

## Effettività della tutela giurisdizionale e riedizione del potere amministrativo

Cristina Fragomeni

SOMMARIO: 1. Premessa. Oggetto e limiti dell'indagine. – 2. L'inquadramento concettuale e normativo del principio di effettività della tutela giurisdizionale. Breve cenno ai progressi successivi all'approvazione del Codice del processo amministrativo. – 3. Il giudicato amministrativo e la sua esecuzione. Il giudizio di ottemperanza. – 4. Il rapporto tra giudicato e riedizione del potere. – 5. L'inesauribilità del potere amministrativo. Radici e risvolti di un dibattito risalente. – 5.1. Posizioni critiche nella prospettiva del superamento della teoria dell'inesauribilità del potere amministrativo. – 6. Conclusioni.

### 1. *Premessa. Oggetto e limiti dell'indagine*

La rilevanza della tematica dell'effettività della tutela giurisdizionale nel processo amministrativo può essere agevolmente colta riflettendo sulla centralità del giudizio amministrativo, il cui giudice si fa sovente «crocevia di rilevanti questioni nel campo dell'economia e dei diritti sociali»<sup>1</sup>.

Una tesi dottrinale risalente negava la riferibilità del principio di effettività della tutela alla giurisdizione amministrativa, sul presupposto che la pronuncia di annullamento non avrebbe contenuto la statuizione sulla spettanza del bene a cui aspirasse il ricorrente<sup>2</sup>. Si escludeva, in sostanza, che la sentenza del giudice amministrativo avesse la capacità di incidere in modo effettivo sulle decisioni della pubblica amministrazione, rendendo netta l'antitesi rispetto al giudizio civile, dotato di una giurisdizione piena ai fini della risoluzione della controversia<sup>3</sup>.

A partire dall'evoluzione normativa al cui vertice si posiziona l'emanazione del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, il sistema delle tutele è stato oggetto di sviluppi signifi-

<sup>1</sup> Il riferimento è alle parole proferite dal Presidente del Consiglio di Stato in occasione della celebrazione dei centonovanta anni del Consiglio di Stato e dei cinquanta anni dei Tribunali amministrativi regionali (Torino, 12-13 novembre 2021).

<sup>2</sup> M. Andreis, *Tutela sommaria e tutela cautelare nel processo amministrativo*, Milano, 1996.

<sup>3</sup> E. Ferrari, in *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa* (a cura di A. Romano), Padova, 1992.

cativi, nel complesso inquadrabili in una costante tensione all'effettività della tutela, assicurata dalla giurisdizione amministrativa coerentemente con i principi costituzionali e con il diritto europeo (art. 1, c.p.a.)<sup>4</sup>. Si tratta di considerazioni svolte sia in giurisprudenza sia in dottrina; da quest'ultima, in particolare, sono provenute istanze di incremento della tutela garantita dal giudizio amministrativo, per la soddisfazione in via immediata dell'interesse concreto sottostante all'azione esperita<sup>5</sup>.

## 2. *L'inquadramento concettuale e normativo del principio di effettività della tutela giurisdizionale. Breve cenno ai progressi successivi all'approvazione del Codice del processo amministrativo*

Per effettività della tutela giurisdizionale si può intendere l'idoneità del processo a garantire la soddisfazione integrale dell'aspettativa riconosciuta dall'ordinamento giuridico al soggetto vittorioso nell'ambito della vicenda processuale; in altri termini, si tratta della capacità del processo di assicurare al ricorrente il conseguimento di un risultato sostanziale<sup>6</sup>.

L'indagine ermeneutica sul principio di effettività della tutela giurisdizionale ha condotto alla scomposizione del medesimo in un triplice ordine di diritti: diritto di accedere alla tutela giurisdizionale, diritto di disporre di strumen-

---

<sup>4</sup> Il tema dell'effettività della tutela giurisdizionale figura tra quelli affrontati con l'ordinanza n. 19598/2020 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, da cui hanno tratto alimento ulteriore le vicende afferenti al caso *Randstad*. La Corte di Giustizia dell'Unione europea ha precisato, con la successiva sentenza, che, in linea generale, il diritto dell'Unione europea non comporta il sorgere in capo agli Stati membri di alcun obbligo di implementazione di strumenti di ricorso differenti e ulteriori rispetto a quelli contemplati dal diritto interno. Di conseguenza, è da ritenersi aderente al diritto dell'Unione europea l'attribuzione, alla stregua dell'ordinamento nazionale, della competenza a pronunciarsi in ultima istanza al Consiglio di Stato, organo supremo della giustizia amministrativa, ancorché quest'ultimo, in concreto, avesse subordinato la ricevibilità del ricorso a condizioni idonee a svellere l'effettività del diritto al ricorso stesso. Cfr. Corte di Giustizia UE, 21 dicembre 2021, C-497/20, *Randstad Italia SpA*. Invero è anteriore di soli nove giorni, rispetto all'ordinanza di rinvio alla Corte di Giustizia dell'Unione europea, la pubblicazione della sentenza n. 18592/2020 della Corte di Cassazione, in cui si cristallizza una posizione definita di *self-restraint*, a fronte delle ipotesi di sconfinamento del giudice amministrativo (il riferimento è a Cons. Stato, Sez. VI, sent. n. 1321/2019, di cui si dirà). Dal raffronto svolto tra le pronunce richiamate, risulta un atteggiamento convergente, ascrivibile ad entrambe le magistrature supreme, di proiezione verso la ricerca di «interpretazioni evolutive» che sorreggano l'ampliamento dei rispettivi poteri, complice il costante richiamo ai principi di effettività della tutela giurisdizionale e del diritto europeo. In tal senso, M. Sandulli, *Guida alla lettura dell'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 19598 del 2020*, in [www.giustiziasieme.it](http://www.giustiziasieme.it), 2021.

<sup>5</sup> S. Valaguzza, *L'effettività della tutela nella esperienza giurisprudenziale*, testo della relazione presentata al *Filo di Arianna*, TAR Lombardia, 27 febbraio 2017.

<sup>6</sup> R. Caponigro, *Il principio di effettività della tutela nel codice del processo amministrativo*, Relazione per l'incontro di studio tra magistrati sul codice del processo amministrativo, tenuto a Roma, presso il TAR Lazio, il 28 settembre 2010.

ti processuali adeguati alla situazione di cui si richiede tutela, diritto di ottenere quest'ultima entro termini ragionevoli<sup>7</sup>.

L'effettività della tutela è stata descritta come mezzo di traduzione del fatto in diritto nonché come indicatore dell'attitudine del fenomeno giuridico a scolpirsi nella realtà, concretizzandosi nella «stessa forza del diritto sostanziale quale risulta al termine delle vicende processuali che ne devono garantire l'attuazione»<sup>8</sup>.

La Corte costituzionale ha qualificato il principio di effettività alla stregua di un «criterio di integrazione e di correzione del diritto vigente»<sup>9</sup>; mentre l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha definito l'attuazione di una tutela giurisdizionale effettiva come un risultato che passa attraverso la «massima possibile limitazione di ogni margine di incertezza giuridica sul piano sostanziale o procedurale»<sup>10</sup>.

Il fondamento costituzionale del principio di effettività è rinvenuto nel combinato disposto degli artt. 24 e 113, Cost. La giurisprudenza costituzionale ha intravisto, in particolare, nell'art. 24 la predisposizione in favore degli interessi legittimi delle «medesime garanzie assicurate ai diritti soggettivi quanto alla possibilità di farli valere davanti al giudice ed alla effettività della tutela che questi deve loro accordare»<sup>11</sup>. È, in tal modo, inaugurata una linea evolutiva tra i cui risvolti emblematici si annovera il superamento delle inveterate perplessità dottrinali e giurisprudenziali nei riguardi della tutela dei diritti soggettivi da parte del giudice amministrativo, in sede di giurisdizione esclusiva. Sul punto, la Corte costituzionale ha espressamente chiarito che la giurisdizione amministrativa è perfettamente capace di assicurare una tutela piena ai diritti soggettivi coinvolti nell'esercizio della funzione amministrativa<sup>12</sup>.

Il principio di effettività della tutela giurisdizionale intrattiene interessanti connessioni con il principio del giusto processo, da rapportarsi, quest'ultimo, alle peculiarità del processo amministrativo. Il legame in discorso può agevolmente cogliersi considerando che la garanzia di una tutela giurisdizionale effettiva risiede «nell'articolazione del rapporto processuale e nel rispetto delle sue regole»<sup>13</sup>. In dottrina si è variamente parlato di indivisibilità del principio del giusto pro-

---

<sup>7</sup> A. Carratta, *Tecniche di attuazione dei diritti e principio di effettività*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2019.

<sup>8</sup> G. Montedoro, *Processo economico, sindacato giurisdizionale ed autonomia dell'amministrazione: la questione del merito amministrativo*, Relazione al Convegno di Varenna, 2014.

<sup>9</sup> Corte cost., sent. n. 77/2007.

<sup>10</sup> Ad. plen., n. 8/2013.

<sup>11</sup> Corte cost., sent. n. 204/2004 con nota di F.G. Scoca, *Sopravviverà la giurisdizione esclusiva?*, in *Giur. cost.*, 2004.

<sup>12</sup> Corte cost., sent. n. 140/2007. Nello stesso senso, Corte cost., sent. n. 191/2006.

<sup>13</sup> M. Sinisi, *Il giusto processo amministrativo tra esigenze di celerità e garanzie di effettività della tutela*, Torino, 2017, 206 ss. In altri termini, rileverebbe, secondo l'Autrice, ai fini del riscontro di una pur parziale «coincidenza contenutistica», la capacità, disvelata da entrambi i principi, di delineazione di uno «standard di tutela da garantire». In tal senso, il giusto processo tenderebbe verso l'effettività della tutela giurisdizionale, suo obiettivo.

cesso dal principio di effettività; dell'attitudine del primo a costituire un aspetto del secondo; della sussistenza di eventuali collisioni tra i principi in discorso<sup>14</sup>.

