

Osservazioni sulla preclusione procedimentale al riesercizio del potere

Nino Paolantonio

SOMMARIO: Premessa. – 1. Alle origini delle preclusioni. – 2. Potere e preclusione sostanziale. – 3. Esaurimento del potere e preclusione. – 4. Sull'art. 10-*bis* novellato, in dottrina... – 5. ... e in giurisprudenza.

Premessa

Questo scritto ha ad oggetto un tema non ancora particolarmente indagato, ancorché se argomenti di sicura attinenza si ravvisino anche nella letteratura anteriore alla novella legislativa di cui si sta per trattare, nei limiti propri del presente contributo. Il tema è il nuovo alinea dell'art. 10-*bis* della l. n. 241 del 1990, come modificato dall'art. 9, comma 3, della legge 1 novembre 2011, n. 180 e, successivamente, dall'art. 12, comma 1, lett. e), del d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla l. 11 settembre 2020, n. 120.

La novella stabilisce che, «in caso di annullamento in giudizio del provvedimento così adottato» – ossia adottato, a norma del precedente alinea, indicando nel provvedimento stesso le ragioni alla cui stregua le controdeduzioni del privato ai motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza sono inaccoglibili – «nell'esercitare nuovamente il suo potere l'amministrazione non può addurre per la prima volta motivi ostativi già emergenti dall'istruttoria del provvedimento annullato».

La norma coinvolge questioni di diritto sostanziale di elevato spessore dogmatico: dai limiti alla rinnovazione del potere amministrativo, alla qualificazione stessa del potere, alla portata del contraddittorio procedimentale: questioni degne di un approfondito studio monografico e che è arduo qui anche solo approssimare. La norma evoca l'idea di una preclusione sostanziale, che fa seguito all'annullamento giurisdizionale. Gli spunti di discussione sono plurimi: la preclusione opera nei confronti di motivi ostativi avverso i quali il privato abbia mosso cen-

sure assorbite dalla sentenza di annullamento del diniego? Il provvedimento rinnovato incorre nella preclusione anche se il privato omette di esercitare le proprie prerogative partecipative? L'effetto della preclusione consiste nell'esaurimento del potere, così consentendo al giudice di affermare la spettanza del bene della vita all'istante-ricorrente?

Sono, questi, solo alcuni degli spunti emergenti da un'esegesi normativa condotta a tutta prima. Della approssimazione delle considerazioni che seguono, pertanto, mi scuso sin da ora.

1. *Alle origini delle preclusioni*

Marcello Clarich ha anticipato, anni or sono, almeno parte della vigente disciplina normativa. Egli ha sostenuto che il riesercizio del potere dopo l'annullamento è valido solo se il potere stesso si avvale di argomenti – e quindi, aggiungerei, di informazioni rilevanti per la rinnovazione istruttoria – che l'amministrazione non poteva conoscere, senza sua colpa, secondo il principio di buona fede, oggi codificato al comma 2-*bis* dell'art. 1 della legge generale su procedimento¹.

Altri hanno più recentemente criticato questa impostazione: l'amministrazione non può porre a fondamento del diniego ragioni non esplicitate nel preavviso in quanto, se ciò fosse consentito, tali ulteriori ragioni verrebbero sottratte al dibattito procedimentale²: ne seguirebbe l'annullamento del provvedimento per semplice violazione dell'art. 10-*bis*.

Questa notazione, tuttavia, mi lascia perplesso: se oggi l'amministrazione deve ritenersi costretta nel recinto di un *one shot* sostanziale, è anche vero che al potere discrezionale, che comunque, prima o dopo l'annullamento, si esercita per prove ed errori, non può essere precluso di valutare ulteriori opzioni decisionali solo perché l'originario apporto comunicativo del privato, che è parte essenziale dell'attività conoscitiva, non è pervenuto, o è stato ritenuto non fondato o inopportuno, e ciononostante il provvedimento di diniego sia stato annullato.

Piaccia o no, che la novella che commentiamo ha inteso perseguire la *traslatio* del *one shot* dal piano processuale a quello sostanziale è un fatto: così amputando il diritto all'errore da sempre riconosciuto all'apparato burocratico.

