



EFFETTIVITÀ DELLA TUTELA GIURISDIZIONALE TRA GIUDICATO E RIEDIZIONE DEL POTERE DISCREZIONALE

di Nicola CHIRIVÌ*

ABSTRACT

L'effettività della tutela giurisdizionale si erge a principio generale del nostro ordinamento giuridico. Il sostrato di civiltà che caratterizza una società fondata su tale principio non consente di ritenere che lo stesso sia per certi versi rinunciabile in nome della garanzia di altre esigenze. Tuttavia, il potere della pubblica amministrazione, in particolare nel suo essere potenzialmente inesauribile, pone una serie di ostacoli rispetto alla possibilità di godere di una tutela effettiva. Sono dunque plurimi gli spunti di riflessione, a partire dalla nuova considerazione del potere, che sembra in parte perdere quel connotato di inesauribilità alla luce delle più recenti riforme e interpretazioni dottrinali e giurisprudenziali. La tenuta dell'effettività della tutela deve essere verificata alla luce del rapporto tra la sentenza di annullamento del giudice amministrativo, il suo effetto conformativo e il residuale potere discrezionale in capo all'amministrazione.

SOMMARIO

1. Introduzione.....	1
2. Gli effetti della sentenza di annullamento. L'effetto conformativo tra interessi oppositivi e pretensivi.....	2
3. Riedizione del potere a seguito della pronuncia di annullamento del provvedimento di diniego.....	3
3.1. Le teorie del one shot secco e del one shot temperato.....	4
3.2 I principi espressi dall'Adunanza plenaria6	
4. Rilievi critici e questioni irrisolte	8

1. INTRODUZIONE

Il presente lavoro si propone di indagare circa il grado di effettività della tutela che la giustizia amministrativa può offrire al privato cittadino. L'analisi condotta avrà come fulcro della questione il rapporto tra la sentenza di annullamento del giudice amministrativo e il nuovo esercizio del potere da parte della pubblica amministrazione, nel caso in cui la riedizione del potere sia necessaria per il soddisfacimento dell'istanza del privato.

Nello specifico, è opportuno domandarsi quale margine di discrezionalità residui in capo all'amministrazione dopo la pronuncia di annullamento del provvedimento illegittimo e, dunque, fino a che punto possa incidere l'effetto conformativo sull'attività amministrativa (ancora) discrezionale. Per riuscire nell'intento, sarà necessario considerare la diversa rilevanza assunta dalla posizione del privato nei confronti del provvedimento impugnato, a seconda che si tratti di posizione di interesse legittimo oppositivo o pretensivo. L'azione di annullamento ha da sempre rappresentato, nel panorama della giustizia amministrativa, lo strumento più pregnante per ottenere tutela nei confronti di un provvedimento illegittimo della pubblica amministrazione. Lo era in passato, quando il processo amministrativo era incentrato sull'atto, ma lo è ancora oggi, sebbene il giudizio sia ormai orientato al rapporto intersoggettivo. Assume rilevanza centrale comprendere quale sia la portata degli effetti di una sentenza di annullamento, con particolare attenzione proprio all'effetto conformativo nel suo rapporto con il potere residuale dell'amministrazione.

Il grado di effettività della tutela che può riconoscersi ai privati dipende dalla risposta che si intende offrire al precedente quesito. Utile a tal proposito risulta essere l'esame delle tesi susseguitesesi in dottrina e in giurisprudenza che hanno mantenuto vivo il dibattito, il quale risulta ancora oggi privo di soluzione.

* Studente iscritto al quinto anno del Corso di laurea in Giurisprudenza presso l'Università del Salento.



2. GLI EFFETTI DELLA SENTENZA DI ANNULLAMENTO. L'EFFETTO CONFORMATIVO TRA INTERESSI OPPOSITIVI E PRETENSIVI

La dottrina ha categorizzato gli effetti della sentenza di annullamento. La sistematica proposta da alcuni autori¹ ha trovato ampio seguito nella giurisprudenza e risulta essere caratterizzata da tre diverse tipologie di effetti, tra loro interconnesse.

