**La novella dell’art. 10-bis della l. 241/1990 e la posizione della giurisprudenza**

1. Ratio e funzione della norma; 2. Le modifiche introdotte dal d.l. 76/2020 e le nuove funzioni della norma; 3. L’annullamento del provvedimento; 4. I motivi ostativi già emergenti dall’istruttoria; 5. La fonte della preclusione; 6. Giudicato e riedizione del potere amministrativo alla luce dell’insegnamento dell’Adunanza Plenaria; 6.1. Un’ultima strada viene tentata dalla sentenza della VI Sezione del Consiglio di Stato n. 1321/2019; 7. Riedizione del potere e interessi legittimi oppositivi all’accoglimento dell’istanza del terzo; 8. La preclusione temporale alla riedizione del potere gli interessi legittimi oppositivi puri: la sentenza n. 584/2021 del Consiglio di Stato; 9. Il potere amministrativo e il gatto di Schrödinger.

**1. Ratio e funzione della norma.**

L’istituto della comunicazione dei motivi ostativi all’accoglimento dell’istanza, o preavviso di diniego, è stato introdotto nel nostro ordinamento solo con la L. 15/2005, per poi essere affinato con la l. n. 180/2011 e con il d.l. n. 76/2020, con una finalità marcatamente deflattiva del contenzioso amministrativo. L’istituto in parola, invero, impone che nei procedimenti avviati ad istanza di parte, prima della formale adozione del provvedimento di rigetto, vengano comunicati all’istante i motivi ostativi all’accoglimento della domanda, invitando lo stesso a produrre le proprie osservazioni.

In tal modo il legislatore ha anticipato il contraddittorio, mediante la comunicazione all’esponente di un atto endoprocedimentale, che consente, oltre all’arricchimento ed all’implementazione dell’istruttoria, di anticipare in sede non contenziosa le richieste e contestazioni che potrebbero essere addotte in un successivo giudizio, con una potenziale deflazione del contenzioso. La ratio dell’art. 10-bis, comune a quella dell’art. 7 della medesima legge, va, dunque, individuata nelle esigenze, da un lato, di assicurare piena visibilità all’azione amministrativa al momento della sua formazione e, dall’altro, di garantire la partecipazione dei destinatari dell’atto finale alla fase istruttoria preordinata alla sua adozione, in modo che, anche grazie all’acquisizione delle ragioni prospettate dagli interessati, l’Amministrazione sia posta in condizione di esercitare il proprio potere con la piena cognizione dei tutti gli elementi di fatto e di diritto. Così l’istituto in questione è volto ad attivare - nella fase non iniziale ma costitutiva del procedimento - un contraddittorio con il destinatario del provvedimento negativo, non ancora emanato ma ormai definito nelle intenzioni dell’autorità, al fine di raccoglierne il contenuto istruttorio indispensabile per addivenire ad una compiuta disamina di quegli elementi di fatto e di diritto che risulteranno decisivi per la determinazione da assumere[[1]](#footnote-1). Un'applicazione corretta dell'art. 10-bis della L. n. 241/1990 esige, non solo che l'Amministrazione enunci compiutamente nel preavviso di provvedimento negativo le ragioni che intende assumere a fondamento del diniego, ma anche che le integri, nella determinazione conclusiva (ovviamente, se ancora negativa), con le argomentazioni finalizzate a confutare la fondatezza delle osservazioni formulate dall'interessato nell'ambito del contraddittorio predecisorio attivato dall'adempimento procedurale in questione[[2]](#footnote-2).

Per tale ragione l’istituto risponde alla sola esigenza di anticipare un contraddittorio procedimentale tra amministrazione e destinatari del provvedimento, all’esito del quale ben è possibile che l’amministrazione, anche alla luce delle osservazioni pervenute, arricchisca la motivazione del provvedimento finale rispetto a quella contenuta nell’atto endoprocedimentale[[3]](#footnote-3); al contrario, al preavviso di rigetto non può ascriversi alcuna capacità di esprimere la definitiva volontà dell’amministrazione[[4]](#footnote-4).

L'art. 10-bis della legge n. 241 del 1990, sulla comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza, si applica ai procedimenti che l'Amministrazione intenda concludere con un provvedimento che "per la prima volta" rappresenta al richiedente una o più ragioni impeditive dell'accoglimento della sua istanza. La sua ratio è quella di evitare "provvedimenti a sorpresa", cioè che prospettino questioni di fatto o di diritto prima ignote al richiedente, o comunque da lui non percepibili. Quando l'istanza di riesame è respinta con un attomeramente confermativo o solo di conferma del precedente, sulla base di una motivazione incentrata sulla immodificabilità della precedente valutazione, non occorre una ulteriore interlocuzione procedimentale con l'interessato. Tale regola trova applicazione nel caso in cui, nonostante le sopravvenienze rappresentate con l'istanza di riesame, i provvedimenti di cui si chiede la riforma sono già divenuti definitivi e l'autotutela non rappresenta un obbligo per l'Amministrazione, bensì una facoltà, che legittimamente potrebbe non dar luogo ad alcun esito per l'interessato[[5]](#footnote-5).

Pertanto, possiamo dire che l’istituto della comunicazione dei motivi ostativi è ispirato da una funzione principale di garanzia, ovvero di difesa del privato nei confronti dell’amministrazione, attuativa del principio del giusto procedimento, desumibile dalla circostanza che il preavviso è previsto solo per i procedimenti che possono essere conclusi con provvedimenti sfavorevoli ed è diretto solo al destinatario degli stessi.

L’art. 10-bis assolve, altresì, ad una funzione oggettiva di tipo collaborativo, atteso che il destinatario della comunicazione, attraverso l’apporto di materiale informativo, coopera alla migliore - siccome più attenta, completa e ponderata - esplicazione della funzione amministrativa, determinando l’amministrazione all’adozione di decisioni maggiormente corrette.