Non solo; l'alinea che precede l'introduzione della preclusione pone un altro, stringente vincolo per l'amministrazione: quello di motivare sull'eventuale mancato accoglimento delle osservazioni del privato, indicando, se ve ne sono, i soli motivi ostativi ulteriori che sono conseguenza delle osservazioni. La norma, cioè, non si

¹ M. Clarich, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, 1989, 103 ss.

² M. Trimarchi, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Napoli, 2018, 227.

muove in un'ottica di confutazione, e quindi di circuito dialogico e dialettico funzionale alla selezione dei fatti rilevanti per la soluzione del problema, ma, per l'appunto, in una prospettiva di tendenziale esaurimento degli argomenti disponibili all'apparato nella fase terminale dell'istruttoria³. Obbligo che va in controtendenza con l'orientamento, ancora attuale, del Consiglio di Stato, secondo cui la valutazione delle osservazioni private non necessita di analitiche confutazioni⁴.

2. *Potere e preclusione sostanziale*

Si affaccia così il problema – che la recente giurisprudenza inizia a risolvere in modi a mio avviso allarmanti – del rapporto tra preclusione sostanziale e contenuto del c.d. vincolo conformativo della decisione giudiziale, problema che non mi pare pessimistico prospettare come causa d'intralci ed incertezze per la rinnovazione dell'azione amministrativa.

È nota l'idea che giustifica la preclusione procedimentale sostanziale alla stregua dell'art. 3, l. 241/1990, sostenendosi che i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche a fondamento della *decisione* sono tutte quelle che l'amministrazione può rinvenire nella situazione problematica, segnatamente dall'istruttoria⁵: quell'istruttoria i cui contenuti informativi evincibili dopo l'annullamento giudiziale, oggi, proprio l'art. 10-*bis* novellato impone di trascurare in seconda battuta.

È sacrosanto che l'amministrazione, quando adotta un determinato provvedimento, debba farlo sulla base di presupposti e ragioni di diritto che devono tutti emergere dall'istruttoria.

Tuttavia, non si può ad essa negare, come si accennava, il “diritto di sbagliare”, se non per colpa gravissima; l'intero tessuto ordinamentale è fondato sul presupposto che una misura limitativa, quale senza dubbio è la preclusione ex art. 10-*bis*, può giustificarsi solo se la soglia oltrepassata è frutto di negligenza inescusabile o di colpa (molto) grave, quando non di dolo. È questo, a mio avviso, uno dei profili di incompatibilità della novella con l'art. 97 e col principio di legalità.

Inoltre, dubito che il provvedimento, espressione diretta del potere, venga in rilievo come attuazione in concreto dell'ordinamento. Il potere non è una forza oggettiva come neppure è manifestazione di capacità giuridica, tesi, quest'ultima, che pone in posizione a dir poco recessiva il momento del comportamen-

³ *Contra*, A. Carbone, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, II.1. *la situazione giuridica a rilievo sostanziale quale oggetto del processo amministrativo*, Torino, 2022, 9 ss., secondo il quale la violazione del contraddittorio procedimentale lede una corrispondente situazione soggettiva del pari di natura procedimentale.

⁴ Cons. Stato, V, 20 ottobre 2021, n. 7054.

⁵ M. Trimarchi, *L'inesauribilità*, cit., 229 ss.

to, e quindi la rilevanza dinamica del concetto di potere (non occorre richiamare i contributi, tra gli altri, di Santi Romano, Giuseppe Guarino, Giorgio Berti e Feliciano Benvenuti).

Il potere è una situazione soggettiva, ritenni un tempo come ritengo ancora, assolutamente disponibile.

Quindi, se il provvedimento reiterativo fondato su ragioni evincibili dalla vecchia istruttoria è per ciò solo annullabile, allora, in presenza di una nuova istruttoria fondata sulle cc.dd. sopravvenienze, il giudice, sempre che il diniego sia reiterato, può prendere in considerazione, nei limiti di una striminzita censura ricorsuale, solo i motivi provvedimentali nuovi. Questo dispone la novella.

3. *Esaurimento del potere e preclusione*

La rubrica di questo paragrafo evoca il tema del giudicato di annullamento: esso, potrebbe dirsi, non copre la situazione giuridica di potere, ma solo i vizi sollevati ed esaminati dal giudice. In fin dei conti, sarebbe il giudicato a determinare il vincolo in ordine all'azione amministrativa.

