Contributi di Diritto amministrativo

6

Studi e Monografie

Contributi di Diritto amministrativo

Collana diretta da

Franco Gaetano Scoca, Guido Corso

Marina D'Orsogna, Loredana Giani, Maria Immordino, Aristide Police,
Maria Alessandra Sandulli, Mario Spasiano

Michele Trimarchi

L'INESAURIBILITÀ DEL POTERE AMMINISTRATIVO

PROFILI CRITICI

Editoriale Scientifica
Napoli

I volumi pubblicati nella presente collana sono stati oggetto di procedura di doppio referaggio cieco (*double blind peer review*).

Proprietà letteraria riservata

© Copyright marzo 2018 Editoriale Scientifica s.r.l.
via San Biagio dei Librai, 39 - 80138 Napoli
www.editorialescientifica.com info@editorialescientifica.com
ISBN 978-88-9391-294-5

In ricordo del professor Antonio Romano Tassone

INDICE

Introduzione 9

Capitolo I

L'INESAURIBILITÀ DEL POTERE AMMINISTRATIVO COME FENOMENO GIURIDICO

1. Inesauribilità del potere e riesame della decisione 11
2. Inesauribilità e riedizione del potere dopo la sentenza di annullamento 28
3. Inesauribilità del potere e suo esercizio in ogni tempo 58
4. Osservazioni di sintesi 69

Capitolo II

DOTTRINE CRITICHE RISPETTO ALL'INESAURIBILITÀ DEL POTERE AMMINISTRATIVO

Premessa 73

Sezione I. *Inesauribilità del potere e atti di riesame* 74

1. L'inquadramento degli atti di riesame nell'autotutela decisoria. Inidoneità a smentire l'inesauribilità del potere 74
2. La tesi della tipicità degli atti di riesame. Inidoneità a smentire l'inesauribilità del potere 76
3. Osservazioni di sintesi 79

Sezione II. *Inesauribilità del potere e riedizione dello stesso dopo l'annullamento* 80

1. Annullamento e accertamento costitutivo del rapporto 80
2. (*segue*) Discussione della tesi 84
3. (*segue*) Inidoneità dell'annullamento a definire il rapporto 94
4. Annullamento, giudizio di ottemperanza e definizione del rapporto 100
5. (*segue*) Discussione della tesi 103
6. (*segue*) Inidoneità del giudizio di ottemperanza a definire un rapporto non definito in sede di cognizione 110
7. Annullamento, condanna ad adempiere e definizione del rapporto 113
8. (*segue*) Discussione della tesi 119

9. (*segue*) Inidoneità della condanna a definire il rapporto in presenza di poteri discrezionali 123
10. Osservazioni di sintesi 124

Sezione III. *Inesauribilità del potere e inerzia* 125

1. La distinzione tra termine di adempimento dell'obbligo di rispondere e termine di esercizio del potere 125
2. (*segue*). Discussione della tesi 128
3. Conclusioni sulle dottrine critiche nei riguardi dell'inesauribilità del potere 131

Capitolo III

IL DOGMA DELL'INESAURIBILITÀ DEL POTERE AMMINISTRATIVO: PREMESSE TEORICHE E METODOLOGICHE

1. Il fondamento concettuale dell'inesauribilità del potere 133
1.1. L'inesauribilità del potere nel pensiero di Santi Romano 133
1.2. L'inesauribilità del potere nel pensiero di Cannada Bartoli 137
2. (*segue*) Rilievi critici 139
3. Sul concetto di potere amministrativo 145
4. (*segue*) Il potere come concetto definitorio della soggettività. Potere giuridico e capacità d'agire 149
5. (*segue*) Il potere nella dinamica giuridica concreta. Potere giuridico e schema di validità degli atti 154
6. (*segue*) L'eventuale inesauribilità del potere come problema di diritto positivo. Metodo dell'indagine 162
7. Impossibilità di desumere l'inesauribilità del potere dalla sua presunta necessità 166
8. Impossibilità di fondare l'inesauribilità del potere sui principi costituzionali 170