**2. Le modifiche introdotte dal d.l. 76/2020 e le nuove funzioni della norma.**

Il d.l. 76/2020 introduce alcune significative novità sul testo dell’art. 10-bis, modificandone significativamente la funzione e l’impatto che la disciplina ivi contenuta ha sulla fisiologia dell’attività amministrativa, ma anche sulla relazione tra questa e il processo amministrativo. Le direttrici lungo le quali si muove la novella sono essenzialmente tre.

Una prima impone una severa accelerazione dei tempi dell’azione amministrativa nella misura in cui la comunicazione del preavviso di diniego non interrompe più i termini procedimentali, che secondo il testo previgente iniziavano nuovamente a decorrere dalla data di presentazione delle osservazioni o, in mancanza, dalla scadenza del termine per proporle, ma sospende i termini di conclusione dei procedimenti, che ricominciano a decorrere dieci giorni dopo la presentazione delle osservazioni o, in mancanza delle stesse, dalla scadenza del termine per proporle. Si tratta di una modifica che tende a superare quell’orientamento giurisprudenziale[[6]](#footnote-6) che basandosi sul dato letterale della norma aveva escluso che si trattasse di una mera sospensione. Si osservava, inoltre, che la presentazione delle osservazioni da parte del privato, potendo eccitare l’attività istruttoria per una maggior ponderatezza delle scelte da parte dell’amministrazione procedente, avrebbe necessitato di uno iato temporale congruo anche in chiave di valorizzazione del contraddittorio procedimentale. Il legislatore della novella punta, invece, sulla contrazione della tempistica procedimentale. Questa scelta, però, potrebbe condurre a risultati contraddittori, laddove, ad esempio, in forza delle osservazioni dell’istante l’amministrazione ritenga di dover svolgere un atto istruttorio incompatibile con i termini residui del procedimento.

Una seconda direttrice tende verso un’apparente semplificazione della motivazione del provvedimento finale. La novella, infatti, precisa che: “*Qualora gli istanti abbiano presentato osservazioni, del loro eventuale mancato accoglimento il responsabile del procedimento o l'autorità competente sono tenuti a dare ragione nella motivazione del provvedimento finale di diniego indicando, se ve ne sono, i soli motivi ostativi ulteriori che sono conseguenza delle osservazioni*”. Il testo previgente era il seguente: “*Dell'eventuale mancato accoglimento di tali osservazioni è data ragione nella motivazione del provvedimento finale*”. Da ciò si desume che l’art. 10 bis, incide sull’art. 3 della l. 241/1990, nel senso che i provvedimenti di diniego adottati all’esito di procedimenti ad istanza di parte vedranno una motivazione che in parte ha la sua sede in un atto endoprocedimentale: il preavviso di diniego e in parte nel provvedimento finale per “...*i soli motivi ostativi ulteriori che sono conseguenza delle osservazioni*”. In definitiva, se il privato a valle del preavviso di diniego non evidenzia ragioni ulteriori rispetto a quelle che già sono state portate all’attenzione dell’amministrazione e valutate in sede di preavviso di diniego, quest’ultima potrà limitarsi a richiamare nel provvedimento finale la motivazione ivi contenuta. In caso contrario richiamerà in premessa il contenuto del preavviso, esternando i soli motivi ulteriori frutto del dialogo con l’istante successivo all’adozione del preavviso di diniego.

Una terza e ultima direttrice impatta in modo significativo con la materia del processo amministrativo, tanto che è persino dubbia la sua collocazione in seno alla legge generale sul procedimento amministrativo. La novella, infatti, ha previsto che: “*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*.” La ratio della norma è sufficientemente scoperta, volendo il legislatore introdurre uno sbarramento alla spirale di annullamenti giurisdizionali e riedizioni del potere, che rischia di inghiottire la pretesa del privato se non al bene della vita spesse volte spirato di “morte naturale” nel corso del giudizio, quantomeno al suo soddisfacimento per equivalente. L’intento del legislatore è attuato con una previsione che scuote alle fondamenta il dialogo tra il potere amministrativo e il suo controllore giurisdizionale, e colpisce il nucleo stesso della nozione di interesse legittimo, alterandone forse la sua stessa struttura.

**3. L’annullamento del provvedimento**

Prima di affrontare il tema del contenuto della preclusione procedimentale, è bene individuare le premesse indefettibili del suo operare.

Innanzitutto, la norma è chiara nel fare riferimento all’annullamento giurisdizionale e ciò esclude che la preclusione possa operare nel caso in cui l’annullamento sia stato adottato in autotutela dall’amministrazione o in forza di una decisione su ricorso gerarchico. Nel caso di annullamento a seguito di ricorso straordinario la soluzione è meno scontata, dal momento che il dato letterale può essere in modo convinto superato in ragione della progressiva giurisdizionalizzazione che ha caratterizzato l’evoluzione della disciplina del rimedio in questione. Si pensi alla tutela cautelare, alla piena utilizzabilità del giudizio di ottemperanza, alla obbligatorietà e vincolatività del parere del Consiglio di Stato e più in generale al regime di alternatività che caratterizza lo strumento in questione e il rimedio giurisdizionale.

Allo stesso modo è escluso che la preclusione operi qualora si utilizzi un altro tipo di azione quale quella di accertamento e condanna dell’amministrazione ad adottare il provvedimento. E questo anche nel caso in cui l’amministrazione abbia adottato il preavviso di diniego, ma si sia fermata sulla soglia del provvedere definitivo.

