice di un oggetto del giudizio amministrativo esteso all'intero rapporto amministrativo (e non solo ai profili di validità dell'atto); tesi che oggi, alla luce del mutato quadro normativo, appare più attuale che mai.

Lo sguardo storicistico non potrà comunque prescindere dall'osservazione degli attuali criteri, di conio giurisprudenziale, utilizzati dai giudici amministrativi per triangolare i contrasti di giudicato: a seconda della lettura che ne si vuole dare, questi criteri potrebbero apparire o decisamente sbilanciati a favore della P.A., o latori del seme del cambiamento. Ciò non toglie che, ad ogni modo, la giurisprudenza *in primis* si sia preoccupata di elaborare impostazioni teoriche - anche drastiche - che scongiurassero tale fenomeno, prevedendo l'esaurimento della discrezionalità residua; discrezionalità residua la cui stessa esistenza è stata messa pesantemente in discussione dall'abrogazione tacita della disposizione che, dopo un giudicato, faceva salvi gli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa.

Se vero è che la giurisprudenza si è premurata di trovare soluzioni

compromissorie non solo per censurare le spendite di potere successive alla prima che, *de facto*, aggirassero il giudicato, ma anche per invalidare tutti quei comportamenti sleali (si pensi all'adozione da parte della P.A., in sede processuale, di tattiche dilatorie quali la proposizione di un appello pretestuoso) o quei provvedimenti che, pur non prevedendo una nuova effusione di potere, vanificassero i vantaggi nascenti dal *decisum* (quali l'annullamento, in via di autotutela, del provvedimento rilasciato in seguito ad una pronuncia giurisdizionale), uno sforzo teorico ancor maggiore è stato profuso dalla dottrina: ognuno dei filoni dottrinali sviluppatisi in seno al dibattito ha tentato di elaborare delle soluzioni, più o meno invasive, che inibissero una volta per tutte i comportamenti elusivi dell'amministrazione. Ciascuno di essi sarà oggetto di autonoma analisi.

Emergerà come ognuna delle impostazioni teoriche abbia ancorato la stabilità della tutela alla perdita della discrezionalità residua, limitatamente all'affare oggetto di contenzioso, dando tuttavia luogo a un panorama teorico variegato; panorama che spazia dalle posizioni più eversive, riconducibili a coloro che sostengono una perdita secca della discrezionalità "non spesa" in esito al primo procedimento, a coloro che, invece, con un atteggiamento di maggiore - forse eccessiva

- indulgenza nei confronti di un'amministrazione oberata, le consentono di colmare le lacune dell'istruttoria procedimentale anche dopo il processo, esponendo il ricorrente vittorioso al rischio di dover proporre più ricorsi, con conseguente dispendio di energie economiche e processuali. Si osserverà come, sia dal punto di vista della solidità del fondamento normativo (specialmente alla luce del mutato contesto legislativo), sia dal punto di vista della praticabilità, la soluzione migliore possa essere quella "mediana" (il c.d. "*one shot a esaurimento processuale*"), che permette alla P.A. di spendere la discrezionalità residua entro e non oltre il processo, nel contraddittorio con il ricorrente e sotto lo sguardo vigile e imparziale del giudice. Certo è che, nonostante i numerosi interventi del legislatore, il dibattito inerente l'efficacia dei limiti oggettivi del giudicato amministrativo, dopo più di cento anni, risulta ancora fervente e, probabilmente, in assenza di interventi normativi specifici, lungi dal trovare una conclusione.

CAPITOLO I

PROFILI PROBLEMATICI E INTERESSI IN RILIEVO

1. Elusione: una concettualità in fieri

Non è agevole definire l'indefinibile. Il dato positivo correlato all'utilizzo del termine "elusione", all'interno dell'ordinamento giuridico italiano, non è d'aiuto all'interprete nel ricostruirne precisamente il contenuto per quanto riguarda la portata precettiva delle norme che lo menzionano.