I principi di effettività della tutela giurisdizionale e del giusto processo sono collocati in fase di apertura del Codice del processo amministrativo, sul modello della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Giova richiamare, in tale sede, alcuni cambiamenti che si sono accompagnati all'approvazione del Codice. Tra questi, il superamento della concezione oggettiva del giudizio di annullamento; il completamento del processo di traslazione dell'oggetto del giudizio dall'atto al rapporto controverso sotteso all'atto medesimo<sup>15</sup>; l'incremento delle domande ammissibili<sup>16</sup>, che ha comportato la trasformazione della disciplina dedicata ai mezzi di impugnazione<sup>17</sup>. Logicamente consequenziali sono state le ricadute registrate in materia di accesso del giudice amministrativo al fatto, da intendersi come angolo visuale di una tutela giurisdizionale piena ed effettiva<sup>18</sup>.

La pienezza di tutela rappresenta, dunque, uno dei punti più elevati della codificazione di un sistema di rimedi rispondente al variegato assetto relazionale tra pubblica amministrazione e cittadino e alla proliferazione dei centri di potere<sup>19</sup>.

Senonché la disciplina dettata dal Codice pare frapporre alcuni limiti al giudice insuscettibili di rimozione, prescindendo all'invocazione, da parte di

<sup>14</sup> M. Luciani, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, Relazione al Convegno di Varenna, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 2014.

<sup>15</sup> Sul punto, si è rilevato che dal processo amministrativo, fermo restando il suo «tema obbligato» del «controllo dell'atto», trarrebbe origine un accertamento avente ad oggetti il rapporto e la relativa regolamentazione. In tal senso, S. Menchini, *Potere sostanziale e sistema delle tutele*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2020, 4. L'Autore prosegue precisando che la sentenza di accoglimento, laddove pronunciata, riconosce la spettanza al ricorrente del contenuto della pretesa fatta valere in giudizio e vincola l'amministrazione alla sua realizzazione attraverso la successiva riedizione del potere.

<sup>16</sup> Un elenco nutrito di azioni esperibili dinanzi al giudice amministrativo determina una maggiore probabilità per il ricorrente di ottenere il bene della vita oggetto di aspirazione. L'identificazione di quest'ultimo, secondo R. Villata, *Processo amministrativo, pluralità delle azioni, effettività della tutela*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2021, 2, 376, deve svolgersi con stretto riferimento all'«ordinamento positivo»; «se si tiene ben presente questo principio si evita di concludere che il processo amministrativo avrebbe la vocazione ad assicurare piena tutela alle parti, ma sarebbe privo della capacità di raggiungere tale risultato».

<sup>17</sup> Più approfonditamente, l'incremento delle tutele ha avuto ripercussioni, oltre che sulla struttura del processo, anche sull'interesse legittimo, quanto all'acquisizione di carattere sostanziale. In tal senso, valorizzando l'interesse legittimo come base del sindacato di legittimità condotto sul provvedimento, il giudizio amministrativo è stato definito un «giudizio di spettanza», vertente sul «potere»: «ciò che spetta non è in realtà che un nuovo, corretto esercizio della discrezionalità amministrativa». Si tratta di rilievi di R. Villata, *Processo amministrativo, pluralità delle azioni, effettività della tutela*, cit., 375, il quale richiama testuali parole di G.D. Falcon, *La responsabilità dell'amministrazione e il potere amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2009, 2, 246-247.

<sup>18</sup> L'accesso al fatto consente di correttamente indirizzare la tutela, in considerazione del caso specifico e del bene della vita oggetto di aspirazione. In tal senso, M. Sinisi, *Il giusto processo amministrativo tra esigenze di celerità e garanzie di effettività della tutela*, cit., 215.

<sup>19</sup> F. Patroni Griffi, *Dal Consiglio di Stato all'istituzione dei Tribunali amministrativi regionali: una lunga storia di tutele contro il potere arbitrario* (Torino, 12 novembre 2021 – in occasione dei 190 anni del Consiglio di Stato e dei 50 dei Tribunali amministrativi regionali).

quest'ultimo, del principio di effettività, corrispondenti al principio della domanda<sup>20</sup>, al divieto di pronunciare su poteri non ancora esercitati e alle limitazioni delle ipotesi in cui il giudice può condurre l'accertamento sulla validità della pretesa avanzata dalla parte<sup>21</sup>.

Ai livelli della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, i principi del giusto processo e dell'effettività della tutela giurisdizionale, di cui, rispettivamente, agli artt. 6 e 13 della Convenzione, diversamente che nell'esperienza giurisprudenziale nazionale<sup>22</sup>, sono nettamente scissi, nonostante corrisponda ad una prassi consolidata la deduzione contestuale dei motivi afferenti alla violazione degli articoli richiamati.

### 3. *Il giudicato amministrativo e la sua esecuzione. Il giudizio di ottemperanza*

All'interno del Codice del processo amministrativo non è contenuta alcuna definizione di giudicato. Pertanto, il riferimento corre agli artt. 2909, c.c. e 324, c.p.c., per quanto concerne, rispettivamente, le nozioni di giudicato in senso sostanziale e giudicato in senso formale.

Invero, il rinvio cosiddetto esterno, di cui all'art. 39, c.p.a., legittima la diretta applicabilità delle disposizioni processualcivilistiche al processo amministrativo nelle ipotesi in cui «il primo ordinamento esprima principi generali che non rinvergono nel secondo una sufficiente ed esaustiva declinazione regolatoria»<sup>23</sup>. In tal senso, non si frapporrebbe problematica alcuna all'estensione al processo amministrativo dell'art. 324, c.p.c., ricorrendone le condizioni; mentre, aderendo strettamente al tenore letterale dell'art. 39, c.p.a., non godrebbe di eguale legittimazione l'applicabilità, nella medesima sede, dell'art. 2909, c.c..

Dottrina e giurisprudenza maggioritarie concordano, tuttavia, nel considerare principio generale l'acquisizione secondo cui la sentenza del giudice amministrativo spiega il valore di cosa giudicata esclusivamente tra le parti del giudizio ovvero tra coloro che siano stati posti nelle condizioni di prendervi parte.

---

<sup>20</sup> Ad. plen., n. 4/2015 ha precisato che il principio della domanda non può essere superato in nome dell'effettività.

<sup>21</sup> E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2020, 820-821.

<sup>22</sup> Rispetto alla giurisprudenza nazionale si è percepita la sensazione di trovarsi dinanzi ad una «sorta di endiadi». Il rilievo è di C. Feliziani, *Effettività della tutela nel processo o nel procedimento? Convergenze e divergenze tra il sistema italiano di giustizia amministrativa e la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2019, 3. Mentre riferiscono di tale «prassi» A. Carbone, *Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e diritto europeo-convenzionale*, Torino, 2017 e F. Manganaro, *Equo processo e diritto a un ricorso effettivo nella recente giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Jus publicum*, 2011.

<sup>23</sup> Ad. plen., n. 33/2014.

Resta ferma la diversità intercorrente tra il giudicato civile e il giudicato amministrativo, nonostante la coabitazione di essi sotto il medesimo «tetto giuridico»<sup>24</sup>. In una prospettiva di estrema sintesi, limitatamente a quanto rileva nell'ambito dell'indagine svolta, l'esecuzione della sentenza amministrativa involge tanto il dispositivo quanto la motivazione, affinché sia ricondotta «sulla linea di partenza la macchina dell'Amministrazione, perché il procedimento questa volta si concluda *bene*, e cioè secondo le indicazioni del giudice»<sup>25</sup>. Il che restituisce contezza delle maggiori complessità riscontrate in questa sede rispetto che in sede di esecuzione della sentenza del giudice civile, laddove rileva il solo dispositivo<sup>26</sup>.

La sentenza amministrativa e il conseguente giudicato<sup>27</sup>, come autorevolmente affermato, costituiscono, al contempo, «giudizio per il passato e precetto per il futuro»<sup>28</sup>.

A quanto esposto si aggiunga il peculiare contenuto multiforme del giudicato amministrativo, dovuto alla produzione non soltanto degli effetti eliminatori e preclusivi, ma anche dell'effetto conformativo<sup>29</sup>. Autorevole dottrina ha rintracciato l'essenza di tale ultimo effetto nell'orientamento e nella plasmazione della riedizione del potere amministrativo, con intensità variabile, in relazione alla tipologia di accertamento<sup>30</sup>, fermo restando l'ancoraggio di quest'ultimo ai motivi del ricorso<sup>31</sup>.

<sup>24</sup> S. Giacchetti, *Il giudizio d'ottemperanza nella giurisprudenza del Consiglio di giustizia amministrativa*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it).

<sup>25</sup> *Ibidem*.

<sup>26</sup> Si è, tuttavia, evidenziato che anche nell'ambito del processo civile, laddove uno dei soggetti del rapporto su cui pronuncia la sentenza rivesta una posizione di supremazia, «l'accertamento giudiziale riguarda solo un frammento del potere esercitato, ma non impedisce una futura attività che potrebbe contravvenire al *decisum* del giudice». In tal senso, F. Manganaro, *Nuovi spunti sull'effettività della tutela giurisdizionale: analogie tra il processo di esecuzione nel giudizio civile e in quello amministrativo*, in V. Fanti (a cura di), *Scritti in onore di Enrico Follieri*, 2019, 385-386.

<sup>27</sup> La portata effettiva del giudicato amministrativo deve ricostruirsi attraverso «una lettura congiunta del dispositivo della sentenza con il percorso motivazionale articolato, correlata ai dati oggettivi di identificazione delle domande proposte [...], avuto riguardo al tipo di vizio riscontrato e alla consistenza dei motivi di doglianza oggetto di accoglimento». Cfr. TAR Lazio, Sez. III, n. 2737/2022.

<sup>28</sup> S. Valaguzza, I. Martella, *L'effettività della tutela nell'esperienza giurisprudenziale*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2018, 2, 795, con richiamo alle riflessioni di M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, E. Cardì, A. Nigro (a cura di), ult. ed., 2002, *passim*.

<sup>29</sup> Si è qualificato l'effetto conformativo come tipico del «meccanismo impugnatorio», considerati gli obblighi del ricorrente di precisare i motivi dell'impugnazione e del giudice di non varcare, in sede di giudizio, i confini delle censure dedotte. In tal senso, E. Tedeschi, *Contenuto conformativo della sentenza e competenza per l'ottemperanza (note a Consiglio di Stato, sez. V, 21 settembre 2020, n. 5485)*, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it), 2020.