Un’ulteriore premessa riguarda le ragioni dell’annullamento. Non ogni annullamento giurisdizionale fa scattare la preclusione, ma solo quello che abbia ad oggetto un provvedimento formato nel rispetto delle garanzie partecipative dell’istante. La norma, infatti, utilizza la locuzione: “*...annullamento in giudizio del provvedimento così adottato…*”, con riferimento al meccanismo illustrato nel periodo precedente, che prevede appunto la comunicazione del preavviso di diniego. Una lettura costituzionalmente orientata della norma induce a ritenere che non sia necessario che il destinatario del preavviso abbia dialogato in concreto con l’amministrazione, giacché dal mancato esercizio di una facoltà non potrebbe farsi discendere una diminuzione del tasso di tutela giurisdizionale. Pertanto, l’operare della preclusione non si ha nel caso di annullamento per vizi di carattere formale, quali, ad esempio, la mancata comunicazione del preavviso di diniego, che ai sensi del novellato art. 21 octies non impedisce più l’annullabilità dei provvedimenti discrezionali, oppure per difetto di competenza. L’annullamento dovrà riguardare un deficit motivazionale, istruttorio o più in generale un vizio sintomatico di eccesso di potere.

Se, dunque, deve individuarsi nell’annullamento in giudizio, il meccanismo per l’attivazione della preclusione de qua, deve concludersi che prima che intervenga l’annullamento in via giurisdizionale in primo grado l’amministrazione potrà annullare in autotutela il provvedimento, anche se medio tempore lo stesso sia stato portato all’attenzione del giudice amministrativo, nel rispetto della disciplina dettata dall’art. 21 nonies, l. 241/1990 e adottare un nuovo provvedimento, non incorrendo nella preclusione dell’art. 10-bis, l. 241/1990.

**4. I motivi ostativi già emergenti dall’istruttoria.**

La novella individua come limite alla riedizione del potere in senso contrario all’istanza del privato i motivi ostativi già emergenti dall'istruttoria. È una formula che non esclude, quindi, l’adozione di un nuovo provvedimento di diniego, ma che limita il potere in sede di riesercizio da parte dell’amministrazione, nel senso che quest’ultima non potrà opporre al privato non solo i motivi valutati come illegittimi dal giudicato di annullamento, ma anche quelli ricavabili dall’istruttoria svolta. In definitiva, il diniego potrà essere opposto sia per ragioni sopravvenute che per ragioni già esistenti al tempo del procedimento, purché quest’ultime non fossero ricavabili dall’istruttoria svolta. La preclusione, in definitiva, non copre ex se tout court i fatti costituitivi del potere.

Sotto questo profilo, però, ciò che la giurisprudenza non ha ancora chiarito è se quest’ipotesi vada intesa in senso ulteriormente restrittivo ossia se la circostanza che la tipologia di istruttoria in ragione del tipo di procedimento prevedesse una certa acquisizione istruttoria che non sia stata colpevolmente svolta dall’amministrazione possa rappresentare un caso di consumazione del potere.

Ulteriore questione riguarda la portata applicativa della norma rispetto ai procedimenti amministrativi già conclusi con un provvedimento esplicito. È dubbio, infatti, se l’amministrazione che torni ad esercitare il potere a valle dell’annullamento si contri con la preclusione in questione anche se al tempo dell’adozione del provvedimento annullato la novella non era ancora entrata in vigore. Entrambe le tesi sono sostenibili facendo riferimento al dato testuale che è neutro al riguardo. Forse può esprimersi una leggera prevalenza per la tesi negativa laddove si consideri la norma unitamente a quella che ha modificato l’art. 21-octies, escludendo il vizio in questione da quelli che possono essere sanati in giudizio. Considerato che quest’ultima disposizione secondo la giurisprudenza prevalente ha natura sostanziale.

**5. La fonte della preclusione.**

Un ulteriore profilo di problematicità si rinviene nell’individuazione della fonte della preclusione, ossia se essa debba ricercarsi nella legge ovvero nella pronuncia di annullamento. La questione che sembra meramente formale, in realtà apre altri scenari. Infatti, da un lato, la norma fa riferimento ad una pronuncia di annullamento, non necessariamente assistita dal crisma del giudicato e ciò induce a concludere che la preclusione trovi la sua fonte nell’art. 10 bis. Anche una pronuncia di primo grado, infatti, rappresenta fonte, sia pure per sua stessa natura precaria, della preclusione. Il provvedimento adottato in spregio alla detta preclusione sarà da considerarsi nullo, però, solo nel caso in cui la pronuncia di annullamento risulti passata in giudicato con la ulteriore precisazione che in questo caso il nuovo provvedimento sarà viziato da nullità ex art. 21 septies, l. 241/1990, con conseguente cognizione in capo al giudice dell’ottemperanza. Nel caso, invece, in cui il provvedimento venga adottato prima del passaggio in giudicato dovrà essere impugnato con motivi aggiunti dinanzi al giudice di legittimità di primo grado, non ricorrendo le condizioni previste dal comma 3 dell’art. 104 cpa per la proposizione di motivi aggiunti in appello. Pertanto, in caso di giudicato di annullamento il provvedimento in contrasto con la preclusione dell’art. 10 bis, sarà nullo in caso di annullamento giurisdizionale non ancora passato in giudicato il provvedimento violativo della preclusione sarà da considerarsi illegittimo.

Nel caso in cui non sia stato adottato alcun preavviso di diniego si pone il problema di capire se la preclusione opera lo stesso ovvero no. Quest’ultima interpretazione, che sembra emergere dal dato letterale e dalla collocazione sistematica della preclusione all’interno dell’art. 10 bis invece che all’interno dell’art. 3 della l. 241/1990 produce un effetto sul piano metagiuridico paradossale, che è quello di premiare l’amministrazione meno attenta al rispetto delle garanzie procedimentali del privato lasciandole mano libera in sede di riedizione del potere.