Il termine è stato a lungo utilizzato sia nell'ordinamento civile che in quello penale. L'art. 388 c.p.¹ tratteggia una fattispecie di reato rubricata "mancata esecuzione dolosa dell'ordine del giudice", volta a reprimere la condotta di chi si sottragga all'esecuzione degli obblighi nascenti dal provvedimento dell'autorità giudiziaria; la norma

¹ art. 388 c.p.: "Chiunque, per sottrarsi all'adempimento degli obblighi nascenti da provvedimento dell'autorità giudiziaria, o dei quali è in corso l'accertamento dinanzi all'autorità giudiziaria stessa, compie, sui propri o sugli altrui beni, atti simulati o fraudolenti, o commette allo stesso scopo altri fatti fraudolenti, è punito, qualora non ottemperi all'ingiunzione di eseguire il provvedimento, con la reclusione fino a tre anni o con la multa da euro 103 a euro 1.032."

incriminatrice presuppone che a tal fine siano compiuti atti simulati o fraudolenti, e al secondo comma estende il trattamento sanzionatorio anche a chi *eluda* l'esecuzione di un provvedimento del giudice civile, amministrativo o contabile (estensione subordinata, peraltro, ad alcune condizioni²).

In ambito tributario, invece, l'impiego è da ricondurre alla figura dell'elusione fiscale³ (oggi ricompresa, dal dato positivo, nel novero delle figure di abuso del diritto⁴): tale fenomeno si configura allorché il contribuente, pur agendo nel rispetto formale delle norme tributarie, ne vanifichi l'effetto ponendo in essere operazioni che, prive di valide ragioni economiche, mirino unicamente a conseguire un risparmio d'imposta. Il fattore differenziale, dunque, rispetto alla violazione di norme tributarie, è il formale ossequio della disposizione legislativa: in altre parole, l'antigiuridicità del comportamento è valutata in base a

² art. 388 c.p., co. 2 *“La stessa pena si applica a chi elude l'ordine di protezione previsto dall'articolo 342 ter del codice civile, ovvero un provvedimento di eguale contenuto assunto nel procedimento di separazione personale dei coniugi o nel procedimento di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio ovvero ancora l'esecuzione di un provvedimento del giudice civile, ovvero amministrativo o contabile, che concerna l'affidamento di minori o di altre persone incapaci, ovvero prescriva misure cautelari a difesa della proprietà, del possesso o del credito.”*

³ Legge 27 luglio 2000, n. 212 (c.d. Statuto del contribuente), come modificata dal D.Lgs. 5 agosto 2015, n. 128, art. 10-bis co. 1 : *“Configurano abuso del diritto una o più operazioni prive di sostanza economica che, pur nel rispetto formale delle norme fiscali, realizzano essenzialmente vantaggi fiscali indebiti. Tali operazioni non sono opponibili all'amministrazione finanziaria, che ne disconosce i vantaggi determinando i tributi sulla base delle norme e dei principi elusi e tenuto conto di quanto versato dal contribuente per effetto di dette operazioni.”*

⁴ Cfr., *amplius*, cap. IV, par. 1.

un criterio sostanziale, e non meramente formale.

Tale scelta legislativa prende in realtà le mosse dall'istituto civilistico, nell'ambito della disciplina dei contratti, del negozio contrattuale in frode alla legge⁵: la relativa disposizione prevede che, laddove risulti che l'intento negoziale dei contraenti sia unicamente quello di evitare l'applicazione di una norma imperativa, può predicarsi la nullità del contratto per illiceità della causa. L'elusione fiscale altro non rappresenta se non una presa di posizione, da parte del legislatore, in merito alla riconducibilità di talune operazioni economiche, volte a conseguire un indebito risparmio d'imposta, a fattori vizianti la causa dei negozi giuridici utilizzati a tale scopo: presa di posizione che ha tra l'altro posto fine al fervente dibattito dottrinale e giurisprudenziale che aveva caratterizzato gli anni precedenti all'introduzione dell'istituto.