Il primo effetto prodotto dalla pronuncia di annullamento del giudice amministrativo è l'effetto eliminatorio. L'esito naturale della sentenza è la rimozione del provvedimento illegittimo impugnato dalla realtà giuridica, impendendo che lo stesso possa continuare a produrre effetti. L'azione di annullamento ha natura costitutiva, tanto che il giudice innova l'ordinamento giuridico attraverso l'eliminazione dell'atto impugnato. La sentenza opera con efficacia *ex tunc*, dunque non solo rimuove il titolo dal quale deriva un certo assetto di interessi, il provvedimento, ma anche travolge tutti gli effetti che il provvedimento illegittimo ha prodotto fin dall'origine. In questo si sostanzia l'effetto ripristinatorio, il quale impone all'amministrazione di ristabilire lo status *quo ante*, anche attraverso attività materiali.

Ultimo e più problematico effetto della sentenza di annullamento è l'effetto conformativo. L'accertamento del giudice circa i vizi del provvedimento impugnato pone un vincolo nei confronti dell'amministrazione. Questa deve prendere atto della rimozione di quel provvedimento dalla realtà giuridica, ma ancor di più, qualora sia chiamata o ritenga di emanare un nuovo provvedimento, questo dovrà essere esente dai medesimi vizi già accertati nella precedente pronuncia. Con la sentenza il giudice enuclea una regola di diritto che restringe l'ambito di operatività

dell'amministrazione in seno al nuovo e successivo esercizio del potere.

Ora, è necessario considerare quale sia la portata dell'effetto conformativo rispetto alla posizione giuridica soggettiva fatta valere dal privato. Quando l'interesse legittimo ha natura oppositiva, l'annullamento del provvedimento risulta essere già pienamente satisfattivo per il privato². La sua istanza di tutela è soddisfatta attraverso l'eliminazione con efficacia *ex tunc* del provvedimento lesivo. Con riferimento a un decreto di esproprio, l'annullamento dello stesso soddisfa pienamente l'istanza del privato, il quale conserverà la proprietà del bene. Nell'esempio proposto, il privato non ha alcun interesse a un nuovo esercizio del potere da parte dell'amministrazione: egli risulta tutelato, pienamente, dagli effetti della sentenza³.

Queste considerazioni non possono essere condivise se l'interesse fatto valere abbia natura pretensiva. Nel caso di specie, è il privato a sollecitare l'esercizio del potere, in quanto aspira a un bene della vita specifico. L'ampliamento della sua sfera giuridica dipende necessariamente dall'intermediazione del potere amministrativo. L'eventuale annullamento del provvedimento di diniego in sede giurisdizionale potrebbe non essere pienamente satisfattivo per il privato, a differenza di quanto esposto con riferimento all'interesse oppositivo. Una volta accolta la domanda di annullamento, la sfera giuridica del ricorrente comunque non risulterà ampliata, ma sarà necessaria la riedizione del potere amministrativo. L'effetto conformativo di quella pronuncia giudiziale incide sulla successiva attività dell'amministrazione impendendo che la stessa possa adottare un nuovo provvedimento di diniego che presenti i medesimi vizi già censurati in giudizio.

La portata dell'effetto conformativo, che come detto vincola il soggetto pubblico al rispetto della regola di diritto enucleata dal giudice, non

¹ Tra questi, M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, Il Mulino, 1983, pp. 383 e ss.

² Quando il privato è titolare di un interesse legittimo oppositivo, la sua pretesa è relativa alla eliminazione del provvedimento impugnato. La sentenza di annullamento produce di per sé un effetto favorevole per il ricorrente, pienamente satisfattivo. Dunque, egli non ha interesse a un nuovo esercizio del potere da parte della pubblica amministrazione.

³ Si parla a tal proposito di sentenze auto-esecutive. Così C. CACCIAVILLANI, *Il giudicato*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2020, p. 615. Per un ulteriore approfondimento sulla fattispecie di sentenze auto-esecutive, cfr. Ad. Plen., 4 dicembre 1998, n. 8.

impedisce che possa essere emanato un nuovo provvedimento di diniego, emendato dai vizi precedentemente accertati. Anzi, la riedizione del potere è indispensabile perché il privato possa trovare soddisfazione del suo interesse, quando il potere è discrezionale e tale discrezionalità non si sia esaurita in seguito alla pronuncia di annullamento del giudice. In questo contesto, per la natura dell'interesse fatto valere in giudizio, come detto pretensivo, la sentenza di annullamento non assicura al privato il bene della vita cui egli aspira in quanto sarà necessario che sia l'amministrazione, attraverso l'esercizio del residuale potere discrezionale, ad attribuirgli tale bene.