Quest’ultima questione va affrontata funditus esaminando il tema più ampio del rapporto tra giudicato e riedizione del potere, verificando la possibilità di operare una lettura sistematica che consente di armonizzare l’effettività della tutela indipendentemente dalla circostanza che l’amministrazione abbia o meno adottato il preavviso di diniego.

**6. Giudicato e riedizione del potere amministrativo alla luce dell’insegnamento dell’Adunanza Plenaria.**

La relazione tra giudicato e potere amministrativo diviene oggetto di approfondite riflessioni dottrinarie e giurisprudenziali, quando alla pronuncia definitiva del giudice amministrativo viene a riconoscersi non più soltanto un effetto caducatorio o ripristinatorio, ma conformativo. Nei primi due casi è evidente che in capo all’amministrazione non si riconosce alcun potere discrezionale, essendole imposto di non adottare lo stesso provvedimento ovvero di ripristinare lo status quo ante giuridico o materiale. Secondo l’impostazione tradizionale a valle del giudicato di annullamento l’amministrazione poteva, pertanto, rieditare il proprio potere incontrando l’unico limite di non ripetere i vizi di legittimità accertati in sede giurisdizionale. Nella traslazione dell’oggetto del giudizio amministrativo dall’atto al rapporto si è fatta strada l’idea che il giudicato amministrativo sia in grado di conformare il futuro esercizio dell’attività amministrativa. Aspetto quest’ultimo di particolare rilievo quando venga azionato un interesse legittimo pretensivo, il cui soddisfacimento passa necessariamente attraverso il riesercizio del potere discrezionale dell’amministrazione. Il limite al riesercizio del potere è sempre stato inteso come più o meno stringente a seconda del vizio rilevato in sede giurisdizionale. In particolare, si ritiene che un annullamento conseguente ad un vizio meramente formale non impedisca all’amministrazione di reiterare l’adozione di un provvedimento negativo, mentre nel caso di annullamento conseguente ad un vizio sostanziale, l’eventuale ulteriore diniego dovrebbe passare per le maglie più strette di una rigida verifica di compatibilità con la regula juris distillata in sede giurisdizionale.

Ovviamente il risultato che può aversi è quello di una spirale di annullamenti e riedizioni del potere, tali da finire per negare l’utilità del rimedio giurisdizionale inidoneo ad approntare una tutela adeguata rispetto alla pretesa sostanziale del privato.

Si è cercato di superare questa potenziale impasse seguendo diverse strade, cercando di tenere fermo, però, il principio di separazione dei poteri.

Una prima tesi ritiene che l’oggetto del processo amministrativo sia il potere dell’amministrazione, nel senso che l’amministrazione al tempo del procedimento deve necessariamente dedurre tutti i fatti costitutivi del potere. Di conseguenza con l’adozione del provvedimento si verifica una preclusione in capo all’amministrazione di modo che la mancata deduzione dei fatti a quel momento impedirebbe all’amministrazione di dedurli successivamente. Ciò determinerebbe la definitiva stabilità del rapporto e la consumazione del potere amministrativo. L’amministrazione avrebbe, quindi, una sola occasione per esercitare il suo potere (one shot). Quest’impostazione incontra oggi un argomento di segno contrario proprio nell’art. 10-bis, l. 241/1990, che prevede espressamente la possibilità che l’amministrazione nei procedimenti ad istanza di parte riprovveda sia pure con i confini sopra indicati.

Una seconda tesi prova a raggiungere il medesimo risultato, ritenendo che la regola secondo cui il giudicato copre il dedotto e il deducibile non riguarderebbe soltanto domande ed eccezioni, ma si estenderebbe all’intero arco di esercizio del potere amministrativo non nel senso che il giudice sarebbe tenuto a conoscere d’ufficio di vizi non denunciati dalle parti, ma nel senso che in giudizio si esaurirebbe il potere dell’amministrazione di negare il bene della vita, spettando all’amministrazione ivi di provare anche al di là di quanto esposto in motivazione la non spettanza della pretesa, desumendo un simile onere dall’art. 64, comma 2, c.p.a., secondo il quale: “Salvi i casi previsti dalla legge, il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti nonché i fatti non specificatamente contestati dalle parti costituite”. Questa tesi cozza, però, da un lato, frontalmente con il principio di inesauribilità del potere amministrativo e con il limite imposto dall’art. 31, comma 3, c.p.a. che prevede il g.a. possa pronunciarsi sulla fondatezza della pretesa solo in casi tassativi. Dall’altro, estende a dismisura l’onere di contestazione che deve essere misurato sulla base dei motivi introdotti dal ricorrente, che formano il thema decidendi del giudizio. Un temperamento a questa tesi è quella che individua la regola da seguire nel cd. one shot temperato o doppia chance. In definitiva, l’amministrazione all’indomani del giudicato di annullamento potrebbe determinarsi una seconda volta, ma l’eventuale ulteriore secondo annullamento in sede giurisdizionale comporterebbe il riconoscimento del bene della vita al ricorrente. Questa regola che funziona attraverso un automatismo non poggia, però, su alcuna norma di diritto positivo e di certo non è in grado di gestire le sopravvenienze.

Com’è noto le pronunce dell’Adunanza Plenaria n. 2/2013, n. 2 e 11/2016, non hanno aderito ad alcuna delle tesi sopra esposte, affermando che al di là del vincolo puntuale imposto dal giudicato, l’amministrazione può riesercitare, laddove residuino spazi, il suo potere discrezionale, ma nel farlo deve prestare particolare attenzione al rispetto dei principi di lealtà, imparzialità, correttezza, buona fede, leale collaborazione e buona andamento.