<sup>30</sup> «In presenza di un'attività amministrativa vincolata, il giudicato produce un effetto conformativo sostanzialmente pieno[...]. In presenza, invece, di un'attività connotata da discrezionalità, l'effetto conformativo è solo parziale». In tal senso, Cons. Stato, n. 4567/2016.

<sup>31</sup> M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, 2002, 389.

Formatosi il giudicato, incombe in capo all'amministrazione l'obbligo di adeguarvisi ogniqualvolta sussista un dovere di agire ovvero di tenere un determinato comportamento.

Sin dalla sentenza n. 2157 del 1953, la Corte di Cassazione rimarcava che l'esecuzione del giudicato amministrativo costituisce il contenuto di un preciso obbligo gravante in capo alla pubblica amministrazione, indissolubilmente legato all'interesse superiore all'attuazione della giustizia e contestualizzabile nel celebre assunto chiovendiano secondo cui: «Il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quanto e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire»<sup>32</sup>.

Nel senso della doverosità dell'esecuzione della sentenza del giudice amministrativo depone lo stesso Codice: ai sensi dell'art. 88, primo comma, c.p.a., la sentenza deve contenere l'ordine di esecuzione della decisione da parte dell'autorità amministrativa. Quanto alla sua natura, si tratterebbe di un «ordine istituzionale», concorrente alla qualificazione del rapporto tra pubblica amministrazione e autorità giurisdizionale, con riscontro nel principio di cui all'art. 4, l. 20 marzo 1865, n. 2248, avente ad oggetto il dovere dell'amministrazione di eseguire le pronunce del giudice civile<sup>33</sup>.

L'indagine sugli effetti per il futuro scaturenti dal giudicato e condizionanti l'attività successiva dell'amministrazione è strettamente connessa con il contesto fisiologico del giudizio di ottemperanza<sup>34</sup>.

L'istituto dell'ottemperanza è stato qualificato come «flessibile» e dotato di una «natura complessa»; una delle declinazioni di maggiore rilievo della giurisdizione di merito<sup>35</sup>. Tuttavia, è stato evidenziato che, trattando dell'ottemperanza, il punto nodale non è costituito dal merito, ma dall'effettività della tutela giurisdizionale: a fronte di un'amministrazione che non ottemperi alla statuizione giurisdizionale, la sostituzione ad essa si pone in quanto necessaria nella prospettiva della garanzia di tutela. In tal senso, il merito si attergerebbe a «risvolto interno dell'ottemperanza»<sup>36</sup>.

La sostituzione del giudice all'amministrazione, inoltre, si svolge al di fuori della sottoposizione delle scelte compiute al sindacato della Corte di Cassazione, in quanto è esclusa l'integrazione di una questione di elusione dei limiti esterni del potere del giudice<sup>37</sup>.

<sup>32</sup> G. Chiovenda, *Dell'azione nascente dal contratto preliminare*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, 19.

<sup>33</sup> A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2021, 393-394.

<sup>34</sup> F. Francario, *Il giudizio di ottemperanza. Origini e prospettive*, in *Il processo*, 3, 2018; F. Manganaro, *Il giudizio di ottemperanza come rimedio alle lacune dell'accertamento*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2018, 2, 534.

<sup>35</sup> E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 1010-1011.

<sup>36</sup> E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 813.

<sup>37</sup> Cass., Sez. Un., n. 376/1999.

Il giudice ha, dunque, il potere di integrare il giudicato nonché di declinarne, con maggiore precisione, contenuto ed effetti<sup>38</sup>. Tale potere, in giurisprudenza, è stato ricostruito come conseguenza della continua interazione tra giudicato amministrativo, dinamico e flessibile, e riesercizio del potere amministrativo<sup>39</sup>.

Il richiamo effettuato è all'istituto del giudicato a formazione progressiva, «temperamento fisiologico» del principio di intangibilità del giudicato, che trova «estrinsecazione dinamica» nel giudizio di ottemperanza<sup>40</sup>. Il giudicato amministrativo risulterebbe, in tal modo, costituito da un «nucleo invariabile» (sentenza di cognizione) e da un contenuto «variabile, accessorio, eventuale» (attività amministrativa di adeguamento al *decisum* ed eventuale sentenza di ottemperanza). Tale ultimo orientamento dottrinale ha riscontrato, con riferimento all'istituto del giudicato a formazione progressiva, l'omissione della rilevazione per cui, in sede di ottemperanza, piuttosto che un'integrazione, si realizzerebbe un'interpretazione giurisdizionale del *decisum*, precisamente, della motivazione, ai fini della definizione degli effetti destinati a prodursi sulla successiva riedizione del potere amministrativo. In tal senso, il giudice dell'ottemperanza avrebbe il compito di rintracciare la coerenza tra l'esecuzione del giudicato in senso sostanziale e la dimensione oggettiva del medesimo, che preesiste al giudizio<sup>41</sup>, mentre il giudizio di ottemperanza acquisirebbe natura necessariamente esecutiva, eventualmente cognitoria<sup>42</sup>.

<sup>38</sup> Tale potere integrativo del giudicato, accordato al giudice dell'ottemperanza, è limitato all'esecuzione delle sentenze del giudice amministrativo ed è, dunque, escluso nell'ipotesi di ottemperanza alle sentenze del giudice ordinario, per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo nella materia oggetto del giudicato. In tal senso, Cons. Stato, Sez. VII, n. 2628/2022.

<sup>39</sup> TAR Campania, Salerno, Sez. I, n. 623/2017.

<sup>40</sup> F. Vignoli, *Giudicato a formazione progressiva e ottemperanza di chiarimenti*, in *www.rivista231.it*. Si è rilevato, invero, che potrebbe discorrersi di giudicato a formazione progressiva anche nell'ambito del giudizio civile. In tal senso, F. Manganaro, *Nuovi spunti sull'effettività della tutela giurisdizionale: analogie tra il processo di esecuzione nel giudizio civile e in quello amministrativo*, cit., 387. L'Autore riconduce la necessità di un giudicato a formazione progressiva al problema dell'identificazione di una linea di confine nitida tra cognizione ed esecuzione, problema amplificato, nel processo civile, dalla perdita della «tradizionale forza» di cui disponeva il titolo esecutivo e dall'annessa possibilità di realizzarne un'integrazione. Di conseguenza, nel giudizio di esecuzione, in seno al processo civile, sarebbero ravvisabili margini di cognizione, analogamente a quanto è asserto in relazione al giudizio di ottemperanza.

<sup>41</sup> Il complesso dei rilievi riportati appartiene a S. Valaguzza, *L'illusione ottica del giudicato a formazione progressiva*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2018, 1.

<sup>42</sup> In una prospettiva di comparazione, si veda V. Bontempi, *Giustizia amministrativa ed effettività della tutela in Italia e in Germania*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2020, 2. L'Autore pone l'accento sulla storica importanza che nell'ordinamento tedesco riveste il principio di separazione dei poteri, circostanza sottesa alla previsione, in luogo del giudizio di ottemperanza, di una «tutela giurisdizionale esecutiva a carattere indiretto, consistente in una sanzione pecuniaria» irrogata all'amministrazione inadempiente. Quest'ultima potrà rivalersi nei confronti del funzionario attivando un procedimento disciplinare; mentre il ricorrente potrà rivolgersi al giudice civile per ottenere il risarcimento del danno cagionato dal ritardo ovvero dall'omessa esecuzione del giudicato. Questo fa sì che l'inadempimento non si verifichi con frequenza, tanto che la dottrina tedesca non riserva particolare attenzione alla relativa tematica.



Nell'ambito del giudizio di ottemperanza, è tesa all'attuazione dei principi di pienezza e di effettività della tutela giurisdizionale l'eventuale nomina del commissario *ad acta*<sup>43</sup>.

L'Adunanza plenaria ha specificato che il «momento genetico» dell'adozione di un atto o di un provvedimento di attuazione della pronuncia giudiziale, da cui scaturiscono gli effetti imputati alla sfera giuridica dell'amministrazione, risiede nella sentenza; il «momento funzionale» è rappresentato dall'effettività della tutela giurisdizionale<sup>44</sup>.

Il commissario *ad acta* è legittimato all'adozione di ogni misura conforme al giudicato che risulti, in concreto, idonea ad assicurare al ricorrente il bene della vita di cui è stato riconosciuto titolare dalla sentenza da attuare<sup>45</sup>. Argomentando *ex art. 21, c.p.a.*, tale compito deve essere espletato entro i confini della giurisdizione del giudice che ha provveduto alla designazione, in modo del tutto differente rispetto a quanto avviene avuto riguardo ad altri soggetti ausiliari del giudice amministrativo<sup>46</sup>.

Si è a lungo discusso in ordine alla natura del rapporto intercorrente tra l'amministrazione e il commissario *ad acta* sotto il profilo dell'esecuzione della sentenza. L'Adunanza plenaria, con la sentenza n. 8/2021, ha chiarito che l'amministrazione inottemperante conserva la legittimazione ad eseguire la sentenza, prescindendo sia dalla nomina sia dall'insediamento del commissario *ad acta*, fintanto che quest'ultimo non abbia provveduto<sup>47</sup>. Si profila, in tal modo, una coesistenza del potere in capo all'amministrazione e al commissario. La fonte del primo è da rinvenirsi nella norma disciplinante l'attribuzione del potere amministrativo, mentre la sua giustificazione funzionale risiede nella cura dell'interesse pubblico. Quanto al potere del commissario *ad acta*, come sottolineato, il suo fondamento si colloca nella decisione del giudice amministrativo, con giustificazione funzionale nell'effettività della tutela giurisdizionale.

In occasione della soddisfazione della pretesa della parte vittoriosa, il commissario *ad acta* sostituisce, dunque, ad un potere amministrativo conferito *ex*

---

<sup>43</sup> Cons. Stato, Sez. IV, n. 3563/2019.

<sup>44</sup> Ad. plen., n. 8/2021.

<sup>45</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, n. 3258/2015. Nello stesso senso, Cons. Stato, Sez. V, n. 4013/2016.