È nettamente diversa la rilevanza dell'effetto conformativo rispetto allo specifico interesse vantato dal privato. È proprio nei confronti dell'interesse pretensivo che deve indagarsi per comprendere quale sia il grado di effettività della tutela che il giudice può offrire. Per farlo, sarà opportuno comprendere quando possa dirsi esaurita la discrezionalità in seguito alla pronuncia giudiziale, tale da risultare l'attività amministrativa vincolata.

3. RIEDIZIONE DEL POTERE A SEGUITO DELLA PRONUNCIA DI ANNULLAMENTO DEL PROVVEDIMENTO DI DINIEGO

L'interesse pretensivo si caratterizza per porre il privato in una situazione di dipendenza rispetto all'amministrazione. L'esercizio del potere in maniera conforme all'istanza del privato è indispensabile per ottenere l'ampliamento della propria sfera giuridica.

Una volta accertato il vizio di legittimità del provvedimento di diniego in sede giurisdizionale, l'amministrazione è chiamata ad esercitare nuovamente il suo potere quando il privato sia titolare di un interesse pretensivo. Questa situazione espone il privato al rischio di subire un nuovo diniego, motivato dall'amministrazione in modo da

non ripetere gli stessi vizi già oggetto di censura, adducendo fatti e ragioni nuove.

Si apre, quindi, la questione dell'effettività della tutela, alla luce dei limiti entro i quali può dirsi che l'amministrazione conservi il proprio potere discrezionale anche a seguito di uno o più giudizi in cui il giudice abbia censurato quei provvedimenti di diniego. Il principio di effettività della tutela giurisdizionale è sancito all'art. 1 del Codice del Processo Amministrativo, il quale afferma che la giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva alla luce dei principi costituzionali e del diritto europeo. All'art. 24 della Costituzione è garantito il diritto di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti soggettivi e interessi legittimi. L'Assemblea Costituente ha voluto che la garanzia costituzionale del diritto d'azione comprendesse non solo i diritti soggettivi, ma anche gli interessi legittimi. Alla stessa norma costituzionale è ricondotto il carattere dell'effettività della tutela giurisdizionale, motivo per il quale il principio che ivi si ricava deve essere inteso come linea guida per l'interpretazione degli istituti di giustizia amministrativa⁴.

L'effettività della tutela giurisdizionale può essere definita come la capacità del processo di garantire la soddisfazione dell'interesse sostanziale dedotto in giudizio dal ricorrente⁵. Il principio in parola potrebbe essere frustrato se a seguito di un giudizio di annullamento di un provvedimento di diniego risultasse uno spazio di attività amministrativa eccessivamente ampio. In assenza di uno specifico limite, l'amministrazione, in sede di riedizione del potere, potrebbe adottare nuovi atti di diniego un numero indefinito di volte. È evidente che l'alternanza tra provvedimenti di diniego e pronunce di annullamento, senza l'individuazione di un momento conclusivo di questa catena, impedisce al privato di trovare soddisfazione del suo interesse.

Se nella prospettiva del privato l'effettività della tutela deve essere garantita, dal punto di vista dell'amministrazione il suo potere è

⁴ Per un approfondimento sulla lettura costituzionalmente orientata degli istituti di giustizia amministrativa, A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, 14^a edizione, Torino, G. Giappichelli Editore, 2021, pp. 91 e ss.

⁵ In proposito, E. MICETTI, *Lo schema conformativo ed il futuro della giurimetria*, *Gazzetta Amministrativa Editore*, p. 39.

tendenzialmente inesauribile⁶ e in nessun caso il giudice può pronunciarsi in relazione a poteri che l'amministrazione non ha ancora esercitato, secondo quanto stabilito all'art. 34, comma 2 del Codice del Processo Amministrativo. Tale ultima affermazione richiama il principio di separazione dei poteri, a nome del quale è precluso al giudice sostituirsi all'amministrazione, se non nelle ipotesi tassativamente indicate dal legislatore.

Ad ogni modo, è evidente lo scontro tra le due diverse esigenze: da un lato quella di garantire effettività e pienezza della tutela giurisdizionale; dall'altro quella di evitare che, in nome del soddisfacimento dell'esigenza precedente, il giudice possa farsi amministratore, sostituendosi all'amministrazione e mettendo a repentaglio l'osservanza del principio di separazione dei poteri. Risulta quindi opportuno temperare le due esigenze, bilanciando gli interessi che a queste sono sottesi. Ai nostri fini, è utile analizzare le principali tesi elaborate dalla dottrina e le principali linee interpretative seguite dalla giurisprudenza.