È dunque possibile affermare, sulla base di questi dati normativi, che l'elusione presenti due aspetti definatori: in una prospettiva civilistica, trattasi di una patologia riguardante in via esclusiva l'aggiramento di disposizioni di legge, atti cioè caratterizzati da generalità e astrattezza;

⁵ art. 1344 c.c.: *“Si reputa altresì illecita la causa quando il contratto costituisce il mezzo per **eludere** l'applicazione di una norma imperativa”*. La disposizione è fondamentale in quanto consente, in maniera analoga a quanto osservato per l'elusione fiscale, di sanzionare con la nullità atti negoziali plurilaterali che, pur essendo totalmente leciti dal punto di vista formale, sono compromessi sul piano sostanziale dall'intento (comune ai contraenti) di sottrarsi all'applicazione di una norma.

in una prospettiva penalistica, invece, essa mira a ricondurre nel proprio alveo comportamenti, non predeterminabili, che possano vanificare l'ordine contenuto in un provvedimento giurisdizionale⁶.

Vi è tuttavia un ulteriore dato normativo, rintracciabile nell'ordinamento amministrativo, che menziona il fenomeno dell'elusione; e lo fa in riferimento non all'elusione di disposizioni generali e astratte, aventi efficacia *erga omnes*, quali sono gli atti normativi, ma in riferimento a un istituto giuridico che ha invece efficacia *inter partes* e che, applicando la legge al caso concreto, rappresenta il momento di chiusura dell'ordinamento giuridico: il giudicato. L'art. 21-*septies* della legge sul procedimento amministrativo contempla, infatti, tra le cause di nullità dell'atto amministrativo, anche la circostanza che l'atto sia stato adottato in violazione od elusione del giudicato amministrativo⁷. L'inciso

⁶ Per una ricostruzione sintetica ma efficace dell'istituto in parola, vedasi G. BERSANI, *Il delitto di mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice fra dottrina ed applicazioni giurisprudenziali*, in Riv. pen., 2005, 6, pp. 655-668.

⁷ L. 241/1990 (in seguito, legge sul procedimento amministrativo), art. 21-*septies* co. 1: "È nullo il provvedimento amministrativo che manca degli elementi essenziali, che è viziato da difetto assoluto di attribuzione, che è stato adottato in violazione o elusione del giudicato, nonché negli altri casi espressamente previsti dalla legge." La norma trova un *pendant*, sul piano processuale, nell'art. 114 co. 1 lett. b) del D.Lgs. 104/2010 (in seguito, codice del processo amministrativo o c.p.a.), che attribuisce al ricorrente la facoltà di proporre un ricorso per ottemperanza teso a far dichiarare la nullità degli atti violativi o elusivi del giudicato. La disposizione del c.p.a, inoltre, consente di far accertare la nullità anche di atti equiparabili alle sentenze passate in giudicato; quanto invece alle sentenze non passate in giudicato o ai provvedimenti non suscettibili di acquistare tale qualità (si pensi ai provvedimenti che dispongano misure cautelari) la sanzione prevista è quella della dichiarazione d'inefficacia.

normativo rappresenta, senza ombra di dubbio, un *unicum*⁸ all'interno dell'ordinamento: ciò è legato a quelle che tradizionalmente sono state ritenute le caratteristiche strutturali del giudicato amministrativo il quale, come si avrà modo di approfondire⁹, si ritiene debba essere integrato dal giudice in sede di esecuzione della sentenza in ragione della incompletezza che lo contraddistingue (quantomeno dall'opinione maggioritaria).

