

L'oggetto dei giudizi di annullamento in rapporto al diritto sostanziale (amministrativo)

La struttura di tutto il diritto sostanziale e processuale, in qualsiasi settore, è quella che si deduce, con marginali correzioni e precisazioni, da "Le situazioni soggettive nel processo penale" di Cordero (Torino 1956).

L'unica situazione soggettiva in senso proprio è il dovere, perché definisce se stessa e tutte le altre, le quali guadagnano un nome diverso solo per risparmiare un po' di parole rispetto a quanto sarebbe necessario per descriverle solo in termini di dovere.

Per quanto qui interessa perciò (**Nota**¹) il **diritto soggettivo** consiste nel vantaggio specifico che il comportamento doveroso **arrec**a a terzi individuati od individuabili nel momento in cui il dovere nasce, accompagnato dalla possibilità di ottenere un risultato (considerato dall'ordinamento) equivalente a quel comportamento, in caso d'inadempimento dell'obbligato

1. **l'interesse legittimo** consiste nel vantaggio specifico che il comportamento doveroso dell'autorità (che può consistere anche solo nel rispetto delle prescrizioni di legge in tema di formazione degli atti amministrativi) **potrebbe arrecare** a terzi individuati od individuabili nel momento in cui il dovere nasce, accompagnato dalla possibilità di ottenere un risultato (considerato dall'ordinamento) equivalente a quel comportamento, in caso d'inadempimento dell'obbligato
2. un diritto soggettivo presente in tutti i settori dell'ordinamento è quello che si può chiamare "**diritto di libertà da indebita coazione**", rappresentato dal vantaggio specifico per chiunque del dovere incombente su chiunque altro di non invadere la sfera possessoria (in senso lato) del primo, se non nei casi di inadempimento di un suo dovere (posto dal diritto sostanziale) e nei modi previsti dalla legge (processuale), del quale dovere il secondo abbia titolo per pretendere l'adempimento
3. **il potere** è solo la possibilità di porre doveri, a se stessi o ad altri (a loro volta fronteggiati o meno da c.d. diritti soggettivi od interessi legittimi), anche mediante la cancellazione di doveri preesistenti che comporta il rovesciamento della situazione pregressa (se c'era un avvantaggiato, attuale o potenziale, in modo specifico dal dovere altrui, o comunque un avente titolo a pretendere l'adempimento del dovere altrui, diventa obbligato a non invaderne la sfera possessoria). In particolare, il potere (ad esercizio teoricamente obbligatorio ex art. 112 cost.) di creare il dovere del giudice di applicare una sanzione penale al colpevole di un reato (c.d. potestà punitiva) sfocia nel dovere del colpevole di scontare la pena, il quale dovere non corrisponde ad alcun diritto od interesse legittimo altrui (cioè non arrecare né potrebbe arrecare alcun vantaggio specifico ad alcuno).
4. nel diritto amministrativo numerosissimi doveri e poteri dell'amministrazione sono definiti in modo da comportare un'immensa sfera di **discrezionalità**, il cui sindacato ha (per legge e per giurisprudenza) un ambito assai ristretto

E' perciò evidente che l'interesse legittimo ha la stessa struttura (cioè è costruito allo stesso modo) del diritto soggettivo, ma per il suo titolare ha funzione (ossia utilità) assai inferiore, specie a fronte dell'estensione dei poteri discrezionali dell'amministrazione; e

(**Nota**¹) Come ho esposto in *Diritto e processo rivisitati*, in *Jus* 2013, 47 ss., spec. nn. 1, 10 e 16.

solo in questo senso si può definire (*absit iniuria verbis*) il parente povero del diritto soggettivo.

Qualsiasi settore legislativo prevede numerosissime ipotesi di annullamento giurisdizionale (per limitare il discorso a questo ambito) di atti, con elencazione tassativa nel settore civilistico (art. 2908 c.c.) e tendenzialmente aperta ad ogni atto dell'autorità nei settori amministrativo e tributario.

Ora, stante quanto ho riassunto sopra in tema di diritto soggettivo, interesse legittimo e potere, queste previsioni legislative vanno inquadrare nelle vicende dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi (loro nascita, trasformazione e morte), anziché elevate ad oggetto di autonomo esame, con o senza la tradizionale (almeno in ambito civilistico) elaborazione della categoria dei diritti potestativi. E si distinguerà allora

5. un atto-esercizio di un potere che attribuisce un diritto soggettivo (ad esempio, compravendita) od un interesse legittimo (ad esempio, bando di appalto pubblico), dal suo eventuale annullamento giurisdizionale, totale o parziale, che fa perdere in tutto o in parte quel diritto od interesse legittimo;
6. un atto-esercizio di un potere che rappresenta uno solo degli elementi (che allora si definisce non già efficace, ma solo *rilevante*: **Nota²**) necessari per l'attribuzione di un diritto soggettivo (ad esempio, autorizzazione alla vendita) o di un interesse legittimo (ad esempio, delibera di realizzazione di un'opera pubblica), dal suo eventuale annullamento giurisdizionale, che preclude comunque l'attribuzione di quel diritto od interesse legittimo;
7. un atto-esercizio di un potere che fa venir meno la rilevanza di uno qualsiasi degli elementi necessari per l'attribuzione di un diritto soggettivo (ad esempio, revoca dell'autorizzazione alla vendita) o di un interesse legittimo (ad esempio, revoca della delibera di realizzazione di un'opera pubblica), dal suo eventuale annullamento giurisdizionale, che ripristina quella rilevanza;
8. ecc.