3.1. LE TEORIE DEL ONE SHOT SECCO E DEL ONE SHOT TEMPERATO

L'obiettivo perseguito dalla dottrina nell'elaborazione delle teorie in esame consiste nell'ampliamento della cognizione del giudice amministrativo a tutti i presupposti di fatto e di diritto strumentali all'esercizio del potere amministrativo. Da tale ampliamento conseguirebbe l'estensione dell'oggetto del processo al potere, anche discrezionale, nella sua interezza, tale da consentire un sindacato più incisivo da parte del giudice nei confronti dell'attività amministrativa.

In prima battuta, la teoria che si intende richiamare in questa sede è quella del c.d. *one shot* (secco, non temperato). Secondo tale tesi, nei procedimenti a istanza di parte, rispetto ai quali è configurabile un interesse pretensivo dell'istante, l'amministrazione sarebbe tenuta a esteriorizzare tutte le ragioni di fatto e di diritto che precludono l'accoglimento dell'istanza del privato e, quindi, il

rilascio del provvedimento da questi richiesto⁷. Così procedendo, l'amministrazione vincola il proprio agire attraverso tali esternazioni, consumando ogni margine di discrezionalità in un'unica occasione. Secondo i fautori di questa tesi, tale assunto parrebbe trovare ragione nel disposto dell'art. 10 *bis* della L. n. 241/1990, concernente l'istituto del preavviso di diniego. Dopo il primo diniego, cui consegue una eventuale sentenza di annullamento del relativo provvedimento, l'amministrazione non potrebbe rinnovare il diniego su presupposti diversi da quelli già esternati nel primo procedimento, ciò in quanto la discrezionalità sarebbe ormai del tutto consumata. L'evidente intenzione è quella di impedire all'amministrazione di negare al privato la soddisfazione del suo interesse pretensivo attraverso motivazioni di volta in volta differenti, a seguito della pronuncia di annullamento del precedente provvedimento di diniego.

La tesi del c.d. *one shot* secco non è esente da rilievi critici che è opportuno passare in rassegna in questa sede.

In primo luogo, l'ambito di applicazione dell'art. 10 *bis* della L. n. 241/1990 è limitato alle sole ipotesi di procedimento ad istanza di parte, con esclusione, ad esempio, delle procedure concorsuali. Inoltre, all'art. 2, comma 1 della L. n. 241/1990 è sancito che l'amministrazione conclude il procedimento con un provvedimento in forma semplificata nei casi di manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza della domanda. In questa circostanza, l'amministrazione non sarebbe neppure tenuta a manifestare le ragioni che ostano all'accoglimento dell'istanza del privato.

Per evitare che l'amministrazione possa provvedere sempre in senso negativo per un numero indefinito di volte ad ogni annullamento in sede giurisdizionale del suo provvedimento di diniego, già a partire dagli anni Novanta fu elaborata la tesi giurisprudenziale del c.d. *one shot* temperato. Se la tesi precedente assumeva come fondamento alcuni istituti del procedimento amministrativo, quella in parola pone in risalto profili di natura processuale. Nello specifico, l'amministrazione,

⁶ Sulla tendenziale inesauribilità del potere amministrativo, cfr. E. LIBERALI, *Potere amministrativo, tempo e consumazione: riflessioni*, Il diritto amministrativo.

⁷ In tal senso, M. RAMAJOLI, *Preavviso di rigetto, preclusioni, giusto procedimento e giusto processo*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, fasc. 3, 1 settembre 2022, p. 595.

successivamente ad un giudicato di annullamento di un proprio atto, nel caso di prima riedizione del potere è chiamata a esaminare la questione nella sua interezza. A tal fine, le sarebbe richiesto di sollevare tutte le questioni che ritenga rilevanti, precludendo la possibilità che la stessa possa in futuro, e in particolare a seguito di un ulteriore annullamento in sede giurisdizionale, decidere nuovamente in senso sfavorevole per il privato in relazione a profili non esaminati, fatte salve eventuali sopravvenienze⁸.