Individuate le coordinate positive del concetto di elusione nell'ordinamento, non rimane che focalizzare l'attenzione sul fornire una definizione di elusione del giudicato amministrativo. Benché taluno abbia sostenuto che “definire è limitare”¹⁰, è indispensabile provare a tracciare i confini della fattispecie, specie in ragione del fatto che è proprio da tale definizione (e l'ampio dibattito in materia lo ha dimostrato) che deriva la qualità della tutela giurisdizionale amministrativa cui ciascun privato può aspirare: ampliando o restringendo i suoi confini si incide su quanto la pubblica

⁸ Benché il concetto di elusione nell'ordinamento amministrativo presenti, per taluni versi, più affinità col concetto di “elusione” penale che con quello civile. Difatti, sia in ambito penale che amministrativo oggetto dell'elusione è un provvedimento giurisdizionale. La differenza però è radicale, dal momento che la fattispecie penale prevede che non esista alcuna via “lecita” per sottrarsi all'esecuzione del comando magistratuale: si presuppone infatti che il destinatario del provvedimento ponga in essere atti “simulati” o “fraudolenti”. Tali presupposti, come si avrà modo di esaminare *infra*, non sono richiesti nel caso di elusione del giudicato amministrativo (benché il punto non sia pacifico).

⁹ Si rinvia al cap. II, par. 2.

¹⁰ La citazione è di Oscar Wilde.

amministrazione possa interferire, pur nel rispetto della legge, sull'effettiva fruizione dell'utilità attribuita al ricorrente all'esito del giudizio.

Avendo riguardo alle due nozioni del diritto civile e del diritto tributario, si evince come ad accomunarle siano: la presenza di un atto giuridico, il formale rispetto delle regole che disciplinano forma e sostanza dell'atto stesso ed, infine, lo scopo pratico di eludere l'applicazione di una specifica norma. La figura dell'elusione nel diritto amministrativo, invece, possiede due elementi aggiuntivi: la presenza di almeno due atti (i.e. due provvedimenti amministrativi, uno annullato in sede giurisdizionale¹¹ ed uno, successivo, emanato eludendo le regole scaturenti dal giudicato) e l'elusione - da parte del secondo provvedimento - non di una disposizione di legge, bensì del contenuto conformativo¹² di una sentenza; in questo senso, l'elusione del diritto amministrativo può dirsi più affine al concetto di elusione

¹¹ Secondo una teoria, peraltro, taluni atti dell'amministrazione (nella specie, l'annullamento in via di autotutela) possono essere considerati elusivi del giudicato anche in presenza di una sentenza che, all'esito del vaglio giurisdizionale in merito alla presenza o meno di alternative provvedimentali compiuto qualora il ricorrente abbia dedotto unicamente vizi formali (L. 241/90, art. 21-octies co. 2, primo inciso), confermi la validità sostanziale del provvedimento. Tale affermazione muove dal presupposto che, in caso di sentenza confermativa del provvedimento, l'amministrazione - pur vittoriosa - potrebbe vanificare, tramite l'annullamento, le posizioni giuridiche dei controinteressati consolidate nel giudicato che, invece, sia risultato sfavorevole al ricorrente. Si veda, a tal proposito, S. VACCARI, *Atti vincolati, vizi procedurali e giudicato amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/2019. Cfr., *amplius*, cap. III, sez. II, par. 2.1.1.

¹² La definizione di effetto conformativo è stata fornita da M. NIGRO, *Giustizia Amministrativa*, Il Mulino, Bologna, 2002. Si rinvia al cap. 2, par. 2 per una trattazione più approfondita.

dell'ordinamento penale, anziché a quello individuato in ambito civilistico-tributario.

Considerando che un provvedimento è composto da contenuto dispositivo e parte motivazionale (che razionalizza le risultanze della fase istruttoria, imperniata sull'acquisizione e sulla valutazione dei fatti ritenuti rilevanti) esso può dirsi elusivo del giudicato allorché sia risultata - nel corso del giudizio di annullamento - l'erroneità (o l'inidoneità) dei fatti che sorreggono il nuovo provvedimento oppure laddove la nuova motivazione, lungi dall'aver fugato le fallacie individuate dalla sentenza da eseguire, le abbia riprodotte in forma differente¹³.