Ora, io non credo che il vincolo su di un'azione originaria dell'amministrazione, soprattutto quando dovuta per eseguire un comando giurisdizionale, trovi fonte (solo) nel giudicato; credo invece che il giudicato non sia altro che l'attestazione di un dovere pur esso originario e rimasto *ab origine* inadempito, ossia il dovere d'ufficio; dovere inadempito, si badi, è sintagma che non presenta alcuna interferenza con l'esaurimento del potere perché, sintetizzando, il dovere è funzione, e la funzione è inesauribile, mentre è il potere a non esserlo.

Si potrebbe qui richiamare la distinzione tra norme materiali e norme strumentali elaborata da Franco Ledda: con il sintagma «norme materiali» si indicano proposizioni giuridiche che, presupponendo l'emanazione dell'atto come un comportamento che genera utilità, ne fanno, per l'appunto, il contenuto di una situazione di dovere; per «norme strumentali» s'intendono invece quelle che stabiliscono le condizioni di validità di una proposizione giuridica ulteriore, «... la cui formulazione viene rimessa ad un determinato soggetto, e da cui viene fatta dipendere direttamente od indirettamente la nascita, la modificazione o la estinzione di situazioni giuridiche idonee a garantire beni»⁶.

Sulla base di questa distinzione Ledda scriveva che causa della lesione degli interessi individuali non è il rifiuto, ma l'omessa emanazione del provvedimento *favorevole*, e questo non pensando alla figura del c.d. interesse (legittimo) stru-

⁶ F. Ledda, *Il rifiuto di provvedimento amministrativo*, Torino, 1964, 17-19.

mentale (o finale), ma alla dimensione dell'interesse sostanziale giuridicamente rilevante in relazione agli effetti dell'atto di rifiuto.

Se così declinato, il dovere di agire dell'amministrazione, di istruire compiutamente ed approfonditamente, di selezionare i fatti informativi secondo gli *standard* dell'agire razionale e così via dicendo, trova fisiologico fondamento, ancor prima che nell'art. 3 della 241, nel principio costituzionale di legalità, che del principio di doverosità della funzione e di responsabilità dell'apparato è primo e forse unico presupposto (gli artt. 1 e 2 della l. 241 ne sono una esplicitazione).

4. *Sull'art. 10-bis novellato, in dottrina...*

Mi pare convincente la tesi secondo cui se la parte istante non ha presentato osservazioni in esito alla ricezione del preavviso di rigetto, la preclusione non può trovare applicazione, e ciò non tanto, come accennavo, per esasperate esigenze di contraddittorio endo-procedimentale, ma perché la mancata *collaborazione* del privato all'istruttoria, oggi codificata al comma 2-*bis* della 241, lo priva giustamente della garanzia dell'affidamento sulla non introducibilità, nella riedizione del potere, di elementi preesistenti, fatte salve le sole sopravvenienze.

Ma anche questa osservazione non è originale: già nel 1967 Franco Levi ricordava che «[...] le norme sul procedimento si risolvono [...] in regole sull'attività conoscitiva che precede l'emanazione di un provvedimento amministrativo; sotto questo profilo il procedimento appare come la *collaborazione spontanea, interessata o coattiva*, di vari soggetti all'istruzione di un 'affare'»⁷.

In verità, e senza giri di parole, la *ratio* della norma non è quella di semplificare alcunché, ma di tagliare gambe e braccia all'amministrazione nella riedizione del potere, secondo un'impostazione che poteva avere un senso quando il corredo di azioni disponibili al ricorrente non era quello introdotto dal codice del 2010, ma che non ha ragion d'essere oggi.

Ulteriore perplessità è che la difficoltà della riedizione del potere accresce in modo incrementale la "paura della firma": all'amministrazione non spetta ora, solo, di scovare il contenuto dell'effetto conformativo, a prescindere dal passaggio in giudicato o meno della sentenza, e salvo il caso di sospensione cautelare dalla esecutività di essa, ma essa dovrà altresì andare alla ricerca dei motivi di rigetto non contenuti nel provvedimento annullato e comunque già "emergenti" dall'istruttoria, onde escluderli dal riesercizio del potere: il che è paradossale in un sistema in cui il divieto di aggravamento dell'azione amministrativa è declinazione del principio costituzionale di buon andamento, mentre nel diritto pro-

⁷ F. Levi, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967, 9.

cessuale è stata addirittura introdotta la buffa figura della c.d. “ottemperanza di chiarimenti”.