A differenza del *one shot* secco, nella logica del *one shot* temperato la consumazione della discrezionalità avverrebbe non all'interno del procedimento stesso, ma in seno al secondo procedimento, avviato a seguito della prima pronuncia di annullamento del giudice. Sarebbe quindi fornita una seconda occasione all'amministrazione perché possa effettuare tutte le valutazioni discrezionali che consentano di motivare in ordine al nuovo diniego. Si può apprezzare il tentativo di individuare un momento preciso in cui stabilizzare definitivamente il rapporto tra amministrazione e privato, evitando così che la pretesa sottesa all'interesse legittimo e il principio di effettività e pienezza della tutela non risultino frustrati dalla reiterazione di provvedimenti di diniego conseguenti alla pronuncia giudiziale.

Tuttavia, anche in questo caso non si può prescindere dall'esame dei rilievi critici cui si espone tale linea argomentativa. Non è possibile individuare un referente normativo che giustifichi la tesi secondo la quale la discrezionalità si consumerebbe in seno alla riedizione del potere a seguito del primo giudizio di annullamento. Anzi, rispetto alla presente tesi è sotteso un rischio che è opportuno evocare. Qualora l'amministrazione non abbia sollevato un profilo in ordine al quale sarebbe stato possibile precludere l'accoglimento dell'istanza, il privato, secondo le implicazioni del *one shot* temperato, potrebbe ottenere un titolo giuridico che

consenta l'ampliamento della sua sfera giuridica senza però averne i presupposti. Si provocherebbe un disequilibrio a favore del privato che pregiudicherebbe gli interessi sostanziali sottesi alle norme di legge.

Seppur nobile il risultato cui tali teorie aspirano, i rilievi critici appena esposti appaiono difficilmente valicabili.

Tuttavia, la teoria del *one shot* secco fonda le proprie radici sull'interpretazione dell'art. 10 *bis*, il quale risulta parzialmente modificato dalla legge dell'11 settembre del 2020, n. 120⁹ (Decreto semplificazioni).

Il decreto in parola ha innovato l'istituto del preavviso di diniego fornendo una indubbia base legislativa alla teoria del *one shot* secco, con l'auspicio di porre fine a un sistema di giustizia amministrativa che, quantomeno entro i limiti dell'indagine che in questa sede si sta conducendo, difficilmente si pone in continuità con le esigenze sottese alla tutela del privato. Necessitando l'analisi dell'istituto di uno specifico approfondimento, ci si limita a evidenziare le novità che potrebbero condurre verso un potenziale superamento delle critiche da sempre ostative all'applicazione della teoria che qui si considera.

La nuova formulazione della norma vincola l'amministrazione nell'esercitare pienamente il proprio potere nella fase procedimentale, in quanto "In caso di annullamento in giudizio del provvedimento così adottato, nell'esercitare nuovamente il suo potere l'amministrazione non può addurre per la prima volta motivi ostativi già emergenti dall'istruttoria del provvedimento annullato".

Il dato normativo sembra chiaro nell'imporre un obbligo - *rectius*, divieto sanzionato con una specifica preclusione - in capo al soggetto pubblico¹⁰, ovvero quello di far emergere motivi ostativi in sede giurisdizionale per la prima volta,

⁸ A. DI CAGNO, *Giudicato e riedizione del potere: esaurimento della discrezionalità nel rapporto con la pronuncia del giudice amministrativo*, in M. PROTTO (a cura di), *Giusto processo e giusto procedimento amministrativo*, Dottrina e attualità giuridiche, Marzo 2020, pp. 721 e ss.

⁹ Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, recante «Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitali», che per comodità verrà indicato nel testo come "Decreto Semplificazioni".

¹⁰ Dall'altro lato, però, sembra logico rinvenire nella nuova disposizione anche un accentuato onere del privato, il quale dovrà farsi carico dell'esigenza di far emergere tutti i motivi ostativi in sede procedimentale. Egli, "se vuole beneficiare dell'effetto preclusivo derivante dalla sentenza di annullamento in ordine al riesercizio del potere, dovrà partecipare, così da far emergere tutti i motivi per il rilascio in suo favore del provvedimento, sui quali la p.a. non potrà più pronunciarsi in sede riesercizio del potere in senso negativo in quanto già

attività che l'amministrazione avrebbe adeguatamente dovuto svolgere in sede di istruttoria procedimentale.

La nuova formulazione della norma sembra riecheggiare la base argomentativa della teoria del *one shot*¹¹, anche alla luce dell'obiettivo di valorizzare il procedimento e di ridurre a una sola impugnazione in sede giurisdizionale l'intera vicenda sostanziale¹². Ne giova certamente il privato, il quale potrà ottenere la definizione della vicenda a seguito di un solo, eventuale, giudicato.