Ad ogni modo, il fattore unificante, a prescindere dalla fattispecie concretamente considerata, è la volontà della pubblica amministrazione di raggiungere, riesercitando il potere d'imperio di cui è titolare, un risultato eguale a quello che si era prefissata nell'emettere la prima determinazione provvedimentale¹⁴; lo scopo caratterizza anche il provvedimento adottato in violazione del giudicato, che tuttavia si differenzia dall'atto elusivo giacché vizio che

¹³ La definizione bifrante, pur rielaborata, è di M. DI LULLO, *Elusione e violazione del giudicato, riedizione del potere, giudizio di ottemperanza*, in Dir. proc. amm., n. 4/2017. Per una definizione pretoria attuale, si vedano Cons. St. sez. IV, 4 marzo 2011 n. 1415; Cass. civ. SS.UU., 19 gennaio 2012, n. 736.

¹⁴ M. DI LULLO, op. cit.

ha condotto all'annullamento e vizio reiterato nel secondo provvedimento sono identici.

2. Gli interessi contrapposti

Si è avuto modo di osservare come, in tutte e tre le fattispecie elusive contemplate dall'ordinamento italiano, il legislatore non abbia fornito una definizione puntuale delle stesse, lasciando che fosse la magistratura a colmare tale lacune. Ciononostante, per quello che rileva in questa sede, il legislatore ha previsto all'art. 21-*septies* della legge sul procedimento (anche in ossequio al principio di tipicità delle sanzioni) che l'atto amministrativo contrastante¹⁵ con il giudicato sia nullo.

Ogni scelta legislativa sottende una sistemazione di interessi: in diritto civile, specie nella contrattualistica, si parla della c.d. allocazione dei rischi in capo alle parti; nel diritto amministrativo, altresì, si mira a disciplinare la relazione che intercorre tra l'amministrazione e gli amministrati contemperando i contrapposti interessi. I singoli profili di tale relazione sono disciplinati da una o più disposizioni.

¹⁵ Con l'espressione "contrastante con il giudicato" *et similia* vuole alludersi, indistintamente, sia alle ipotesi di violazione che a quelle di elusione del giudicato.

Quanto alla regolazione del profilo riguardante gli effetti della sentenza di annullamento e l'attività amministrativa successiva alla sentenza è dettata in maniera parziale, considerando che le due norme cardine in materia (i.e. la nullità degli atti contrastanti con il giudicato e il divieto di pronuncia con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati¹⁶) utilizzano, se non concetti giuridici indeterminati, termini difficilmente interpretabili in maniera univoca.

I “poteri amministrativi non ancora esercitati” pongono problemi di effettività della tutela specialmente in relazione al grado di soddisfazione del ricorrente quando l'esercizio del potere amministrativo sia corredato da più o meno ampi margini di discrezionalità. In particolare, delicati problemi sorgono laddove il ricorrente abbia azionato interessi legittimi pretensivi¹⁷ a fronte di un diniego della pubblica amministrazione: in tal caso, in ragione della particolare conformazione¹⁸ dell'interesse legittimo in questione, il mero annullamento giurisdizionale del provvedimento di diniego è

¹⁶ art. 34 c.p.a, co. 2, primo inciso: *“In nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati.”* Il vari orientamenti dottrinali e giurisprudenziali in merito all'interpretazione di questa disposizione e alle ripercussioni all'interno del processo saranno trattati nel cap. III.

¹⁷ Per una trattazione più ampia dei problemi posti dagli interessi legittimi pretensivi, cfr. cap. III, sez. II, par. 1.