Il caso esaminato dall’Adunanza Plenaria n. 2/2013 riguarda una procedura di valutazione comparativa per la copertura di un posto di professore ordinario bandita nel 2002. La commissione di concorso, in ragione di una dialettica interna con una commissione di controllo della stessa Università che esprimeva dubbi sulle valutazioni operate dalla prima, concludeva i suoi lavori solo nel 2006, dichiarando l’idoneità di due candidati, a scapito di un terzo che impugnava il giudizio espresso nei confronti del secondo. Ne seguiva un giudizio introdotto dal terzo nei confronti del secondo che veniva deciso con sentenza definitiva del 2008 del Consiglio di Stato che confermando il primo giudice, riteneva fosse incomprensibile come la valutazione della prova pratica del secondo avesse consentito di far prevalere quest’ultimo sul terzo sotto il profilo della capacità ed esperienza didattica. A seguito di tale pronuncia la commissione si rideterminava nel 2008 confermando la propria precedente valutazione. Anche questo giudizio veniva impugnato dinanzi al TAR, che con una prima sentenza del 2008 riteneva insussistente la violazione del giudicato e con una sentenza del 2011 riteneva nuovamente illegittimo l’atto impugnato. La questione giunge all’esame dell’Adunanza Plenaria, che con la sentenza n. 2/2013, afferma alcuni importanti principi di diritto: a) la polisemicità del giudizio e dell’azione di ottemperanza sotto il cui ombrello si raccolgono azioni meramente esecutive e azioni cognitorie; b) la possibilità di proporre dinanzi al giudice dell’ottemperanza un’azione volta ad ottenere la nullità dell’atto e, contemporaneamente, un’azione volta ad ottenere la sua caducazione per l’illegittimità, spettando al giudice adito l’onere di provvedere ad una qualificazione dell’azione e alla sua eventuale conversione ex art. 32, comma 2, c.p.a.

Quanto, invece, al rapporto tra giudicato e riedizione del potere, l’Adunanza Plenaria precisa che: a) il giudicato non si estende a situazioni nuove e non contemplate in precedenza (le cd. sopravvenienze); b) il giudicato si estende anche al fatto, ossia alla sussistenza di determinati presupposti relativi alla pretesa del ricorrente la cui esistenza sia stata accertata in giudizio; c) l'amministrazione nell’eseguire la regola del giudicato deve ispirarsi alla buona fede e alla leale collaborazione.

Il giudizio che prosegue dinanzi alla VI Sezione remittente vede nuovamente vincitore il terzo classificato, evidenziando il Consiglio che: “*in sede di rinnovazione della valutazione, la Commissione nuovamente convocata (verbale dell’8 settembre 2008) non solo ha introdotto elementi di valutazione nuovi, ulteriori e distonici rispetto a quelli che già avevano costituito oggetto di statuizione in sede giudiziale, ma è giunta – per di più – a conclusioni in termini valutativi in aperto contrasto con i vincoli e limiti derivanti dalle statuizioni già assistite dal giudicato*.” Inoltre, evidenzia la Sezione il comportamento dell’Università risulta chiaramente in contrasto con il principio della buona fede nell’esecuzione del giudicato, pertanto, con sentenza definitiva del 2014 dichiara l’idoneità del candidato, assegnandoli il bene della vita, dopo dodici anni.

**6.1. Un’ultima strada viene tentata dalla sentenza della VI Sezione del Consiglio di Stato n. 1321/2019.**

La fattispecie riguarda la domanda di conseguimento dell’abilitazione scientifica nazionale per l’anno 2012. Nel febbraio 2014 la Commissione esprimeva un giudizio negativo nei confronti dell’istante, che, adito il TAR, otteneva nello stesso anno l’annullamento del provvedimento in questione. Nel 2016 giungeva il riesame del candidato che si concludeva di nuovo negativamente. Nel 2017 il TAR accoglieva per una seconda volta la domanda di annullamento da parte dell’interessato. Nel 2018 un nuovo giudizio negativo veniva impugnato dinanzi al TAR, che questa volta respingeva la domanda di annullamento, che riteneva in capo all’amministrazione residuasse un ulteriore ambito di potere discrezionale non in contrasto con i vincoli discendenti dai due precedenti giudicati di annullamento.