Le possibili sopravvenienze, di fatto o di diritto, evidentemente esulano dalla preclusione in parola. Tuttavia, non può negarsi che il legislatore, indicando quale criterio sul quale si vuole fondare la consumazione del potere i "*motivi ostativi già emergenti dall'istruttoria*", consente di rinvenire nella norma un certo margine interpretativo, relativamente alla possibilità di considerare quali motivi ostativi solo quelli che siano concretamente emersi o anche quelli che avrebbero dovuto emergere in quanto noti all'amministrazione¹³.

Dunque, nonostante possa apparire ancora lontana una specifica soluzione al problema, certamente con la modifica legislativa di cui si è detto si sono accentuate le chance di arginare il potere amministrativo. In questo senso, sarà la giurisprudenza a fornire indicazioni più puntuali sull'applicazione dell'istituto del preavviso di diniego¹⁴, fin qui potendosi apprezzare lo sforzo legislativo di offrire maggior concretezza al principio dell'effettività della tutela giurisdizionale.

3.2 I PRINCIPI ESPRESSI DALL'ADUNANZA PLENARIA

emersi nell'istruttoria", come si sostiene in A. ZITO, *La scelta discrezionale della P.a. tra principio di esauribilità del potere e controllo effettivo sul suo esercizio: per una ridefinizione del concetto di discrezionalità*, in *Diritto Amministrativo*, fasc.1, 2023, pp. 29 e ss.

¹¹ Così M. RAMAJOLI, *Preavviso di rigetto*, cit., pp. 595 e ss.

¹² *Ibidem*.

¹³ Così ancora M. RAMAJOLI, *Preavviso di rigetto*, cit., dove l'A. sostiene, in forza di una certa giurisprudenza che interpreta estensivamente la norma, che "*la preclusione impedirebbe all'amministrazione di addurre successivamente sia motivi ostativi noti ed esplicitati, sia motivi noti ma non esplicitati (...) che un'istruttoria incompleta e difettosa non ha fatto emergere*".

La questione del rapporto tra giudicato e riedizione del potere, che, come detto, incide direttamente sul principio di effettività della tutela giurisdizionale, ha impegnato direttamente anche l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato. L'Adunanza si è espressa in varie occasioni sul tema di cui si discute, enucleando una serie di principi di diritto che risulta utile evidenziare.

Una delle pronunce utile ai nostri fini è la sentenza n. 2 del 2013. La questione rimessa all'esame dell'Adunanza ha ad oggetto l'annullamento di un giudizio negativo formulato nel contesto di un concorso universitario da una commissione e più volte reiterato, con diverse motivazioni. Ancora una volta si indaga circa la possibilità di individuare dei limiti alla riedizione del potere amministrativo a seguito di una o più pronunce giurisdizionali.

In primo luogo, nella sentenza viene statuito il principio secondo cui il giudicato non può vincolare rispetto a tutte quelle situazioni sopravvenute, se la riedizione del potere coinvolga situazioni nuove e non contemplate precedentemente¹⁵. Così argomentando, poteri non ancora esercitati rispetto a situazioni, come detto, sopravvenute non possono dirsi vincolati dal precedente giudicato. Inoltre, la pronuncia sembra sconfessare tutte quelle tesi secondo le quali la riedizione del potere sarebbe preclusa rispetto a fatti già oggetto di un precedente esercizio del potere e di un successivo giudicato.

Non sarebbe possibile individuare un parametro normativo fondante il limite alla riedizione del potere rispetto tanto a fatti sopravvenuti, quanto a fatti già in precedenza valutati dall'amministrazione. L'amministrazione, infatti, conserva un certo margine di autonomia e la responsabilità derivante dall'attribuzione del potere

Cfr. L. FERRARA, *La preclusione procedimentale dopo la novella del preavviso di diniego: alla ricerca di un modello di rapporto e di giustizia*, in *Diritto Amministrativo*, fasc.3, 2021, p. 573.

¹⁴ Varie sono le questioni afferenti all'istituto. Poste le basi per considerare la nuova disciplina alla stregua del fondamento legislativo della teoria del *one shot*, si consiglia la lettura di M. RAMAJOLI, *Preavviso di rigetto*, cit., pp. 595 e ss.; A. ZITO, *La scelta discrezionale della P.a.*, cit., pp. 29 e ss.; L. FERRARA, *La preclusione procedimentale*, cit., p. 573.