<sup>46</sup> Mentre il consulente tecnico e il verificatore «assistono il giudice per il compimento di singoli atti o per tutto il processo e dunque svolgono compiti strumentali e antecedenti alla pronuncia della sentenza (alla quale sono finalizzati), il commissario *ad acta* svolge compiti ausiliari del giudice *dopo* la decisione, laddove questi, nell'ambito della propria giurisdizione, deve sostituirsi all'amministrazione» (Ad. plen., n. 8/2021, già citata). Tale sostanziale diversità tra gli ausiliari del giudice rinvia spiegazione nel peculiare inquadramento del commissario *ad acta*, come precisato, nel contesto dell'effettività della tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi.

<sup>47</sup> D'altra parte, non ricorre alcun dato normativo che confermi la perdita del potere dell'amministrazione di provvedere per effetto della nomina o dell'insediamento del commissario *ad acta*.

*lege* l'esercizio di un potere affine, ma non pienamente coincidente<sup>48</sup>, in quanto distinto sui piani genetico e funzionale. L'esercizio di tale potere si concreterà nell'adozione di atti conformi a quelli che l'amministrazione avrebbe dovuto emanare, di carattere e contenuto variabili in relazione alla prescrizione della pronuncia giudiziale della cui ottemperanza si tratta.

Per l'eventualità in cui il commissario *ad acta* adotti un atto successivamente al momento in cui l'amministrazione abbia provveduto o viceversa, con la su menzionata pronuncia, l'Adunanza plenaria ha individuato un regime di inefficacia da riferirsi all'atto medesimo, la cui rimozione potrà essere richiesta dall'interessato al giudice dell'ottemperanza<sup>49</sup>.

#### 4. *Il rapporto tra giudicato e riedizione del potere*

In dottrina, la frequenza con cui la giurisdizione è chiamata (dal legislatore) a sostituire l'amministrazione è stata percepita alla stregua di un'«offesa», in ragione del conseguente profilarsi in capo alla giurisdizione medesima di un regime di responsabilità verso i terzi analogo a quello riferibile all'amministrazione (art. 28, Cost.). Tra i principi posti in discussione, secondo l'opinione in argomento, rientrerebbero: il principio della separazione dei poteri, la terzietà dell'organo giudicante, l'autonomia della pubblica amministrazione. La giurisdizione dovrebbe sempre caratterizzarsi in quanto «intervento correttivo di eccezione», *ex post* (a presidio della sua terzietà), mentre la tutela ordinaria dei diritti soggettivi rimarrebbe l'oggetto di un preciso «compito istituzionale» della pubblica amministrazione<sup>50</sup>.

Al fine di arginare il collasso della demarcazione tra amministrazione e giurisdizione, si è caldeggiata l'esigenza di completezza dell'accertamento svolto in sede procedimentale e, secondariamente, di quello svolto in sede processuale, in modo che l'amministrazione sia indotta ad esaurire ogni profilo afferente all'esercizio del potere<sup>51</sup>.

Infine, sul rapporto intercorrente tra amministrazione e giurisdizione, alla luce del principio di separazione dei poteri nonché della normativa racchiusa nel Codice del processo amministrativo, si esclude che il provvedimento amministrativo impu-

<sup>48</sup> In tal senso, si veda anche Cons. Stato, Sez. V, n. 3378/2018.

<sup>49</sup> Mentre, a suo tempo, Ad. plen., n. 2/2013 ha precisato che, a fronte dell'atto adottato dalla pubblica amministrazione soccombente autonomamente lesivo della posizione del privato, grava su quest'ultimo l'onere di attivare un nuovo giudizio di cognizione; resta ferma, invece, la proposizione del ricorso per l'ottemperanza laddove risulti inequivocabilmente e obiettivamente l'intenzione dell'amministrazione di venir meno all'adempimento degli obblighi derivanti dalla pronuncia.

<sup>50</sup> In tal senso, R. Cavallo Perin, *I limiti ai poteri delle giurisdizioni*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2016, 4.

<sup>51</sup> M. Clarich, *Limiti oggettivi e soggettivi del giudicato amministrativo e riesercizio del potere*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2022, 1, 40.

gnato sia passibile di sostituzione ad opera di una decisione giudiziale sull'interesse pubblico<sup>52</sup>. Su tale linea, è valorizzato il ruolo della giurisprudenza amministrativa ai fini della costruzione di un equilibrio tra le istanze di effettività della tutela e le ipotesi di riserva di amministrazione, conferendosi rilievo, nel giudizio di cognizione, all'apparato motivazionale della sentenza e, nel giudizio di ottemperanza, all'interpretazione della decisione rimasta inattuata, in tutto o in parte<sup>53</sup>.

Si pone in corrispondenza della relazione tra procedimento e processo amministrativo la disciplina di cui all'art. 10-*bis*, l. n. 241/1990.

Limitatamente ai procedimenti ad istanza di parte, il responsabile del procedimento ovvero l'autorità competente, anteriormente alla formale adozione di un provvedimento di diniego, ha l'obbligo di rendere edotto il privato in ordine alle ragioni di reiezione della domanda, determinandosi, già in tale sede, la consumazione del potere amministrativo di ampliamento dei motivi di rigetto dell'istanza, a fronte dell'assestamento progressivo della posizione del privato<sup>54</sup>.

L'interazione dialettica tra privato e amministrazione che ne deriva, in una fase prodromica rispetto a quella di adozione del provvedimento finale, è idonea a produrre un effetto, oltre che deflattivo del contenzioso, benefico in favore dei primi, la cui evidenza risulta riflettendo sul duplice risvolto, collaborativo e difensivo, del coinvolgimento del privato<sup>55</sup>, di cui, dunque, si valorizza il ruolo di «cointeressato al fenomeno amministrativo», in un'ottica squisitamente benvenutiana di percezione della partecipazione come occasione di acquisizione di più informazioni possibili da parte del funzionario<sup>56</sup>. In aggiunta, si è riscontrato che il processo amministrativo ha indubbiamente tratto giovamento da una siffatta dilatazione dei confini del contraddittorio procedimentale<sup>57</sup>.

L'art. 12, primo comma, lett. e), del d. l. 16 luglio 2020, n. 76, com'è noto, ha novellato l'istituto del preavviso di rigetto, statuendo, in particolare, che, nell'ipotesi di annullamento in sede giurisdizionale del provvedimento amministrativo adottato, l'amministrazione che rinnovi il potere non può opporre, per

---

<sup>52</sup> Secondo un differente orientamento dottrinale, nelle ipotesi di giurisdizione di merito, compete al giudice amministrativo provvedere contestualmente alla cura dell'interesse pubblico, in modo da «conformare alla misura di tutela delle ragioni del privato le ragioni dell'interesse pubblico». In tal senso, A. Police, *Sindacato di merito e "sostituzione" della Pubblica Amministrazione*, in F. Manganaro, A. Romano Tassone, F. Saitta (a cura di), *Sindacato giurisdizionale e "sostituzione" della Pubblica Amministrazione*, Milano, 2013, 53 ss.

<sup>53</sup> S. Valaguzza, I. Martella, *L'effettività della tutela nell'esperienza giurisprudenziale*, cit., 797-798.

<sup>54</sup> In tal senso, M. Ramajoli, *Preavviso di rigetto, preclusioni, giusto procedimento e giusto processo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2022, 3, 601.

<sup>55</sup> Il rilievo appartiene a M. Ramajoli, *Preavviso di rigetto, preclusioni, giusto procedimento e giusto processo*, cit.

<sup>56</sup> F. Benvenuti, *Scritti giuridici*, 1977, 599.

<sup>57</sup> F. Patroni Griffi, *Giustizia amministrativa: evoluzione e prospettive nell'ordinamento nazionale e nel quadro europeo*, *Lectio Magistralis* del Presidente del Consiglio di Stato, svolta su *Virtual Learning Environment* – UNIBO, 2020.

la prima volta, motivi ostativi già risultanti dall'istruttoria del provvedimento annullato<sup>58</sup>. La disposizione realizza una sicura incidenza sulla fase di riedizione del potere amministrativo, introducendo un vincolo in capo alla pubblica amministrazione che si affiancherebbe a quelli risultanti dall'effetto conformativo prodotto dalla sentenza<sup>59</sup>.

Si è ipotizzata l'introduzione, nell'ambito del procedimento amministrativo, della regola del cosiddetto *one shot*, «assoluto, puro e non temperato»<sup>60</sup>, mentre un'impostazione di segno diverso ha interpretato l'innovazione legislativa in commento alla stregua di una trasposizione, sul piano procedimentale, dell'orientamento giurisprudenziale relativo al cosiddetto *one shot* temperato<sup>61</sup>.

Tra quanti guardano con favore alla modifica normativa si ascrive la posizione di chi ritiene che, previa responsabilizzazione della pubblica amministrazione, del privato e del giudice, il preavviso di rigetto potrebbe assurgere a mezzo di emancipazione del «processo amministrativo dalla perenne sopravvalutazione delle prerogative del potere amministrativo»<sup>62</sup>.

Sul versante opposto, quanto agli elementi di debolezza intrinseci alla previsione, si è posto l'accento sull'assenza del riferimento ai «motivi ostativi esistenti al momento dell'adozione del provvedimento», che sarebbe risultato preferibile rispetto al richiamo ai «motivi già emergenti dall'istruttoria del provvedimento annullato»<sup>63</sup>.

<sup>58</sup> L'inosservanza della previsione legislativa legittimerebbe il privato ad esperire l'azione di annullamento. Si ritiene che tale azione corrisponda all'ultima esperibile (a meno che l'amministrazione non debba, in un secondo momento, considerare eventuali sopravvenienze), in quanto il potere amministrativo risulterebbe esaurito. Di conseguenza, l'*utilitas* della sentenza consisterebbe nel riconoscimento del dovere in capo all'amministrazione di emettere il provvedimento favorevole. Si tratta di considerazioni svolte da N. Paolantonio, *Osservazioni sulla preclusione procedimentale al riesercizio del potere*, in *www.ildirittoeconomico.it*, 2023, 3, 16-17.

<sup>59</sup> D. Profili, *Decreto semplificazioni e procedimento amministrativo – il nuovo preavviso di rigetto*, in *www.ildirittoamministrativo.it*. A parere dell'Autore, con la disposizione in commento il legislatore avrebbe perseguito l'obiettivo di contrarre lo spazio operativo riferibile al principio di inesauribilità del potere pubblico, nei casi di riedizione all'esito della formazione di un giudicato di annullamento.