La pronuncia accoglie le premesse teoriche espresse dall’Adunanza Plenaria, specificando, da un lato, che l’efficacia oggettiva del giudicato amministrativo non esclude in assoluto la possibilità di riedizione sfavorevole del potere anche in assenza di sopravvenienze; dall’altro che il vincolo del giudicato, fondato su di una regola elastica, può essere oggetto di ulteriore specificazione e integrazione in sede di ottemperanza (in omaggio a quanto sancito dall’Adunanza Plenaria, n. 2/2016). In relazione alla fattispecie in esame la Sezione rileva che la regola discendente dal giudicato, non risultava particolarmente stringente, poggiando su un duplice divieto: a) non incorrere nello stesso vizio motivazionale; b) non ricollegare effetti preclusivi alla mera omessa allegazione di una monografia. Tanto premesso, il Collegio ritiene non sussistente una violazione o elusione del giudicato, ma ravvisa ugualmente la sussistenza di ulteriori vizi di legittimità per deficit motivazionali a carico del terzo giudizio negativo. Quali le conseguenze dell’ennesima pronuncia di annullamento, quando la stessa non accerti la spettanza del bene della vita sotteso all’interesse legittimo, ma si limiti ad assicurare la possibilità di suo conseguimento attraverso la specificazione delle modalità di esercizio del potere alle quali è vincolata l’amministrazione? La VI Sezione cerca di rispondere a questa domanda partendo da due premesse, da un lato, evidenzia come all’indomani dell’entrata in vigore del c.p.a., il sistema delle tutele si è spinto verso un maggiore grado di effettività; dall’altro, il sistema si è strutturato per un superamento di una tutela meramente formale delle posizioni giuridiche. A mo’ di esempio è utile evidenziare come sempre più in sede cognitoria il giudice amministrativo utilizzi per ritenere raggiunta la prova di un fatto il principio di non contestazione ex art. 64 comma 2 c.p.a. e il comportamento processuale della parte ex art. 64 comma 4 c.p.a. Inoltre, l’art. 114 c.p.a. propone un modello di esecuzione a cognizione integrata, mentre l’art. 34 introduce una modalità di cognizione ad esecuzione integrata: “e) dispone le misure idonee ad assicurare l’attuazione del giudicato e delle pronunce non sospese, compresa la nomina di un commissario ad acta, che può avvenire anche in sede di cognizione con effetto dalla scadenza di un termine assegnato per l’ottemperanza.” In definitiva l’intero giudizio amministrativo che abbia ad oggetto l’esercizio del potere discrezionale è finalizzato a soddisfare la pretesa sostanziale del privato attraverso una progressiva riduzione degli spazi di discrezionalità dell’amministrazione nel rispetto del principio di separazione dei poteri. Infatti, ai sensi dell’art. 31, comma 3, c.p.a.: “*Il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall’amministrazione.*” E ai sensi dell’art. 34, comma 2, c.p.a: “*In nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati*”. Tanto premesso, quindi, la riduzione della discrezionalità amministrativa può essere il frutto: a) dell’autovincolo da parte dell’amministrazione; b) dei meccanismi giudiziari che in via di progressiva approssimazione ne riducono l’ambito; c) ed è qui la novità della pronuncia, dall’insanabilità del rapporto di fiducia tra cittadino e amministrazione che deriva da un atteggiamento capzioso, equivoco, contraddittorio e in quanto tale lesivo del principio di buona fede che deve ispirarne i rapporti. In quest’ultima ipotesi la discrezionalità amministrativa viene a svuotarsi del tutto. Pertanto, la Sezione adotta una pronuncia che in sede di cognizione riconosce ai sensi dell’art. 34, comma 1, lett. e), c.p.a. l’abilitazione negata illegittimamente per tre volte dall’amministrazione.

**7. Riedizione del potere e interessi legittimi oppositivi all’accoglimento dell’istanza del terzo.**

Un altro aspetto di non agevole inquadramento all’indomani delle novità introdotte nell’art. 10 bis, l. 241/1990, concerne la posizione dei titolari di interessi legittimi oppositivi all’accoglimento dell’istanza del terzo. In particolare, se e come opera la preclusione nei loro confronti all’indomani dell’annullamento in sede giurisdizionale del diniego e del riesercizio sempre negativo del potere nuovamente contestato in sede giurisdizionale. L’amministrazione, com’è stato chiarito, infatti, incontra una chiara preclusione nel non potere addurre motivi già desumibili dall’istruttoria svolta, ma lo stesso limite può essere opposto al titolare di un interesse legittimo oppositivo all’accoglimento dell’istanza del terzo? La questione sembra davvero di non facile soluzione. In prima approssimazione sembra doveroso distinguere l’ipotesi in cui il controinteressato sostanziale abbia o meno partecipato al primo giudizio. In questo caso sembra più semplice affermare che la preclusione operi tout court in quanto a ben vedere la stessa discende dal giudicato stesso. Nel caso, invece, in cui questi non abbia partecipato al primo giudizio si confrontano le due distinte esigenze di salvaguardare la posizione dell’istante che non può vedersi opporre motivi desumibili dall’istruttoria e quella del controinteressato a difendersi in sede giurisdizionale che quei motivi potrebbe esporre in seno alle proprie difese giurisdizionali. Questa contrapposizione è un chiaro segnale della necessità di rimeditare a tutto tondo il significato delle posizioni giuridiche dei privati che si confrontano dinanzi al potere amministrativo, risultando ancora una volta confermata l’idea che al mutare di quest’ultimo non possano non mutare anche le prime e le relazioni sostanziali e processuali che le correlano.

**8. La preclusione temporale alla riedizione del potere gli interessi legittimi oppositivi puri: la sentenza n. 584/2021 del Consiglio di Stato.**

Fino a qui abbiamo cercato di indagare i limiti alla riedizione del potere, assumendo che lo stesso debba essere esercitato per soddisfare la pretesa del privato ovvero che lo stesso se contrasta con l’interesse del terzo sia stato comunque esercitato tempestivamente. Sappiamo, però, che limiti all’esercizio del potere sono presenti nell’ordinamento in relazione all’esercizio del potere che comprime la posizione giuridica dell’interessato. È chiaro che quando la legge indica espressamente che il potere deve essere esercitato necessariamente entro un dato termine, il mero superamento di quest’ultimo comporta l’annullamento dell’atto e la tutela dell’interesse del privato. Emblematica sotto questo profilo è la disposizione dell’art. 21 nonies, l. 241/1990, in relazione all’annullamento in autotutela che fissa il termine perentorio di 12 mesi. Ma cosa accade nel caso in cui non vi sia una regola chiara che stabilisce la perentorietà del termine? Alla domanda offre una risposta la sentenza n. 584/2021 della VI Sezione del Consiglio di Stato, con particolare riferimento all’esercizio del potere sanzionatorio. La controversia riguardava l’irrogazione di una sanzione pecuniaria da parte dell’Autorità di regolazione per energia, reti e ambiente, all’epoca della sanzione Autorità l’energia elettrica il gas e il sistema idrico. Nel caso in esame la disciplina contenuta nell’art. 45 comma 5 d.lgs. 93/2011 e dal regolamento dell’Autorità prevedeva una tempistica così scanzionata: a) 180 giorni per la notifica degli estremi della violazione agli interessati; b) ulteriori 180 per il completamento dell’istruttoria; c) ulteriori 90 giorni per l’adozione del provvedimento sanzionatorio. La durata del procedimento b) e c) era dunque pari a 270 giorni, mentre la durata dello stesso in concreto era risultata di 1400 giorni. In assenza di una norma che qualifichi il termine di conclusione del procedimento, il Collegio svolge le seguenti riflessioni. La questione in generale è se la potestà sanzionatoria in tale materia sia sottoposta a decadenza o soltanto a prescrizione, essendo notoriamente diverso il fatto giuridico “tempo” nei due istituti.