Non sarei così convinto che la preclusione di cui parliamo non impedirebbe all'amministrazione di porre a fondamento del nuovo diniego valutazioni discrezionali che, ferme le risultanze dell'istruttoria, la stessa avrebbe potuto svolgere nel primo procedimento (o persino di confermare le valutazioni discrezionali già svolte e trasfuse nella motivazione del primo diniego, sempre che non siano state intaccate dal giudicato di annullamento)⁸.

In verità, a me pare che i “motivi” che sarebbero potuti emergere dalla originaria istruttoria non siano riconducibili (solo) a *fatti*, più o meno occulti, mercé i quali giustificare il diniego: se questo ha natura discrezionale – e riterrei che solo un provvedimento di tale natura ricada nell'ambito applicativo della novella di cui si sta trattando – i “motivi” costituiscono il presupposto funzionale della decisione discrezionale; sono cioè la rappresentazione di interessi che l'amministrazione (questa credo sia la *voluntas legis*) ha il dovere di ponderare comparativamente in prima ed unica battuta, secondo la forma classica di esercizio della discrezionalità.

E se non piace la tradizionale ricostruzione gianniniana, e si preferisce ricondurre la discrezionalità al modello della scelta razionale (come recentemente indicato da Alberto Zito)⁹ in vista della massimizzazione dell'interesse pubblico, il discorso non cambia poiché se la scelta è davvero razionale, essa non può non vagliare i motivi – *i.e.*, gli interessi – della decisione, se ed in quanto immediatamente percepibili ed apprendibili, in una “unica soluzione”, poiché diluirne l'apprezzamento equivarrebbe non solo ad un uso scorretto (leggi: “irrazionale”) della discrezionalità, ma darebbe corpo ad una violazione dello spirito della novella.

Insomma, riaprire la “vecchia” istruttoria dopo l'annullamento giudiziario equivarrebbe a venir meno al dovere d'ufficio di weberiana nozione: in tal senso mi pare che la norma richieda un notevole *surplus* di responsabilità politica degli apparati burocratici, da assicurare attraverso un metodo di lavoro sincronico, possibilmente collegiale, doverosamente partecipativo, e ragionevolmente celere (a seconda della complessità delle fattispecie di intervento dei pubblici poteri).

È vero che, in caso di violazione della preclusione legale, si imporrebbe al privato l'esercizio di una nuova azione costitutiva di annullamento (mi perplime la tesi di Leonardo Ferrara di un'azione di nullità¹⁰ poiché l'attribuzione di pote-

⁸ M. Trimarchi, *Note sul preavviso di rigetto dopo la legge n. 120 del 2020*, in *Scritti in onore di Maria Immordino*, IV, Napoli, 2022, 3734.

⁹ A. Zito, *Teoria della scelta razionale e teoria giuridica della discrezionalità amministrativa: prolegomeni per un inquadramento sistematico*, in *Scritti in onore di Maria Immordino*, IV, cit., 4065 ss.

¹⁰ L. Ferrara, *La preclusione procedimentale dopo la novella del preavviso di diniego: alla ricerca di un modello di rapporto e di giustizia*, in *Dir. amm.*, 2021, 573 ss.

re c'è e rimane; vien meno la base legale per esercitarlo in quanto consumato; e non c'è neppure violazione o elusione del giudicato poiché la sentenza che prelude all'eventuale riesercizio pregiudizievole del potere non pronuncia su motivi non spesi ma che sarebbero potuti emergere).

Ma questa azione (a mio avviso, e diversamente da quanto si ritiene¹¹) sarebbe anche l'ultima poiché, salvo che l'amministrazione non riproveda sulla base di sopravvenienze (o di motivi preesistenti ma non emergenti nella pregressa istruttoria alla stregua di un criterio di adeguatezza e responsabilità che spetta solo al giudice prudentemente formulare), il potere è esaurito; e se così è – se cioè l'amministrazione è priva di addurre motivi di diniego a fronte dell'istanza del privato –, l'effetto utile della pronuncia giudiziale non può che essere quello dell'accertamento della fondatezza della pretesa del ristoratore, del commerciante di oggetti sacri, dell'ambulante, e quindi *l'affermazione del dovere dell'amministrazione di rilasciare il provvedimento favorevole*.