<sup>60</sup> M. Ramajoli, *Preavviso di rigetto, preclusioni, giusto procedimento e giusto processo*, cit., 598.

<sup>61</sup> M. Ricciardo Calderaro, *Il preavviso di rigetto ai tempi della semplificazione amministrativa*, in *www.federalismi.it*, 2022, 11. Nello stesso senso, N. Paolantonio, *Osservazioni sulla preclusione procedimentale al riesercizio del potere*, cit., 12, secondo cui il risultato di un tale processo di traslazione del *one shot* «dal piano processuale a quello sostanziale» sarebbe l'annientamento del «diritto all'errore da sempre riconosciuto all'apparato burocratico».

<sup>62</sup> In tal senso, M. Ramajoli, *Preavviso di rigetto, preclusioni, giusto procedimento e giusto processo*, cit., 606. Secondo l'Autrice, l'innovazione legislativa di cui all'art. 10-*bis* costituisce l'esito (degno di apprezzamento) dello sforzo di bilanciare «istanze – riferibili vuoi alla pubblica amministrazione, vuoi al privato-, che assumono rilevanza sul piano sostanziale nonché tra istanze che rivestono un peso in ambito processuale e come tali volte a garantire la tenuta della giustizia amministrativa in un contesto di separazione dei poteri dello Stato». Il fondamento della novella del 2020 è stato rinvenuto dall'Autrice nel «bilanciamento» operato dal legislatore tra l'«inesauribilità del potere amministrativo» e l'«effettività della tutela giurisdizionale».

<sup>63</sup> Si precluderebbe, in tal modo, all'interesse legittimo la maturazione della «struttura del diritto soggettivo al bene finale». In tal senso, L. Ferrara, *L'incompiuta civilizzazione del processo amministrativo dieci anni dopo l'approvazione del Codice*, in *Munus*, 2020, 3, 39.

Si è parlato del carattere non soddisfacente della modifica normativa, a fronte delle criticità insite nel fenomeno della riedizione del potere amministrativo. Tra gli argomenti adoperati a sostegno della tesi si collocano l'eventualità, a preclusione maturata, di una riconsiderazione amministrativa che si traduca nell'annullamento d'ufficio e la mancata copertura, ai sensi dell'art. 10-*bis*, di tutte le ipotesi prospettabili (si pensi al silenzio)<sup>64</sup>.

Ancora, secondo un'opinione, si sarebbe fornita una soluzione alla questione della rinnovazione del potere amministrativo del tutto disancorata dal piano delle situazioni giuridiche, con la conseguente delineazione di uno sbarramento al riesercizio di fatto preclusivo della proposizione di nuovi elementi. L'esito di elaborazioni siffatte consisterebbe nel riconoscimento al ricorrente del bene della vita prescindendo da quanto «effettivamente spetterebbe sul piano sostanziale»<sup>65</sup>.

Più radicalmente, si è osservato che, lungi dal posizionarsi in un'ottica di semplificazione, l'art. 10-*bis* amputerebbe gli arti all'amministrazione in sede di rinnovazione del potere, coerentemente con un impianto che avrebbe potuto giustificarsi anteriormente all'arricchimento del catalogo delle azioni operato dal Codice<sup>66</sup>.

Fatta eccezione per le sentenze cosiddette autoapplicative, dunque, l'amministrazione, all'esito dell'annullamento del provvedimento amministrativo, è tenuta ad esercitare nuovamente il potere, per la cura dell'interesse pubblico<sup>67</sup>. Questa «sopravvivenza all'annullamento giurisdizionale» costituisce la «declinazione dell'inesauribilità» del potere amministrativo percepita in dottrina come maggiormente problematica<sup>68</sup>. Il rischio che può profilarsi risiede nella possibili-

<sup>64</sup> M. Clarich, *Limiti oggettivi e soggettivi del giudicato amministrativo e riesercizio del potere*, cit., 39-40.

<sup>65</sup> A. Carbone, *Dialogo sul potere con Michele Trimarchi*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2022, 1, 250.

<sup>66</sup> N. Paolantonio, *Osservazioni sulla preclusione procedimentale al riesercizio del potere*, cit., 15 ss. Ulteriore complicazione alla riedizione del potere posta in luce dall'Autore è legata all'individuazione dei motivi di reiezione non esposti nel provvedimento annullato e già risultanti dall'istruttoria a cui dovrebbe procedere l'amministrazione al fine di non ricomprenderli nella riedizione del potere. Una prospettiva che si atterrebbe a paradosso in un ordinamento in cui è previsto il divieto di aggravamento dell'azione amministrativa, corollario del principio costituzionale di buon andamento. Il medesimo esito di collisione rispetto al principio di buon andamento sarebbe prodotto, a giudizio dell'Autore, laddove, aderendo ad un'interpretazione rigorosa della norma, si inferisse dall'art. 10-*bis* una «preclusione assoluta ed incondizionata ad ogni successiva acquisizione di elementi non colpevolmente evincibili dalla originaria istruttoria». Diversamente, ammettendo che la norma permetta di considerare «elementi preesistenti ma non facilmente o incolpevolmente evincibili», si scongiurerebbe la maturazione di profili di incompatibilità con il dettato costituzionale, da un lato, ma, dall'altro, risulterebbe vanificata la *ratio* semplificatoria della norma stessa.

<sup>67</sup> Sulla riedizione del potere TAR Lombardia, Sez. II, n. 2511/2021 si è pronunciato nei seguenti termini: «Quando un atto viene annullato dal giudice amministrativo, l'autorità che decida di riprovedere ben può riesercitare il potere a partire dal segmento procedimentale nel cui ambito è stato accertato il vizio di legittimità fonte dell'annullamento, con salvezza quindi di tutte le fasi e dei segmenti procedimentali precedenti». Ancora, sul tema, si precisa che la produzione in giudizio di nuovi elementi non integra riesercizio del potere, bensì esplicazione della «difesa giudiziale della parte». In tal senso, A. Carbone, *Dialogo sul potere con Michele Trimarchi*, cit., 262.

<sup>68</sup> Riferisce di tale percezione M. Trimarchi, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Napoli, 2018, 74.

tà che l'amministrazione riproduca sostanzialmente il provvedimento annullato, risultando, quest'ultimo, affetto dal medesimo vizio. A questo punto, il ricorrente sarebbe pienamente legittimato alla proposizione di un nuovo ricorso, presumibilmente oggetto di accoglimento, con conseguente annullamento del provvedimento amministrativo viziato. L'amministrazione potrebbe sfruttare, ancora una volta, l'occasione per reiterare l'atto annullato, alimentando una spirale di azioni e reazioni potenzialmente priva di un termine.

In realtà, la riconduzione al giudicato dell'effetto di impedire la riproduzione del provvedimento amministrativo viziato appartiene ad una giurisprudenza risalente, successivamente avallata dalla dottrina. In tale contesto, l'effetto conformativo è descritto come una manifestazione immediata dell'illegittimità del provvedimento e della preclusione all'amministrazione di reiterare il medesimo, delineazione della modalità in cui «con riferimento ai profili *emersi* nel giudizio per richiesta del ricorrente, il potere avrebbe dovuto essere esercitato e non è stato»<sup>69</sup>.

Sul versante dottrinale, le prospettive di riedizione del potere e di eventuale riproduzione del provvedimento viziato sono state valutate come contrarie alla garanzia di effettività della tutela giurisdizionale. La stessa riedizione del potere integrerebbe la violazione della riserva di legge in materia amministrativa. Tale dottrina fa leva sui principi di legalità e tipicità cui devono risultare informati gli atti amministrativi, inclusi gli atti di riesame. Alle considerazioni esposte si sono opposti la medesimezza della norma attributiva del potere e il conseguente rispetto dei principi di legalità e tipicità, nella misura in cui il potere esercitato è sempre lo stesso<sup>70</sup>.

Sul piano giurisprudenziale, si rammenta che l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato<sup>71</sup> ha rigettato le tesi, sorrette dal principio di effettività della giustizia amministrativa, che postulavano la preclusione della riedizione del potere all'esito della formazione di un giudicato sfavorevole, giudicandole contrastanti con la sfera di autonomia e responsabilità della pubblica amministrazione<sup>72</sup>. Tra i principi enunciati nella pronuncia in commento si collocano la buona fede, la leale cooperazione (nell'esecuzione della decisione giurisdizionale)<sup>73</sup>, la tutela del-

<sup>69</sup> Si tratta delle parole di M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, 2000, 304.

<sup>70</sup> Si tratta di posizioni dottrinali sulle quali ha gettato luce M. Trimarchi, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, cit., *Conclusioni*.

<sup>71</sup> Ad. Plen., n. 2/2013.

<sup>72</sup> Ad un'eguale conclusione di rigetto si perviene, nella stessa sede, avuto riguardo alla tesi radicale dell'estensione dell'efficacia preclusiva del giudicato di annullamento ai fatti dedotti nonché deducibili dalle parti, in ragione della peculiarità del giudizio amministrativo, il cui giudicato si forma «con esclusivo riferimento ai vizi dell'atto ritenuti sussistenti, alla stregua dei motivi dedotti nel ricorso».

<sup>73</sup> Nella medesima sede, l'Adunanza Plenaria ha richiamato il contenuto dell'art. 112, primo comma, c.p.a., che pone l'obbligo di esecuzione dei provvedimenti del giudice amministrativo in capo alla pubblica amministrazione e alle altre parti, precisandone la rilevanza soprattutto per la pubblica amministrazione, alla luce dei principi sanciti ai sensi dell'art. 97, Cost. e di quelli racchiusi nella CEDU («ove il diritto alla esecu-

la legittima aspettativa del ricorrente vittorioso (esposta ai potenziali comportamenti elusivi della pubblica amministrazione). In tal senso, la nuova valutazione amministrativa che costituisca estrinsecazione di un potere esercitato in modo instabile e contraddittorio integrerebbe la lesione del principio costituzionale del buon andamento e dei principi di correttezza e buona fede.

Ancora, per il caso in cui il riesame sia condotto dai medesimi soggetti del primo giudizio, l'Adunanza plenaria ha richiesto che esso tragga nutrimento da argomentazioni esplicite e pregnanti.