Nella prescrizione il tempo è durata; l’inerzia che dura nel tempo funge da fatto tendenzialmente estintivo del diritto (rectius, sorge nella controparte il diritto potestativo di eccepirla). Nella decadenza, per una ragione anche di interesse pubblico superiore, il tempo è distanza: il potere va esercitato a non eccessiva distanza dai fatti che ne costituiscono il fondamento (per esempio, nei procedimenti disciplinari).

Secondo l’impostazione tradizionale la regola generale in mancanza di espressa previsione contraria è contenuta nell’art. 2, l. 241/1990, che fissa il termine di trenta giorni per la conclusione del procedimento con un provvedimento espresso, affermando che l’inutile spirare dello stesso non comporta decadenza dall’esercizio del potere, ma connota in termini di illegittimità il comportamento dell’amministrazione.

La premessa erronea su cui tale tesi si fonda è il ritenere che il tempo dell’azione amministrativa sia uniforme rispetto a tutti i sistemi di relazione tra amministrazione e amministrato.

Questa conclusione non merita di essere condivisa, atteso che il tempo dell’agire amministrativo nel suo valore intrinseco va declinato non in termini assoluti ma in termini relativi, mentre deve essere declinato in termini assoluti solo quando si rifletta sul suo valore estrinseco, ossia sulla sua rilevanza effettuale.

Il tempo dell’azione amministrativa, infatti, rappresenta una parentesi all’interno della quale la potestà amministrativa spiega efficacia attrattiva sulla sfera giuridica dell’amministrato.

La relazione che può generarsi è chiaramente poliforme e dipende dalla trama normativa di riferimento, nonché dagli interessi sostanziali in gioco.

Pertanto, sia la potestà amministrativa che la posizione giuridica soggettiva dell’amministrato possono comporsi in modo differente.

Ciò ha condotto a elencare all’interno della stessa nozione di interesse legittimo, distinte classificazioni, così enucleate: a) interessi legittimi oppositivi (in senso stretto), spettanti ai diretti destinatari di un potere ablatorio; b) interessi legittimi pretensivi (in senso stretto), spettanti ai diretti destinatari di un potere ampliativo; c) interessi legittimi rivali, in capo ai partecipanti ad una procedura selettiva di natura concorsuale o competitiva; d) interessi legittimi ostili, configurabili in capo a coloro che sono terzi rispetto all'esercizio (pregiudizievole nei loro confronti) di un potere ampliativo; e) interessi legittimi alla legalità, da riconoscere in capo ai terzi pregiudicati dall'esercizio di un potere ad efficacia plurisoggettiva (o, se si preferisce, plurioffensiva); f) interessi legittimi dipendenti, intestati in capo a chi si trova in un rapporto di « dipendenza » con il titolare di uno dei precedenti tipi di interessi legittimi.

La esemplificazione di una pluralità di figure di interesse legittimo evidenzia la presenza di un diverso atteggiarsi della potestà pubblica, che a sua volta impone la presenza di regole sostanziali differenti nel delineare facoltà e obblighi dell’amministrazione e dell’amministrato.

Accettando questa visione, risulta insostenibile affermare il carattere assoluto nel suo valore intrinseco del tempo dell’agire amministrativo. Pertanto, la previsione di un tempo procedimentale, la cui determinazione è rimessa all’amministrazione in ragione del singolo caso concreto, è difficile ritenere non debba garantire che il tempo dell’accertamento della violazione sia ravvicinato rispetto a quello della sua punizione.

A quanto appena sopra osservato, deve aggiungersi che il processo sanzionatorio (quasi penale) è di per sé una pena, e per cittadini e imprese i tempi moderni esigono certezze dei rapporti giuridici, per ulteriori plurime ragioni: a) la possibilità dell’amministrazione di provare la sussistenza della violazione si deteriora con il decorso del tempo; b) la possibilità per l’amministrato di offrire la prova contraria soffre la stessa sorte; c) l’effetto dissuasivo di prevenzione speciale è assicurato dall’esistenza di un lasso temporale ristretto tra contestazione della violazione e adozione del provvedimento sanzionatorio; d) lo stesso dicasi per l’effetto dissuasivo di prevenzione generale; e) in generale, il tempo ha la sua rilevanza come fatto giuridico e, in materia sanzionatoria, alla lunga, esso cancella ogni cosa.

Il tempo dell’agire dell’amministrazione per la sua valenza estrinseca ha carattere assoluto, come il tempo dell’agire umano, sottratto alle leggi della fisica quantistica, e scorre in una sola direzione.

Il processo amministrativo da sempre utilizza delle finzioni giuridiche per contrastare questa verità. Così la pronuncia costitutiva di annullamento del provvedimento compressivo della sfera giuridica del privato comporta, attraverso una qualificazione giuridica negativa, la rimozione ex tunc degli effetti del provvedimento stesso.