5. ... e in giurisprudenza

Una società avanza istanza di iscrizione al nuovo albo degli intermediari finanziari per lo svolgimento dell'attività di concessione di finanziamenti. Banca d'Italia rigetta l'istanza; la società impugna, soccombe¹², appella e il Consiglio di Stato accoglie in parte¹³, affermando che «*la Banca d'Italia era tenuta a riesaminare l'affare*» e quindi «*valutare, se del caso con ricorso a perizia esterna [...] l'adequazione del patrimonio sociale e dare conto in motivazione dei risultati acquisiti. In base all'esito di tale apprezzamento, dovrà poi rivalutare i profili relativi all'assetto proprietario e alla onorabilità e reputazione dei soci*».

Siamo di fronte ad una classica revisione dell'istruttoria implicante un accertamento netto e di sicura acquisizione sul possesso del requisito di un adeguato patrimonio sociale. E, si aggiunge, un elemento istruttorio perfettamente evincibile dalla istruttoria pregressa.

Banca d'Italia rinnova la procedura per due volte (la prima in esecuzione di ordinanza cautelare del Consiglio di Stato¹⁴) e, vigente il nuovo art. 10-*bis* già all'epoca della adozione del provvedimento impugnato in primo grado, integra l'istruttoria processuale e respinge nuovamente l'istanza.

¹¹ M. Trimarchi, *Note ...*, cit., 3736.

¹² T.a.r. Lazio, II *bis*, 2 maggio 2019, n. 5580.

¹³ Cons. Stato, VI, 25 novembre 2019, n. 8017, § 21.1

¹⁴ Cons. Stato, VI, ord. 25 settembre 2017, n. 4097.

La società impugna nuovamente e il Tar afferma che, ai fini del procedimento su istanza di parte, il divieto di addurre per la prima volta, nel riesame conseguente all'annullamento del diniego, «*motivi ostativi già emergenti dall'istruttoria del provvedimento annullato*», «[...] sottende esigenze di concentrazione e speditezza che incidono – ampliandoli – sugli ordinari effetti preclusivi del giudicato amministrativo di annullamento, poiché la PA diventa obbligata a dedurre in giudizio tutti gli elementi (di fatto o di diritto) che possono impedire l'esito favorevole del procedimento per il ricorrente»¹⁵.

Si ripresenta la riprovevole idea del processo come prosecuzione del procedimento.

“Dedurre in giudizio”; perché? L'amministrazione dovrebbe anticipare nel processo quello sforzo ermeneutico di ricerca dei motivi ostativi sopravvenuti? O addirittura sanare processualmente la originaria istruttoria proprio per non incapere nella preclusione? Ricordiamo che l'integrazione in sede giudiziale della motivazione dell'atto amministrativo è ammissibile soltanto se effettuata mediante gli atti del procedimento, nella misura in cui i documenti dell'istruttoria offrano elementi sufficienti ed univoci dai quali possano ricostruirsi le concrete ragioni della determinazione assunta: ossia proprio quello che il nuovo art. 10-*bis* vieta.

Ma, secondo il Tar centrale, deve appunto essere anticipata in sede processuale, inammissibilmente, quella integrazione dell'istruttoria che, a processo concluso, in caso di annullamento, sarebbe all'amministrazione assolutamente precluso disporre.

Si potrebbe osservare che, se all'art. 10-*bis* novellato volesse darsi una qualche possibilità di applicazione, e quindi conciliare effetto conformativo e preclusione sostanziale, la sentenza di annullamento dovrebbe astenersi (con un balzo all'indietro di circa cinquant'anni) dal fornire indicazioni in un senso o nell'altro, limitandosi a rilevare il vizio e rimettendo alla responsabilità esclusiva dell'amministrazione la valutazione sulla sussistenza di motivi che non erano evincibili e non sono stati posti a fondamento del diniego annullato, sì che spetti all'amministrazione chiarire se dalla motivazione della sentenza scaturisca o meno la preclusione sostanziale.

È cioè l'amministrazione a dover valutare se l'annullamento faccia salva, di caso in caso, la valutabilità *ex post* di elementi non considerati prima, ancorché evincibili senza colpa del pubblico apparato, oppure se l'attività istruttoria possa spingersi ad apprezzare elementi conoscitivi nuovi e non precedentemente acquisiti al *dossier*, oppure acquisibili ed apprezzabili *illo tempore* ma non acquisiti senza colpa dell'amministrazione. Ma allora, se a farla da padrone è comunque il giu-

¹⁵ T.a.r. Lazio, II *bis*, 14 dicembre 2021, n. 12931.

dicato, a cosa serve la preclusione, se non a complicare l'azione amministrativa? E con quale vantaggio per l'interesse pubblico e per il pubblico erario?