Dunque, per quanto attiene al rapporto intercorrente tra giudicato e riedizione del potere amministrativo, l'Adunanza plenaria ha posto il relativo assetto sul piano dei principi, considerando il rapporto medesimo capace di atteggiarsi diversamente, in relazione alle specificità della vicenda oggetto di considerazione.

Nel novero delle pronunce giurisprudenziali volte a contenere i pregiudizi inferti all'effettività della tutela giurisdizionale da una riedizione del potere amministrativo potenzialmente infinita, specie nelle ipotesi integranti l'esercizio di discrezionalità tecnica da parte della pubblica amministrazione, spicca la sentenza 25 febbraio 2019, n. 1321 della Sesta Sezione del Consiglio di Stato. Tra gli spunti maggiormente interessanti tratti dalla pronuncia in argomento si inserisce la conclusione che il deterioramento del rapporto fiduciario intercorrente tra la pubblica amministrazione e il cittadino determina la dissipazione del potere discrezionale facente capo alla prima. La circostanza richiamata corrisponde ad uno dei fattori determinanti la preclusione alla pubblica amministrazione dell'emanazione di una nuova decisione sfavorevole nei confronti dell'amministrato.

Il Consiglio di Stato, tuttavia, ha omesso di definire il momento temporale di effettiva dissoluzione della discrezionalità della pubblica amministrazione, palesando il rischio, in casi siffatti, della configurazione in capo al giudice di un'eccessiva discrezionalità<sup>74</sup>.

Si è, inoltre, parlato di una soluzione, quella in discorso, ispirata a «canoni di carattere descrittivo», una tendenza (da ricondursi alle persistenti perplessità in ordine all'oggetto del giudizio) che accomunerebbe la pronuncia in commento e la nuova formulazione dell'art. 10-*bis*, l. n. 241/1990. Il risultato consisterebbe, pertanto, nell'elaborazione di «posizioni estremamente limitative» ovvero, più radicalmente, di «chiusura» rispetto alle prospettive di riedizione del potere<sup>75</sup>.

In aggiunta, sono stati intravisti nella sentenza in commento chiari presupposti per una demolizione della discrezionalità tecnica, per effetto del sindacato sostituzionale della pronuncia del giudice è considerato quale inevitabile e qualificante complemento della tutela offerta dall'ordinamento in sede giurisdizionale»).

<sup>74</sup> In tal senso, S. Vaccari, *Il Consiglio di Stato e la 'riduzione progressiva della discrezionalità'. Verso un giudicato a 'spettanza stabilizzata'*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2019, 4, 1226-1227.

<sup>75</sup> A. Carbone, *Dialogo sul potere con Michele Trimarchi*, cit., 246.

tutivo e forte del giudice. Dalla motivazione trapelerebbe un'erosione del potere riservato all'amministrazione che creerebbe lo spazio per un intervento del giudice teso alla realizzazione dell'«effetto finale della norma attributiva del potere»<sup>76</sup>.

La sentenza è stata, altresì, inquadrata nell'ambito degli «eccessi» in cui, sovente, degenererebbe il Consiglio di Stato<sup>77</sup>. Ancora, nel solco delle posizioni critiche più aspre si ascrivono quelle di quanti hanno ritenuto che la pronuncia fosse viziata da eccesso di potere giurisdizionale<sup>78</sup>, dunque passibile di impugnazione dinanzi alla Corte di Cassazione per motivi afferenti alla giurisdizione (la configurabilità di tale vizio è stata esclusa dalla Corte con la sentenza n. 18592/2020). Inoltre, si è ritenuto che il Consiglio di Stato avesse aggirato l'accertamento del rapporto, tramite l'introduzione di un risultato, l'esaurimento della discrezionalità tecnica, non preceduto da un concreto accertamento in fatto<sup>79</sup>.

Resta fermo che tra i risvolti del giudizio condotto dal Consiglio di Stato più gravidi di sviluppi si pone la manifestazione dell'erosione della discrezionalità già nell'ambito del giudizio di legittimità, in conseguenza non della formazione di un giudicato stabile, ma di una condotta della pubblica amministrazione assoggettata alla libera qualificazione del giudice, all'esito della vanificazione del ricorso a rimedi processuali volti ad ottenere una pronuncia dell'amministrazione medesima sull'interesse pretensivo.

La sentenza in commento è stata avallata dalla Corte di Cassazione<sup>80</sup>, secondo cui il sistema di giustizia amministrativa deve rivelarsi in grado di fornire un rimedio idoneo all'esigenza di tutela, che restituisca contezza della stessa evoluzione della giustizia amministrativa da presidio della legalità dell'azione amministrativa a giurisdizione volta alla tutela di pretese sostanziali.

---

<sup>76</sup> In tal senso, A. Giusti, *Tramonto o attualità della discrezionalità tecnica? Riflessioni a margine di una recente "attenta riconsiderazione" giurisprudenziale*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2021, 2.

<sup>77</sup> M.A. Sandulli, *Guida alla lettura dell'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 19598 del 2020*, cit.. Secondo l'Autrice, la questione «non atteneva tanto al potere del giudice di anticipare alla fase di cognizione l'assunzione di misure idonee a dare attuazione al giudicato, bensì al potere del giudice di premettere la fase di valutazione tecnico discrezionale [...] arbitrariamente avocandosi il potere (mai conferitogli dalla legge) di sanzionare la reiterata illegittimità dell'operato amministrativo trasformando un'abilitazione [...] in un atto vincolato».

<sup>78</sup> M. Timo, *Il ruolo del giudice amministrativo e l'esaurimento della discrezionalità tecnica*, in *Giurisp. It.*, 2019, 6.

<sup>79</sup> In tal senso, F. Caporale, *L'esaurimento della discrezionalità e le valutazioni tecniche dell'amministrazione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2019, 4.

<sup>80</sup> Cass., sent. n. 18592/2020.



## 5. *L'inesauribilità del potere amministrativo. Radici e risvolti di un dibattito risalente*

Le considerazioni svolte consentono di proporre con maggiore consapevolezza alcuni spunti sulla risalente tematica dell'inesauribilità del potere amministrativo.

Il fenomeno in discorso è ricco di elaborazioni dottrinali. Nei suoi lavori, Benvenuti ha, per primo, parlato di autotutela decisoria<sup>81</sup>, a cui si ascrive l'esercizio del potere di riesame.

Parte della dottrina ha ritenuto che la legittimazione ad agire della pubblica amministrazione affonderebbe le origini nella medesimezza del potere primario dispiegato, respingendo i tentativi di individuazione di un autonomo fondamento del potere amministrativo di riconsiderazione unilaterale degli atti<sup>82</sup>. Aderendo a questo indirizzo, il potere amministrativo assumerebbe i connotati dell'inesauribilità, con annessa legittimazione della pubblica amministrazione ad esercitarlo in una determinata direzione nonché in quella diametralmente opposta<sup>83</sup>, secondo tempistiche scandite, nel quadro dell'espletamento della sua precipua funzione di cura dell'interesse pubblico.

A Giannini si deve, invece, il rilievo della retrattabilità in quanto connotato del regime di efficacia del provvedimento amministrativo<sup>84</sup>.

Il punto di contatto tra il complesso delle posizioni evocate è stato individuato nel comune riconoscimento, quale fondamento dell'inesauribilità del potere amministrativo, della «supremazia» che rivestirebbe la pubblica amministrazione ovvero, suo corollario, del carattere autoritativo degli atti della medesima<sup>85</sup>.

Senonché, del quadro tracciato, chiaramente improntato al riconoscimento di una posizione privilegiata alla pubblica amministrazione, non è stata operata alcuna *traslatio* all'interno del testo costituzionale; anzi, è proprio la Costituzione ad imbrigliare, con il principio di tipicità, l'esercizio del potere amministrativo<sup>86</sup>.

<sup>81</sup> F. Benvenuti, *Scritti giuridici*, 1959.

<sup>82</sup> G. Corso, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, 1969; *Autotutela (dir. amm.)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, 2006, 609 ss.

<sup>83</sup> In tal senso, G. Corso, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, cit., 337; G. Coraggio, (voce) *Annullamento d'ufficio degli atti amministrativi*, in *Enc. giur.*, Treccani, 1988.

<sup>84</sup> M.S. Giannini, (voce) *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1959, 187, 193.

<sup>85</sup> Si tratta «schemi concettuali», utilizzati in dottrina ai fini della descrizione del fenomeno dell'inesauribilità del potere, richiamati da M. Trimarchi, *Decisione amministrativa di secondo grado ed esaurimento del potere*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2017, 1, 191-192.

<sup>86</sup> Per contro si rammenta che proprio la Corte costituzionale, sebbene in tempi recenti (precisamente, con la sent. n. 179/2019), ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'ultimo periodo dell'art. 5, quarto comma, della legge della Regione Lombardia 28 novembre 2014, n. 31 («Disposizioni per la riduzione del consumo di suolo e per la riqualificazione del suolo degradato»), nella parte in cui non permetteva ai Comuni l'introduzione di varianti che riducessero le previsioni e i programmi edificatori nel documento di piano vigente, atrofizzando la potestà pianificatoria. La norma regionale, a giudizio della Corte, avrebbe inciso sul principio di

Si è argomentato che, alla luce del dettato costituzionale, la «preminente dignità nei confronti degli altri soggetti» debba propriamente attribuirsi ai comportamenti della pubblica amministrazione, singolarmente considerati e regolamentati alla stregua dell'ordinamento giuridico, in quanto estrinsecazioni di una potestà attribuita *ab externo* ed esercitata in «forme tipiche». Si è esclusa, insomma, la riconduzione all'amministrazione in quanto «entità» di una caratterizzante posizione di preminenza, tale da sovrastare gli altri soggetti<sup>87</sup>.

Con l'avvento della Costituzione mutano, dunque, i termini del dibattito e le elaborazioni dottrinali in materia si concentrano sul versante della compatibilità con il dettato costituzionale e, in particolare, con il principio di legalità, così sviluppando la conclusione per cui il potere di riesame deve essere conferito ai sensi della legge, pur attributiva del potere di primo grado<sup>88</sup>.