¹⁵ A. DI CAGNO, *Giudicato e riedizione del potere*, cit., pp. 721 e ss.

da parte della legge che non consente di impedirle di adottare nuovi atti sfavorevoli per il privato, attraverso linee argomentative diverse rispetto a quelle precedenti.

La sentenza n. 2 del 2016 dell'Adunanza Plenaria sembra aver confermato l'orientamento appena esposto. In particolare, anche in questo caso viene stabilito che non è possibile riconoscere in assoluto un impedimento rispetto alla riedizione sfavorevole del potere. La coerenza con l'orientamento precedente risulta ancora dal richiamo di alcuni principi, quali quello della separazione dei poteri, dal quale si può ricavare l'esistenza di una riserva di potere in capo all'amministrazione, e il principio secondo il quale i casi in cui il giudice può pronunciarsi in luogo dell'amministrazione, sostituendosi a questa ed esaurendo definitivamente il potere, oltre ad essere tassativamente indicati dal legislatore hanno natura eccezionale.

Dalle pronunce fin qui considerate pare non emergere un esito confortante in ordine alla possibilità di corroborare le teorie precedentemente esposte.

Una ulteriore conferma dell'impossibilità di individuare un momento preciso in cui poter affermare che l'amministrazione abbia ormai consumato il proprio potere si evince dalla sentenza della VI sezione del Consiglio di Stato, n. 1321 del 2019.

La sentenza aveva ad oggetto l'impugnazione dell'ennesimo diniego - prima della pronuncia in esame erano già intervenuti due giudicati favorevoli alla ricorrente - dell'amministrazione rispetto al rilascio dell'abilitazione scientifica nazionale (ASN) a favore della professoressa istante, poi accolta dal collegio giudicante.

Lo stesso collegio ravvisava l'esigenza che il sistema di giustizia amministrativa si rendesse protagonista di una certa evoluzione, dovuta alla impossibilità di ritenere *“accettabile che la crisi di cooperazione tra amministrazione e cittadino possa risolversi in una defatigante alternanza tra*

*procedimento e processo, senza che sia possibile addivenire ad una definizione positiva del conflitto, con grave dispendio di risorse pubbliche e private”*¹⁶.

Oltre a confermare quanto statuito nelle sentenze, già analizzate, del 15 gennaio 2013 e del 9 febbraio 2016, rispettivamente nn. 2 e 6, il collegio argomentava in ordine alla delineazione di un dispositivo di chiusura del sistema, *“volto a scongiurare l'indefinita parcellizzazione giudiziaria di una vicenda sostanzialmente unitaria”*, rinvenendolo nella riduzione progressiva della discrezionalità amministrativa.

Tale riduzione può essere frutto dei vincoli che l'amministrazione si autoimpone nell'esercizio del potere. Ancora, può essere frutto della *“insanabile frattura del rapporto di fiducia tra Amministrazione e cittadino, derivante da un agire reiteratamente capzioso, equivoco, contraddittorio, lesivo quindi del canone di buona amministrazione e dell'affidamento riposto dai privati sulla correttezza dei pubblici poteri”*¹⁷. Sussistendo tale evenienza, sarebbe precluso all'amministrazione di poter decidere nuovamente in senso sfavorevole anche relativamente a profili ancora non esaminati.

Riflettendo sulla rilevanza dei profili non ancora esaminati, la stessa sentenza chiaramente dimostra l'intenzione della giurisprudenza di escludere la possibilità di invocare il principio del dedotto e del deducibile, negando la possibilità di estendere l'oggetto del giudicato amministrativo. Del resto, la stessa dottrina¹⁸ ha in più occasioni sottolineato come la giurisprudenza abbia negato rilevanza a tale principio, il cui richiamo cercava giustificazione nel raggiungimento di una ragionevole composizione degli interessi in conflitto.

Infine, il collegio attesta, nel caso specifico di quel giudizio, la necessità di tre successivi annullamenti di provvedimenti illegittimi di diniego prima di poter con certezza affermare che rispetto all'amministrazione non sarebbe stato possibile rinvenire alcun ulteriore margine di discrezionalità, potendo finalmente giungere alla definizione della situazione sostanziale dedotta.

¹⁶ Cons. Stato, sez. VI, 22 febbraio 2019, n. 1321

¹⁷Cfr. L. DI BENEDETTO, *Nota a T.A.R. Roma, 01 dicembre 2021, n.12397, sez. III*, in *Foro Amministrativo* (II), fasc.2,

2022, p. 247, dove si analizza la rilevanza della *regula iuris* fornita dal Consiglio di Stato.