¹⁸ Si fa riferimento all'interesse legittimo pretensivo laddove il soggetto aneli ad ottenere una posizione di vantaggio grazie a un'attività della Pubblica Amministrazione che incida in modo favorevole sulla sua situazione soggettiva (ad es. la concessione di una licenza per aprire un esercizio commerciale). Si veda M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo* (III edizione), Il Mulino, Bologna, 2017.

inidoneo ad assicurare la piena soddisfazione del ricorrente; ciò perché in capo alla P.A. permane un margine di discrezionalità mediante cui è possibile, potenzialmente, reiterare un provvedimento denegatorio adducendo motivi diversi - ma sempre sottendenti ragioni di interesse pubblico - da quelli fondanti il primo diniego così conseguendo, *de facto*, lo stesso risultato che il ricorrente aveva tentato di scongiurare addendo l'autorità giudiziaria. In altre parole, la discrezionalità residua impedisce al giudice di attribuire in via definitiva al ricorrente l'utilità cui egli aspira.

Identico problema può sorgere in riferimento ad interessi legittimi oppositivi¹⁹, quando l'adozione di provvedimenti ablatori sia rimessa alla discrezionalità dell'amministrazione.

Ricollegando il discorso all'elusione del giudicato amministrativo, è possibile implementarne la definizione fornita *supra* - astraendola ulteriormente dai casi concreti - affermando che si è in presenza di comportamenti elusivi anche qualora la pubblica amministrazione eserciti un potere discrezionale che teoricamente non potrebbe più

¹⁹ Per una differenziazione tra le varie tipologie di interessi legittimi e il successivo vincolo derivante all'attività amministrativa successiva alla sentenza di accoglimento del ricorso, si veda G. GRECO, *Giudizio sull'atto, giudizio sul rapporto. Un aggiornamento sul tema*, in *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa: in ricordo di Leopoldo Mazzaroli* a cura di M. A. SANDULLI, F. FRANCIOSI, Napoli, 2017.

esercitare, poiché esauritosi²⁰.

Su un versante, quindi, il privato che aspira ad ottenere in via definitiva la conservazione o l'attribuzione di un'utilità (o "bene della vita", mutuando una terminologia propria del diritto processuale civile) neutralizzando le possibilità, per l'amministrazione, di intervenire nuovamente sull'assetto impresso dal giudice al rapporto amministrativo esercitando poteri discrezionali; sul versante opposto la pubblica amministrazione, cui sono devoluti poteri funzionali alla cura perpetua²¹ dell'interesse pubblico, che mira a preservare la propria sfera di autonomia - in altre parole, la propria discrezionalità - in modo da esercitare il più agilmente possibile tali poteri; finanche quando ciò significhi andare ad incidere, con un nuovo provvedimento, sugli assetti di un rapporto delineati dalla sentenza.

2.1 L'effettività della tutela

La realtà del giuridicamente rilevante è un fitto intreccio di posizioni

²⁰ I modi in cui la discrezionalità residua dell'amministrazione potrebbe potenzialmente esaurirsi in varie sedi (ovverosia in sede procedimentale, processuale, di ottemperanza e di attività successiva al processo) saranno oggetto di trattazione nel cap. III.

²¹ Sulla c.d. "funzionalizzazione" dell'azione amministrativa, intesa come finalizzazione del potere amministrativo al raggiungimento di interessi pubblici concreti, si veda R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2017, *passim*.

giuridiche soggettive attive, cui corrispondono altrettante situazioni passive. Laddove il titolare di una posizione attiva ne lamenti la turbativa ad opera del soggetto obbligato, si verifica la c.d. crisi di cooperazione²²: Si è alla presenza di una mancata cooperazione da parte di un soggetto obbligato allorché questi impedisca al titolare della situazione di vantaggio di ottenere tutte quelle utilità che il diritto sostanziale gli attribuisce.

La finalità intrinseca del processo, sia civile che amministrativo, è quella di risolvere tale crisi attraverso il ripristino dell'assetto giuridico iniziale; in termini equivalenti, attraverso il processo si aziona il proprio diritto *lato sensu*²³ e lo si rende effettivo, ripristinando la legalità violata.

È possibile affermare che, al di là degli espliciti riconoscimenti normativi²⁴, l'effettività della tutela sia la *raison d'être* del processo: è

²² Si veda, a tal proposito, G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. I, Cacucci, Bari, 2018, p. 19 ss.