Gli interventi normativi realizzati con la l. 11 febbraio 2005, n. 15, di annessione nel corpo della l. n. 241/1990 degli artt. 21-*quinquies* e 21-*nonies*, sono risultati determinanti nel quadro della crisi attraversata dalla teoria del carattere intrinsecamente inesauribile del potere amministrativo. Un cambio di paradigma significativo, se si considera l'approdo ad un regime nel quale l'esaurimento del potere amministrativo si svolge sotto l'influsso di una previsione legislativa, la cui *ratio* sottesa alberga nella certezza del diritto.

Resta fermo l'art. 2, l. n. 241/1990, istitutivo della connessione tra doverosità dell'azione amministrativa, da un lato, e obbligo di provvedere nell'osservanza del termine, dall'altro.

La rilevanza del fattore tempo è stata colta anche all'interno degli ordinamenti sovranazionali, come confermano l'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e gli artt. 6 e 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Le scaturigini di tale riconoscimento sono state individuate nel processo di rivalutazione del privato, non più suddito, ma cittadino titolare di situazioni giuridiche soggettive e di pretese di partecipazione attiva all'esercizio del potere; processo di rivalutazione che, a sua volta, avrebbe implicato la riconsiderazione del rapporto amministrativo<sup>89</sup>.

---

inesauribilità della funzione pianificatoria urbanistica, funzione connotante l'autonomia comunale, riconosciuta fondamentale soprattutto in quanto preordinata alla realizzazione di «finalità economico-sociali della comunità locale, in attuazione di valori costituzionalmente tutelati».

<sup>87</sup> In tal senso, M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, cit., 187.

<sup>88</sup> G. Corso, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, cit., 206 ss, 337.

<sup>89</sup> E. Liberali, *Potere amministrativo, tempo e consumazione: riflessioni a margine di Cons. Stato, sez. VI – 19 gennaio 2021, n. 584*, in *www.ildirittoamministrativo.it*.

### 5.1. *Posizioni critiche nella prospettiva del superamento della teoria dell'inesauribilità del potere amministrativo*

L'argomento più pregnante, nella rassegna delle posizioni che pongono in discussione il carattere inesauribile del potere amministrativo, è rappresentato dalle modifiche normative in materia di annullamento d'ufficio, revoca, sospensione del provvedimento. Il disegno sistematico risultante affonderebbe le radici in due assunti: la consumazione del potere di autotutela decisoria che non sia stato esercitato nell'osservanza di un termine definito, salvo differente previsione; in taluni casi, l'esigenza della precisazione da parte del legislatore delle possibilità e delle modalità di esercizio del potere di autotutela da parte della pubblica amministrazione<sup>90</sup>.

L'esaurimento del potere troverebbe fondamento, in primo luogo, nella specificazione di un «termine ragionevole» entro cui deve esercitarsi il potere amministrativo ai fini dell'annullamento d'ufficio del provvedimento illegittimo favorevole al privato<sup>91</sup>. Peraltro, il riconoscimento della perdita di potere in capo all'amministrazione, al ricorrere dei presupposti indicati dalla legge, implicherebbe il superamento della tradizionale teoria della supremazia da essa rivestita nei confronti del cittadino, configurando una nuova modalità collaborativa. Il consolidamento degli effetti prodotti dall'atto non rimosso nel termine ragionevole (convalescenza) costituisce un'applicazione del principio della tutela del legittimo affidamento<sup>92</sup>. La connotazione in termini di inesauribilità del potere amministrativo collide, infatti, anche rispetto alle esigenze di tutela dell'affidamento nonché del principio di buona fede<sup>93</sup>. In tal senso, si è detto che il potere amministrativo si esaurisce concretamente «quante volte la fiducia del cittadino sulla stabili-

<sup>90</sup> Una diversa lettura della riforma del 2005 ha condotto alla formazione dell'opinione secondo cui gli artt. 21-*quinquies* e 21-*nonies*, l. n. 241/1990, delinerebbero, rispettivamente, la revoca e l'annullamento d'ufficio in quanto «potestà generali», «esercitabili dall'amministrazione in presenza dei presupposti richiesti» nonché «strumenti di cura dell'interesse pubblico concreto», «non di mero ripristino della legalità violata» (conferma del carattere unitario del potere spiegato attraverso il primo e il secondo atto). In definitiva, attraverso l'introduzione della disciplina dedicata alla revoca e all'annullamento d'ufficio, il legislatore avrebbe assunto contezza del carattere inesauribile del potere amministrativo. In tal senso, M. Trimarchi, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, cit., 20.

<sup>91</sup> In tal senso, M. Ramajoli, *L'annullamento d'ufficio alla ricerca di un punto di equilibrio*, in *Giustamm. it.*, 2016, 6. In senso analogo, a titolo di mera esemplificazione, F. Francario, *Autotutela amministrativa e principio di legalità (nota a margine dell'art. 6 della l. 7 agosto 2015, n. 124)*, in *www.federalismi.it*, 2015, 20.

<sup>92</sup> Decorso il termine di dodici mesi prescritto dall'art. 21-*nonies*, il potere è da considerarsi esaurito, con la precisazione che l'affidamento che fonda la delimitazione temporale del potere è limitato ai casi di buona fede. In tal senso, E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 560.

<sup>93</sup> Secondo un'opinione, tra le ipotesi di tutela del legittimo affidamento messe a fuoco dalla giurisprudenza amministrativa si anniderebbero anche casi di decadenza dall'esercizio del potere, corrispondente italiana, quest'ultima, della *Verwirkung* tedesca. In tal senso, F. Merusi, *Sulla decadenza dall'esercizio del potere amministrativo*, in R. Ursi, G. Armao, C. Ventimiglia (a cura di), *Liber Amicorum per Salvatore Raimondi*, Napoli, 2022, 238.

tà del provvedimento prevalga nella valutazione comparativa degli interessi sulla pretesa dell'amministrazione di rivedere la propria decisione»<sup>94</sup>.

Sul versante giurisprudenziale, quanto al riferimento temporale, assume rilievo il dibattito sul carattere perentorio o meno dei termini di conclusione dei procedimenti sanzionatori delle Autorità indipendenti. L'esercizio del potere è stato, in tal caso, assoggettato dal Consiglio di Stato all'osservanza di termini decadenziali, prescindendo dalla ricorrenza di una previsione legislativa espressa<sup>95</sup>. L'orientamento che emerge dalla motivazione della relativa pronuncia qualifica la delimitazione temporale dell'esercizio del potere amministrativo come garanzia di tutela della posizione del privato. La natura perentoria del termine di esercizio del potere si fonda, secondo il Consiglio di Stato, sulla correlazione tra l'osservanza del termine medesimo e l'effettività del diritto di difesa, nonché sull'esigenza di certezza dei rapporti giuridici e delle posizioni soggettive. La tesi esposta troverebbe conferma nelle previsioni normative di termini perentori: a titolo esemplificativo, dall'art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990 (già menzionato) all'art. 159 del Codice dei beni culturali e del paesaggio (d.lgs. n. 42/2004), all'art. 13 del T.U. sulle espropriazioni per pubblica utilità (d.p.r. n. 327/2001).

Ove anche non sia previsto un termine perentorio per l'emanazione di un atto, è pur vero che sussiste un termine di conclusione del procedimento amministrativo, regolamentato ai sensi dell'art. 2, l. 241/1990. Nel rapporto tra tale previsione e quella di cui all'art. 20, si inserisce il comma 8-*bis* dello stesso art. 2<sup>96</sup>. La privazione di efficacia delle determinazioni ivi indicate, conseguente all'inoservanza dei termini fissati ai fini dell'adozione, corroborerebbe la tesi dell'esaurimento del potere amministrativo di deliberare sull'istanza, una volta spirati quei termini. Cionondimeno, a suggello dell'instabilità del sistema, dalla giurisprudenza amministrativa<sup>97</sup>, emerge l'inclinazione a subordinare il meccanismo del silenzio assenso ad una verifica in ordine alla sussistenza dei «presupposti» nonché dei «requisiti di legge» richiesti ai fini della formazione del «titolo implicito»<sup>98</sup>. Quanto alla dimostrazione di quest'ultimo, l'art. 62, d.l. 31 maggio 2021, n. 77, dispone che, in tutti i casi di silenzio assenso, l'amministrazione è tenuta, previa richiesta avanzata dal privato, a rilasciare telematicamente un'attestazione del

<sup>94</sup> M. Trimarchi, *Decisione amministrativa di secondo grado ed esaurimento del potere*, cit., 200.

<sup>95</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, n. 584/2021.

<sup>96</sup> P. Carpentieri, *Silenzio assenso e termine a provvedere, anche con riferimento all'autorizzazione paesaggistica. Esiste ancora l'inesauribilità del potere amministrativo?*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, 2022, 2.

<sup>97</sup> Cfr. TAR Campania, Napoli, sent. n. 171/2022.

<sup>98</sup> M.A. Sandulli, *Silenzio assenso e termine a provvedere. Esiste ancora l'inesauribilità del potere amministrativo?*, in *Il Processo*, 2022, 1, 17-18. L'Autrice getta luce sulle criticità insite nella tendenza giurisprudenziale, assecondata in casi siffatti, all'«acritico richiamo a precedenti pronunce rese, non soltanto su diversi fatti, su diverse censure e su diversi argomenti difensivi, ma anche su atti assunti in diversi contesti normativi», con il rischio di snaturare la «portata» degli interventi normativi.

decorso dei termini procedurali; in mancanza (decorso inutilmente dieci giorni dalla presentazione della richiesta), l'interessato può supplirvi tramite la produzione di una dichiarazione ai sensi dell'art. 47, d.p.r. 28 dicembre 2000, n. 445. Ad ogni modo, se l'amministrazione ovvero la giurisprudenza insistesse sulla ricorrenza dei requisiti di legge, l'istante potrebbe essere imputato non solo di aver agito in difetto del titolo necessario, ma anche di aver prodotto una dichiarazione non corrispondente al vero<sup>99</sup>. Tale interpretazione potrebbe essere utilizzata dall'amministrazione per contestare l'assenza dei requisiti previsti dalla legge ai fini della concessione del titolo, anche una volta decorso il termine per la valutazione dell'istanza, al di fuori delle garanzie connesse all'autotutela<sup>100</sup>.