¹⁸ Fra i tanti, cfr. M. RAMAJOLI, *Preavviso di rigetto*, cit., pp. 595 e ss.; L. FERRARA, *La preclusione procedimentale*, cit., p. 573.

4. RILIEVI CRITICI E QUESTIONI IRRISOLTE

Alla luce dell'attuale disciplina della giustizia amministrativa non sembra possibile evincere un parametro normativo certo che possa giustificare l'esaurimento della discrezionalità amministrativa in un preciso momento, sia esso riferito al procedimento o al giudizio amministrativo.

Tanto la tesi del *one shot* secco, quanto quella del *one shot* temperato risultano certamente apprezzabili nell'intento, ma non pienamente condivisibili in ordine agli istituti richiamati per giustificare l'applicazione. Lo sforzo ermeneutico condotto necessita di essere corroborato dall'attività legislativa, volta all'individuazione di un istituto che consenta di interrompere la catena di provvedimenti e pronunce giudiziali tendenzialmente priva di una fine.

Invero, la modifica normativa dell'art. 10 *bis*, diffusamente analizzata in questa sede, consente forse di ritenere corroborata la tesi del *one shot* secco, prevedendo quale momento preclusivo per la reiterazione di un provvedimento di diniego il primo annullamento in sede giurisdizionale. Questo è vero a condizione che si tratti di riesercizio del potere sulla base di motivi già emersi in sede di prima attività istruttoria, non potendo l'amministrazione decidere nuovamente in senso sfavorevole sulla scorta di quegli stessi elementi. Dunque, l'esclusione di eventuali sopravvenienze dal perimetro della preclusione non consente di protendere verso la definitiva consumazione del potere amministrativo.

Come si è avuto modo di notare, il principio dell'inesauribilità del potere amministrativo, cui si affianca il principio di riserva amministrativa, è da ostacolo alla condivisione delle succitate tesi. L'effetto conformativo del giudicato incide direttamente sul potere residuale dell'amministrazione, nel senso di orientarne, ma non precluderne, la riedizione.

A questa stregua, l'art. 31, comma 4, lett. c) Codice del Processo Amministrativo sancisce, nel secondo alinea, che "L'azione di condanna al rilascio di un provvedimento richiesto è esercitata, nei limiti di cui all'articolo 31, comma 3,

contestualmente all'azione di annullamento del provvedimento di diniego o all'azione avverso il silenzio". L'azione di adempimento rappresenta un utile strumento processuale attraverso il quale il ricorrente può chiedere, contestualmente all'annullamento del diniego illegittimo, la condanna al rilascio di un provvedimento dal contenuto specifico da parte dell'amministrazione. Stante il rinvio dell'art. 34, comma 1, lett. c) all'art. 31, comma 3 del Codice del Processo Amministrativo, il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa alla duplice condizione che non residuino margini di discrezionalità in capo all'amministrazione e che non siano necessari ulteriori adempimenti istruttori riservati all'amministrazione stessa. Se sussistono tali presupposti, allora la pretesa del privato potrà essere soddisfatta pienamente anche se si tratta di interessi pretensivi. Anche in questo caso, però, non è dato conoscere quando può dirsi esaurita la discrezionalità.

Sembra evidente che il tanto ricercato punto di equilibrio tra esigenza di effettività della tutela e principio della separazione dei poteri può essere risolto solo attraverso l'introduzione di un referente normativo specifico. Dunque, si auspica un intervento del legislatore teso alla soluzione della presente questione, anche alla luce della sistematica del Codice del Processo Amministrativo, in coerenza con i principi che governano il sistema della giustizia amministrativa.

Così procedendo, sarà possibile individuare il momento in cui il potere potrà dirsi esaurito, quantomeno nel suo essere discrezionale, per poter finalmente affermare che il privato può godere di una tutela effettiva.

Ad ogni modo, certamente può apprezzarsi l'intervento del legislatore sull'istituto del preavviso di diniego, che ha riformato in parte il 10 *bis* ponendo un limite normativo agli eventuali abusi da parte del soggetto pubblico.

In conclusione, sembra potersi affermare che il principio dell'inesauribilità del potere inizi a risentire di questo sforzo dottrinale e giurisprudenziale, consentendoci di ritenere che la direzione da seguire è ormai segnata e che, in

prospettiva futura, potranno essere assicurate
maggiori chances di tutela effettiva.