²³ "Diritto" cioè inteso non come diritto soggettivo (in contrapposizione all'interesse legittimo), ma come generica situazione di vantaggio.

²⁴ In diritto amministrativo, il principio di effettività della tutela si fa tradizionalmente risalire, sul piano costituzionale, agli artt. 24, 103, 111, 133 della Costituzione. Sul piano della legislazione primaria, invece, l'art. 1 c.p.a. lo menziona espressamente: "La giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo."; l'art. 2 c.p.a., invece rinvia alle disposizioni di rango costituzionale: "Il processo amministrativo attua i principi della parità delle parti, del contraddittorio e del giusto processo previsto dall'articolo 111, primo comma, della Costituzione. Senza alcuna pretesa di esaustività, si rinvia a Senza pretese di completezza, si rinvia ai contributi di P. PIOVANI, voce Effettività (principio di), in Enc. dir., vol. XIV, Milano, 1965, pp. 420 ss.. R. CAPONIGRO, *Il principio di effettività della tutela nel codice del processo amministrativo*, in Foro amm. - CdS, n. 5/2011, pp. 1707 ss.

proprio in ragione di ciò che esistono meccanismi processuali come l'esecuzione forzata, finalizzata a coartare il soccombente inottemperante ad eseguire il provvedimento giurisdizionale, e la tutela cautelare, mirante all'evitare o al limitare i danni derivanti dal trascorrere del tempo nelle more del giudizio, che vanificherebbero il diritto azionato. Senza di essi i risultati che la parte vittoriosa potrebbe ottenere all'esito del processo risulterebbero irrimediabilmente compromessi.

L'effettività, ad ogni modo, nell'accezione che qui rileva, va intesa nel senso di assicurare al ricorrente, attraverso il processo, "tutto quello e proprio quello"²⁵ cui avrebbe diritto sulla base delle norme sostanziali. Tale assunto trova conferma anche in uno dei cc.dd. valori funzionali del processo, precisamente nel principio di corrispettività²⁶ tra situazione giuridica sostanziale azionata e utilità attribuita al termine dell'iter processuale.

L'utilità che può essere attribuita all'esito del processo, tuttavia, è dipendente dall'oggetto del giudizio, la cui ampiezza si riflette sulla

²⁵ G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1912, rist. Napoli, 1928.

²⁶ Tale principio, che s'innesta nel più generale tema ampiamente studiato dalla dottrina tedesca del rapporto tra il c.d. *recht* (nella sua accezione di "diritto sostanziale") e la c.d. *rechtsfrage* (inteso come "domanda giudiziale"), è ripreso esplicitamente dalla sentenza della Cass., SS.UU., n. 26242/2014 che lo definisce, appunto, "[...] come valore che lo strumento processuale non può cancellare, incrinare, disarticolare o deformare, ma soltanto rispecchiare e attuare, attese la sua dimensione essenzialmente strumentale [...]".

portata dell'efficacia oggettiva del giudicato. Ne discende che da una maggiore estensione dell'oggetto deriverà una maggiore incidenza della pronuncia giurisdizionale sui rapporti giuridici intercorrenti tra le parti processuali. Definire l'oggetto del giudizio amministrativo è dunque l'obiettivo primario se si aspira a individuare un bagaglio di tutele processuali idonee ad assicurare una protezione pienamente soddisfattiva alle situazioni soggettive lese da atti dei pubblici poteri²⁷.

2.2 La conservazione del potere discrezionale funzionale alla cura dell'interesse pubblico

Giustapposta al soggetto privato v'è la pubblica amministrazione. Essa è titolare di un potere d'imperio strettamente funzionale alla cura dell'interesse pubblico primario che, dinamico poiché espressione di una realtà in costante mutazione, necessita che il soggetto deputato a tutelarla disponga di un potere che si attagli alle sue caratteristiche: un

²⁷ Si rinvia al cap. III, par 2.4 ss.