Per i casi di consumazione del potere amministrativo non riconducibili all'operatività di termini, oltre all'art. 10-*bis*, l. 241/1990, può richiamarsi il principio del *one shot* temperato, la cui vigenza nel nostro ordinamento è stata riconosciuta per via giurisprudenziale<sup>101</sup>.

La pubblica amministrazione, all'esito dell'annullamento in giudizio di un provvedimento, ha l'obbligo di procedere all'integrale riesame dell'affare, con la maturazione di una definitiva preclusione per il futuro quanto all'assunzione di decisioni sfavorevoli nei confronti dell'amministrato, ancorché concernenti profili non sottoposti ad una precedente valutazione. In altri termini, annullato il provvedimento amministrativo, il procedimento può essere rinnovato una sola volta. In tale sede, la pubblica amministrazione è tenuta a sollevare ogni questione che ritenga rilevante. Si tratta, dunque, di un dovere dell'amministrazione ribadito a più riprese, una doppia *chance* il cui corretto sfruttamento è presidiato dall'irrogazione della «sanzione» di dissipazione del potere amministrativo.

A rigor di logica, assumendo che, formatosi il giudicato di annullamento, la pubblica amministrazione sia gravata dall'obbligo di esaminare la vicenda in ogni sua sfaccettatura, con lo sbarramento della successiva decisione sfavorevole, nella sede dell'ottemperanza il giudice potrà riconoscere il bene della vita<sup>102</sup>.

L'obiettivo perseguito dalla giurisprudenza amministrativa consiste nell'arginare il rischio «che l'amministrazione possa riprovvedere per un numero infinito di volte ad ogni annullamento in sede giurisdizionale»<sup>103</sup>, attraverso l'elaborazione di una soluzione di compromesso tra il diritto del cittadino alla rapida riso-

---

<sup>99</sup> M.A. Sandulli, *Silenzio assenso e termine a provvedere. Esiste ancora l'inesauribilità del potere amministrativo?*, cit., 21.

<sup>100</sup> M.A. Sandulli, *Silenzio assenso e termine a provvedere. Esiste ancora l'inesauribilità del potere amministrativo?*, cit., 21, con riferimento all'osservazione di Guglielmo Aldo Giuffrè (Presentazione di una "questione" per il premio Guicciardi 2021). Parimenti scorretta, come evidenzia l'Autrice, sarebbe l'emanazione di un provvedimento di diniego esplicitamente motivato al solo fine di impedire la formazione del silenzio assenso.

<sup>101</sup> Cfr. TAR Lombardia, Milano, Sez. II, n. 1322/2021; Cons. Stato, Sez. IV, n. 3095/2020.

<sup>102</sup> M. Trimarchi, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, cit., 217-218.

<sup>103</sup> Cons. Stato, Sez. VI, n. 3480/2022.

luzione della controversia e l'esigenza del soggetto pubblico di riesaminare aspetti del rapporto controverso non approfonditamente analizzati.

Sul carattere non assoluto del principio del *one shot* temperato si è pronunciato in tempi non remoti il Consiglio di Stato<sup>104</sup>. La *ratio* del principio è stata, in tale sede, rintracciata nella preservazione del cittadino dalle ripercussioni di omissioni ovvero errori commessi nel corso dell'istruttoria procedimentale, escludendone la formalistica applicazione<sup>105</sup>. In senso analogo, il TAR Toscana, con espresso richiamo alla pronuncia precedente, ha evidenziato l'atteggiarsi del principio in discorso alla stregua di un temperamento alle eventuali dilazioni e/o obliterazioni imputabili alla pubblica amministrazione, nella soddisfazione della posizione giuridica soggettiva<sup>106</sup>.

Convergono verso la medesima direzione gli orientamenti del Consiglio di Stato che propugnano la celere risoluzione della controversia tra pubblica amministrazione e amministrato, arginando dilazioni ovvero reiterazioni scerve di ragionevolezza, in adesione ai principi di garanzia e di efficienza amministrativa e affinché si sostanzii di effettività la «portata obbligante del giudicato»<sup>107</sup>.

Nonostante l'acclarata idoneità dell'orientamento giurisprudenziale sotteso al principio del *one shot* temperato a minare la credibilità della teoria dell'inesauribilità del potere, si è rilevata l'assenza di una giustificazione giuridica che sorregga l'orientamento medesimo. Resta, infatti, inspiegata la preclusione da parte del primo annullamento della sola riedizione del vizio, quando il secondo impedisce l'esercizio del potere amministrativo. L'elaborazione giurisprudenziale relativa a tale preclusione sostanziale è stata ritenuta, in dottrina, insoddisfacente sotto il profilo dogmatico, sviluppata in relazione ad una soluzione di dubbia compatibilità con il principio costituzionale di legalità processuale<sup>108</sup>, carente di un fondamento ravvisabile nel diritto positivo<sup>109</sup> nonché di un «fondamento logico-giuridico»<sup>110</sup>. È pur vero che, in una recente ricostruzione effettuata dal Consiglio di Stato, il principio in argomento è stato descritto alla stregua di un «punto di equilibrio» tra la «garanzia di inesauribilità del potere di amministrazione attiva», da un lato, e la «portata cogente del giudicato di annullamento

<sup>104</sup> Cons. Stato, Sez. III, n. 660/2017.

<sup>105</sup> E. Traversa, *Esecuzione del giudicato – Il principio del one shot temperato tra effettività della tutela e inesauribilità del potere amministrativo*, 2017, *Pluris*.

<sup>106</sup> TAR Toscana, n. 721/2017.

<sup>107</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, n. 53/2016.

<sup>108</sup> S. Vaccari, *Il Consiglio di Stato e la 'riduzione progressiva della discrezionalità'. Verso un giudicato a spettanza stabilizzata?*, cit., 1226.

<sup>109</sup> A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 393.

<sup>110</sup> L. Ferrara, *L'incompiuta civilizzazione del processo amministrativo dieci anni dopo l'approvazione del Codice*, cit., 38. L'Autore lamenta la complessità di una razionalizzazione della consumazione della discrezionalità amministrativa «a scoppio ritardato».

con i suoi effetti conformativi», dall'altro<sup>111</sup>. Tale equilibrio tra esigenze di segno opposto, in termini più concreti, è stato individuato nella limitazione dell'effetto preclusivo del giudicato di annullamento al futuro<sup>112</sup>, restringendone la produzione ad una terza e alle volte successive, «onde evitare la reiterazione di decisioni negative a cascata sulla base di ragioni ostative che potevano essere opposte sin dal primo riesame»<sup>113</sup>.

Avvalora la tesi dell'esauribilità del potere amministrativo la constatazione della totale assenza di un riscontro nel diritto positivo da cui possa inferirsi che, concluso il giudizio, la pubblica amministrazione riacquisti la disponibilità del rapporto controverso, salve le finalità esecutive. D'altra parte, approfondendo l'indagine sul potere, una volta censurato in sede giurisdizionale il provvedimento amministrativo di diniego, il potere conservato dalla pubblica amministrazione ai fini del rilascio dell'atto richiesto è stato qualificato come differente rispetto a quello consumato con il diniego stesso. E la ragione della sopravvivenza del potere amministrativo dovrebbe rintracciarsi proprio in tale asserita diversità. Per intenderci, se, in precedenza, il potere aveva natura discrezionale, al netto delle vicende ripercorse, esso acquisterebbe carattere vincolato, esponendo la pubblica amministrazione all'esperibilità dell'azione di condanna al rilascio del provvedimento favorevole<sup>114</sup>.

Si è ritenuto che dalla stessa disciplina della motivazione possa trarsi una concezione della funzione amministrativa come indagine tendenzialmente compiuta sui fatti costitutivi del potere, destinata a condensarsi nel provvedimento finale<sup>115</sup>. Tuttavia, è stato osservato che, assecondando una tale ricostruzione, la motivazione verrebbe a strutturarsi come «conseguenza» del carattere esauriente della pronuncia e non come sua «causa». Stando alla posizione evocata, «la struttura normativa della funzione, come si ricava dalla previsione sulla motivazione, definisce solo che la decisione debba ritenersi esaustiva rispetto al suo oggetto, non che la ricerca effettuata lo sia effettivamente stata o lo doveva essere a pena di decadenza»<sup>116</sup>.

<sup>111</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, n. 3480/2022, già citata.

<sup>112</sup> R. Parisi, *Il difficile punto di equilibrio tra l'effettività della tutela giurisdizionale e l'inesauribilità del potere amministrativo* (nota a TAR Abruzzo - Pescara, 1 marzo 2023, n. 107), in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it), 2023.

<sup>113</sup> Cfr. TAR Abruzzo, Pescara, n. 107/2023, secondo cui «il giudicato di annullamento non preclude in sede di remand all'amministrazione il potere di riesaminare *funditus* la questione, configurandosi un siffatto effetto preclusivo solo per l'avvenire».

<sup>114</sup> Si tratta di rilievi di M. Trimarchi, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, cit., 2018, *Conclusioni*.

<sup>115</sup> M. Trimarchi, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, cit., 237.

<sup>116</sup> A. Carbone, *Dialogo sul potere con Michele Trimarchi*, cit., 261.

## 6. *Conclusioni*

Le differenti opinioni manifestate in dottrina ed in giurisprudenza sul tema dell'inesauribilità del potere amministrativo non consentono – in questa sede – di pervenire ad una conclusione univoca, in ragione della concorrenza di fattori controversi, ancorché non si possa ignorare che la preminente esigenza di tutela dell'interesse pubblico debba consentire all'amministrazione di individuare tutte le possibili modalità per realizzare il suo specifico fine.



*Effettività della tutela giurisdizionale e riedizione del potere amministrativo*

Lo scritto analizza il tema dell'effettività della tutela giurisdizionale, focalizzando l'attenzione sull'arco temporale successivo alla pronuncia giurisdizionale e proponendo, in particolare, alcune riflessioni sulla dibattuta questione del riesercizio del potere amministrativo.

*Effectiveness of jurisdictional protection and reissue of administrative power*

The essay analyzes the issue of the effectiveness of judicial protection, focusing attention on the period of time following the judicial ruling and proposing, in particular, some reflections on the debated issue of the re-exercise of administrative power.