Ma una simile fictio non può spingersi sino al punto da restituire all’amministrato il tempo trascorso del procedimento, ossia “quel tempo” sprecato dall’amministrazione. Come l’annullamento del provvedimento di diniego può assegnare all’amministrato un “altro tempo” utile per vedere soddisfatto il suo interesse, così l’annullamento di un provvedimento sanzionatorio non può riportare indietro le lancette dell’orologio, restituendo all’amministrato “quel tempo” male utilizzato dall’amministrazione. In definitiva, il tempo dell’amministrazione è nel suo valore intrinseco relativo e nel suo valore estrinseco assoluto.

Del resto anche in relazione ai mezzi di tutela giurisdizionale a valle del decorso del termine del procedimento, è piuttosto dubbio che l’esercizio dell’azione ai sensi dell’art. 31 c.p.a. sia sorretto da un valido interesse del ricorrente.

Nel procedimento sanzionatorio l’interesse dell’amministrato è quello di non essere sanzionato, ovvero è quello che il procedimento si concluda tempestivamente con un provvedimento a lui favorevole.

Pertanto, il predicare che il soggetto sottoposto a procedimento sanzionatorio abbia interesse a veder concluso il procedimento in qualsivoglia modo una volta sia decorso il termine ultimo per provvedere, sembra evocare una nozione di interesse legittimo inteso come interesse alla legittimità formale dell’azione amministrativa rispetto alla quale l’interesse del privato è solo occasionalmente protetto.

Al contrario, una visione contemporanea della nozione di interesse legittimo aprirebbe al più la strada ad un’azione atipica di accertamento dell’inutile decorso del termine per adottare il provvedimento sanzionatorio con ciò che ne consegue, ad esempio, in termini di venir meno delle misure cautelari medio tempore adottate dall’amministrazione procedente e di azione risarcitoria spiegata per i danni derivati dalla sottoposizione a procedimento per il rischio di subire un provvedimento sanzionatorio (si pensi al danno reputazionale societario).

**9. Il potere amministrativo e il gatto di Schrödinger.**

Il gatto di Schrödinger è un esperimento mentale che consiste nell’evidenziare le difficoltà che incontra la meccanica quantistica nel descrivere il mondo macroscopico, proponendo un’incoerenza dell’interpretazione di Copenaghen di Heisenberg e Bhor. Secondo la fisica classica la probabilità è un modo di integrare un deficit cognitorio dei dati iniziali, secondo la fisica quantistica la probabilità è il risultato. Volendo esemplificare secondo la fisica classica se devo calcolare dove cadrà un asteroide posso farlo con esattezza se ho tutti i dati, e se voglio ottenere un risultato certo posso integrare una mancanza di dati affermando che è probabile che la temperatura del corpo celeste all’impatto con l’atmosfera subisca una certa variazione. Secondo la meccanica quantistica pur conoscendo tutti i dati il risultato relativo alla posizione di un elettrone sarà sempre un dato probabilistico anche conoscendo tutti i dati necessari secondo una funzione d’onda. Solo l’atto della misurazione causa il collasso della funzione d’onda e obbliga l’oggetto della misurazione ad assumere un valore. Quindi, prima che venga misurato se un sistema può trovarsi in due stati distinti, può trovarsi anche in una qualsiasi loro combinazione lineare; se però si esegue un'osservazione del sistema, questo viene indotto ad assumere uno stato determinato. Torniamo al gatto. Schrödinger propone il seguente esperimento, se racchiudiamo all’interno di una scatola un gatto e una minuscola porzione di sostanza radioattiva, che potrebbe in un’ora rilasciare o non rilasciare un atomo che azionando un meccanismo comporti il rilascio di una sostanza mortale, dovremmo ammettere che nella scatola il gatto è allo stesso tempo vivo e morto.

Forse questo esperimento è quello che meglio riesce a descrivere la situazione in cui si trova il giudice amministrativo rispetto all’esercizio del potere discrezionale, perché prima della sua misurazione la pretesa del privato vive una combinazione di stati: soddisfatta e non soddisfatta e la risposta del giudice amministrativo non potrà che essere espressa in termini di probabilità. Allo stesso tempo dobbiamo accettare l’idea che la misurazione del potere comporta un collasso della sua funzione d’onda. Quindi, la definitiva misurazione del potere determina la spettanza del bene della vita. Il giudice amministrativo cerca di farlo, continuando a riflettere sul potere amministrativo nel rispetto del principio di separazione dei poteri con una duplice consapevolezza: a) il principio di separazione dei poteri è strumento e non limite invalicabile all’attuazione dei valori costituzionali; b) gli istituti processuali di cui dispone sempre più affinati frutto della riflessione giurisprudenziale e dottrinale hanno infranto il tabù secondo il quale giudicare l’amministrazione è ancora amministrare.

Luigi Tarantino

Consigliere di Stato

Pubblicato il 20 giugno 2022

1. Cons. St., Sez. V, 12 luglio 2021, n. 5266; Cons. St., Sez. VI, 10 febbraio 2020, n. 1001; Tar Calabria - Catanzaro, sez. I, 2 ottobre 2009, n. 1013; Tar Campania - Napoli, sez. III, 30 aprile 2009, n. 2246; conf. Trib. sup. acque, 7 novembre 2008, n. 174. [↑](#footnote-ref-1)
2. Tar Veneto, Sez. II, 31 marzo 2021, n. 416. [↑](#footnote-ref-2)
3. Cons. St., sez. VI, 3 dicembre 2009, n. 7576. [↑](#footnote-ref-3)
4. Tar Lombardia - Milano, sez. III, 6 ottobre 2008, n. 4718. [↑](#footnote-ref-4)
5. Cons. St., Sez. III, 21 giugno 2021, n. 4751. [↑](#footnote-ref-5)
6. Da ultimo, TAR Veneto, Sez. II, 21 gennaio 2021, n. 96. [↑](#footnote-ref-6)