Perché allora si teorizza di diritti potestativi od all'annullamento di atti, anziché di eliminazione e ripristino di diritti ed interessi legittimi o della rilevanza di loro elementi di fattispecie? La risposta è: per limitare la portata dell'oggetto del processo e quindi del giudicato, che da un lato si è riluttanti ad identificare in quei doveri (o nella rilevanza per quei doveri) il cui riflesso chiamiamo diritti ed interessi legittimi; e che d'altro lato è eccessivo estendere ai fatti materiali che sorreggono la richiesta di annullamento, dato che la questione del loro accadimento o meno potrebbe ripresentarsi in un'imprevedibile pluralità di contesti nei rapporti tra gli stessi soggetti, che non sarebbe allora equo vincolare ad una soluzione riguardante tutt'altro (cfr. in proposito art. 654 c.p.p. che subordina il vincolo all'accertamento di fatti nel processo penale alla loro duplice rilevanza, esigendo con ciò una vera e propria connessione per il titolo tra dovere di punire e diritto od interesse legittimo di cui si controverte in altro giudizio).

Il dovere o meno di annullare l'atto (ed il diritto - potestativo - ad ottenerlo) può anche restare con ciò l'oggetto della domanda, del processo e del giudicato, senza però poter ignorare che il rigetto (quanto meno nel merito) o l'accoglimento della domanda di annullamento implicano accertamento incontrovertibile, se non dell'intera situazione sostanziale, sia dell'impugnante che della controparte, però certamente del suo confine rappresentato dall'atto impugnato, in caso di rigetto dell'impugnazione, o dalla sua assenza, in caso di accoglimento (confine che può essere tale, a seconda dei casi, da comportare piena affermazione o negazione dell'effetto, cioè della situazione sostanziale, oppure della rilevanza o irrilevanza dell'atto a determinarlo od escluderlo). Il che si può

(**Nota²**) Cordero, *Procedura penale*⁶, Milano 2001, 1146.

dedurre anche dall'obbligo del giudice di scrutinare d'ufficio la sussistenza dell'interesse ad agire [art. 35, comma 1, lett. b) c.p.a.], nonché dall'esclusione del diritto all'annullamento nei casi di violazione di legge limitata al procedimento ed alla forma dell'atto impugnato (art. 21octies, comma 2 legge n. 241/1990).

Una ricaduta di un certo rilievo è quella di offrire un più solido fondamento, rispetto a generiche enunciazioni sulla forza normativa del giudicato, all'esclusione di ogni rilevanza dell'adozione e della mancata impugnazione di atti successivi e meramente riproduttivi (anche se dichiaratamente confermativi) di quello impugnato, in caso di formazione di un giudicato di merito sull'impugnazione.

Se l'oggetto del giudicato investe la rilevanza dell'atto nella fattispecie di una certa situazione soggettiva, l'assoluta improduttività di rilevanza (se si preferisce: l'assoluta inefficacia) di successivi atti riproduttivi o confermativi ne viene implicata a prescindere dalla forza vincolante del "motivo" di rigetto o di accoglimento dell'impugnazione ed a prescindere da ogni esplicita sanzione di nullità dell'atto che viola od elude il giudicato, come quella contenuta nell'art. 21septies della legge n. 241/1990 (**Nota**³).

Dunque, il giudicato incide, in via di accertamento od anche costitutiva, a seconda dei casi, sui confini delle situazioni sostanziali delle parti; e mi pare che ciò basti per concludere che, in ogni tipo di giurisdizione, il giudicato di merito nei giudizi di annullamento di atti conformi in ogni caso le situazioni sostanziali (diritti soggettivi, interessi legittimi, potestà punitive), a prescindere dalle dibattute dimensioni dell'effetto vincolante delle sue motivazioni, già in virtù della sua diretta incidenza sulle situazioni medesime (**Nota**⁴). Sicché i giudizi di annullamento possono essere descritti come giudizi non solo sugli atti, ma anche sui diritti ed interessi legittimi.

Se si vuole un parallelo, è come il rigetto della rivendica perché il convenuto in realtà non ha mai posseduto, se si qualifichi la rivendica medesima semplicemente come accertamento della proprietà (senza superflua addizione del diritto alla restituzione) suscettibile di esecuzione forzata: il giudice accerta che il comportamento in realtà tenuto dal convenuto non ha mai interferito con il diritto di proprietà dell'attore e questo accertamento vale come dichiarazione che detta proprietà (o meglio, il dovere di astensione del convenuto nei confronti dell'attore che esaurisce *inter partes* detta proprietà) è confinato entro certi limiti ed in particolare non esiste nella misura pretesa dall'attore, non estendendosi fino a vietare al convenuto il comportamento effettivamente tenuto (**Nota**⁵).

(**Nota**³) Cfr. il mio *Unicità del comportamento, pluralità di doveri ed oggetto del processo*, in *Riv. Dir. Proc.* 2005, 68 ss.

(**Nota**⁴) Vale qui la pena di notare per inciso che, nel caso di sentenza costitutiva direttamente creativa di una situazione sostanziale, come ad esempio la sentenza costitutiva di una servitù coattiva (art. 1032, comma 2 c.c.), la creazione da parte del giudice di detta situazione sostanziale ne implica anche (a pena di contraddizione) l'accertamento, che diventerà effettivamente tale, ossia incontrovertibile, subordinatamente al passaggio in giudicato, quale che debba ritenersi essere la decorrenza temporale dell'efficacia costitutiva.

(**Nota**⁵) Esprimevo questo convincimento, nel quale tuttora persisto, in *In tema di condanna, accertamento ed efficacia esecutiva*, in *Riv. Dir. Civ.* 1989, II, 41.