Ma la sentenza del T.a.r. romano citata è stata appellata e, con sentenza della VI sezione del 4 maggio 2022, n. 3480, il Consiglio di Stato ha affermato espressamente che l'effetto conformativo del giudicato prevale sullo stesso art. 10-*bis* della legge n. 241 del 1990 le quante volte non risultino vincoli precisi al riesame complessivo della materia.

Secondo il Consiglio di Stato, se è vero che l'art. 10-*bis* prescrive che l'amministrazione non può e non deve aprire del tutto nuovi defatigatori "capitoli" ostativi alla pretesa del ricorrente di vedere riesaminato solo il punto fatto oggetto di esame nella sentenza, sarebbe «*altresì vero che quando lo stesso giudicato devolve per intero il riesame della fattispecie all'amministrazione solo affermando dei principi guida, essa può apprezzare anche il materiale già versato in istruttoria [...] ed anche quello emerso successivamente [...]*». Fatta la legge, trovata la via di fuga.

Questi "principi guida" non possono non valere che per il motivo o i motivi (di ricorso) accolti, laddove l'accoglimento esiga una rinnovazione. E il problema è proprio questo. Supponiamo che un concorso sia annullato per difetto di motivazione nella comparazione tra candidati. L'attività rinnovativa dovrà essere fisiologicamente circoscritta al materiale conoscitivo della istruttoria; ma, nella seconda istruttoria, la Commissione potrà desumere elementi confermativi del contenuto del provvedimento annullato evincendoli da fatti preesistenti e non apprezzati nel primo procedimento per cause imputabili a negligenza o mala fede dell'amministrazione?

Stando all'art. 10-*bis* assolutamente no perché, evidentemente, il potere di valutare quegli ulteriori profili già conoscibili si è, per *voluntas legis*, esaurito. Altrimenti dovrebbe essere il giudice – come ho ritenuto di escludere – a valutare se la evincibilità dei motivi "vecchi" ma non valutati sia obbiettiva e la mancata percezione di essi sia frutto di negligenza o mala fede. Ma questo non significa davvero semplificare e/o deflazionare il contenzioso, che avrebbe dovuto essere uno dei principali obiettivi del d.l. n. 76 del 2020, peraltro con il rischio di far tracimare il giudizio nel merito di un potere non ancora (ri)esercitato.

Nondimeno, il Consiglio di Stato riprende e rivaluta il c.d. *one shot* temperato, che confligge apertamente con il *one shot* sostanziale di cui al nuovo art. 10-*bis*.

Afferma infatti con la sentenza citata che è dovere della pubblica amministrazione riesaminare *una seconda volta* l'affare *nella sua interezza, sollevando tutte le questioni rilevanti*, con definitiva preclusione (per l'avvenire, e, in sostanza, per una terza volta) di tornare a decidere sfavorevolmente per il privato; tale principio costituirebbe «*il punto di equilibrio tra due opposte esigenze, quali la garanzia di inesauribilità del potere di amministrazione attiva e la portata cogente del giudi-*

cato di annullamento con i suoi effetti conformativi». Una vera e propria manipolazione del diritto positivo, alla quale del resto il Consiglio di Stato ci ha abituati (nel bene e nel meno bene) non da poco tempo.

L'art. 10-*bis* ha (dovrebbe avere) eliminato la garanzia (per l'amministrazione, s'intende), se mai v'è stata, di inesauribilità del potere; nozione qui tutto sommato extra vagante poiché il potere in ipotetico esaurimento è quello discrezionale di cui la p.a. è attributaria, mentre quello oggetto di rinnovazione è la forma dell'esecuzione del *dictum* giudiziale.

Seguendo il Consiglio di Stato, invece, dovremmo trarre la conseguenza che l'art. 10-*bis* è inapplicabile ogniqualvolta il giudicato imponga un'attività conformativa che impinga nella pregressa fase istruttoria, anche per profili estranei alla pronuncia di annullamento: cioè, pressoché sempre.

In altre parole, avremmo la conferma di quanto già accennato in precedenza, ossia che il giudicato svuoterebbe di portata precettiva l'art. 10-*bis*, sempre che si dia per presupposto che la norma intende esautorare l'amministrazione del potere di rinnovare l'attività conoscitiva *extra iudicium lata* in tutti i casi in cui l'istruttoria si sia dimostrata colpevolmente carente.

Se viceversa si ritiene che l'art. 10-*bis* consenta di tenere conto di elementi preesistenti ma non facilmente o incolpevolmente evincibili, avremmo una disposizione che vincola l'amministrazione a rinnovare il procedimento riesercitando un potere la cui sussistenza è rimessa alla valutazione di essa stessa p.a., tradendo in tal modo lo scopo della norma, che dovrebbe essere quello di semplificare l'esito del procedimento, da concludersi mediante un inevitabile riesercizio del potere subordinato ad una preclusione chiara e netta, e vincolando il giudice a non esprimersi su altro che non sia l'oggetto della domanda.

Intendo dire che, se la norma dovesse essere interpretata rigorosamente, ossia come preclusione assoluta ed incondizionata ad ogni successiva acquisizione di elementi non colpevolmente evincibili dalla originaria istruttoria, si potrebbero intravedere profili di illegittimità costituzionale, non sembrando confacente al principio di buon andamento una limitazione così tassativa ed insuperabile.

Dalla giurisprudenza giungono peraltro anche segnali rassicuranti: con sentenza n. 1790 del 14 marzo 2022, la sezione seconda del Consiglio di Stato ha fornito un'interpretazione effettivamente restrittiva della novella, affermando la non derogabilità dell'obbligo di comunicazione del preavviso in ragione della inapplicabilità del secondo alinea dell'art. 21-*octies* all'art. 10-*bis* come novellato.

Il ragionamento, in breve, è il seguente, e a me pare convincente: con la previsione della inapplicabilità del secondo alinea all'art. 10-*bis* si sarebbe realizzata una distinzione tra il regime della comunicazione di avvio del procedimento e quello del preavviso di rigetto per i procedimenti ad istanza di parte, la cui omis-

sione non sarebbe superabile nel caso di provvedimento discrezionale, tramite il deplorabile e deplorato utilizzo della c.d. “sanatoria processuale” (anch’essa frutto della ultradecennale fantasia del giudice), con la conseguenza che, per l’annullamento dei provvedimenti discrezionali, è sufficiente la mancata comunicazione del preavviso di rigetto.

L’attuale formulazione della norma sottrae infatti, secondo il Consiglio di Stato, il modello procedimentale correlato all’esercizio di un potere discrezionale ai meccanismi di una possibile “sanatoria processuale” previsti in via generale per la violazione di norme sul procedimento, in caso di omissione del preavviso di rigetto.

Addirittura, il Consiglio di Stato afferma che la nuova disposizione sia applicabile anche ai procedimenti in corso, in quanto la giurisprudenza ha attribuito all’art. 21-*octies*, comma 2, seconda parte, la natura di norma di carattere processuale; il che non mi pare condivisibile poiché non basta la parola “giudizio” per eradicare una garanzia partecipativa dalla sede sua propria, ossia il procedimento: entrambe le disposizioni hanno natura incontrovertibilmente sostanziale.

Concludo allora ribadendo le domande alle quali duro a dare risposta: è, questa, semplificazione dell’azione amministrativa? E soprattutto, serviva introdurre una così problematica disposizione in un provvedimento emergenziale scaturito dalla esigenza di far fronte alla crisi economica generata da epidemie, guerre e carestie?

Nino Paolantonio - Abstract

Osservazioni sulla preclusione procedimentale al riesercizio del potere

Il presente contributo si occupa della preclusione procedimentale ex art. 10-*bis* della legge n. 241/90. L'analisi si estende alle implicazioni derivanti dal principio di legalità, al concetto di esaurimento del potere, agli effetti della sentenza di annullamento sulla rinnovazione del procedimento. Si conclude che la norma esaminata è inutile e forse anche costituzionalmente illegittima.

Observations on the procedural foreclosure against the re-exercise of power

This work deals with the procedural foreclosure pursuant to art. 10-*bis* of the law n. 241/90. The analysis extends to the implications deriving from the principle of legality, from the concept of the exhaustion of power, of the effects of the annulment sentence on the renewal of the procedure. It is concluded that the norm examined is useless and perhaps even constitutionally illegitimate.