Capitolo IV

PROFILI RICOSTRUTTIVI. VERSO IL SUPERAMENTO DELL'INESAURIBILITÀ DEL POTERE AMMINISTRATIVO

Premessa 177

Sezione I. *Inesauribilità del potere e atti di riesame* 178

1. Impostazione del problema 178

2. (*segue*) Il criterio di individuazione del potere 179
3. Autonomia dei poteri di secondo grado: profili generali 181
4. (*segue*) Soggezione degli atti di riesame a limiti incompatibili con l'inesauribilità del potere 187
5. Estraneità del recesso dagli accordi alla logica dell'inesauribilità del potere 200
6. Estraneità degli atti di riesame alla logica dell'inesauribilità del potere 205

SEZIONE II. *Inesauribilità del potere e riedizione dello stesso dopo l'annullamento* 206

1. Impostazione del problema 206
2. (*segue*) Verso una preclusione di diritto sostanziale 209
3. L'onere di acclarare nel procedimento tutti i fatti costitutivi del potere a pena di preclusione 219
4. (*segue*) Osservazioni critiche 224
5. Motivazione del provvedimento ed esaurimento del potere 229
6. (*segue*) Temperamenti all'esaurimento del potere 242
7. (*segue*) Rimedi all'esercizio di un potere esaurito e giurisdizione 246
8. (*segue*) Esaurimento del potere e tutela giurisdizionale degli interessi legittimi pretensivi e oppositivi 247

SEZIONE III. *Inesauribilità del potere e inerzia amministrativa* 256

1. Impostazione del problema 256
2. Inadeguatezza della distinzione tra termini ordinatori e termini perentori 264
3. La riconduzione del termine al paradigma di validità formale del provvedimento amministrativo. L'invalidità dell'atto tardivo 270
4. (*segue*) Discussione critica di alcune possibili obiezioni 272
5. Termine di conclusione del procedimento e termine attinente al potere 277
6. (*segue*) Il criterio distintivo tra il termine di conclusione del procedimento e il termine attinente al potere 280
7. Silenzio significativo ed esaurimento del potere 283
8. L'esaurimento del potere attraverso l'inerzia. Riflessi sulla tutela giurisdizionale 290

CONCLUSIONI 301

INDICE DEGLI AUTORI 311

INTRODUZIONE

La dottrina e la giurisprudenza contemporanee si appellano con frequenza al carattere dell'inesauribilità del potere amministrativo. Esso costituisce il presupposto, spesso dichiarato ma talora implicito, di soluzioni interpretative comunemente accolte in relazione a profili cruciali dell'azione amministrativa, del rapporto giuridico tra amministrazione e privati, della tutela giurisdizionale nei riguardi degli atti amministrativi.

L'inesauribilità del potere, pertanto, non è, o non è soltanto, una metafora della persistenza dell'amministrazione nello Stato contemporaneo; è anche una categoria del pensiero giuridico gravida di implicazioni sul terreno del diritto positivo. Se uno studio critico sull'inesauribilità del potere merita oggi di essere avviato del giurista, ciò è proprio per l'influenza che essa esercita sulla disciplina dell'azione amministrativa e sui rapporti tra amministrazione e privati.

Così genericamente individuata la ragione d'interesse per il tema, è più agevole dar conto della struttura, forse inusuale, dello studio che si introduce. Quando si affronta un concetto tradizionale, è consueto e metodologicamente ineccepibile concentrarsi dapprima sulla costruzione teorica che vi si pone a fondamento; spostando l'attenzione solo in un secondo tempo sulle implicazioni della stessa. Qui si è scelto di procedere con un ordine diverso: in primo luogo, si sono individuati gli istituti sui quali l'inesauribilità del potere esercita la propria influenza, dando risalto alle interpretazioni del diritto positivo su di essa fondate; in secondo luogo, l'attenzione è stata dedicata alle interpretazioni di quegli stessi istituti che smentiscono l'inesauribilità del potere o che comunque appaiono con essa incompatibili; solo in un terzo momento sono stati indagati i presupposti concettuali dell'inesauribilità del potere per poi sottoporli a critica e avviare la parte ricostruttiva.

Siffatta struttura dell'indagine risponde all'esigenza di fornire, sin dall'avvio dello studio, una possibile schematizzazione degli ambiti di rilevanza dell'inesauribilità del potere: questa è parsa, in considerazione della mancanza di ricerche a ciò dedicate, una operazione preliminare per inoltrarsi nella discussione critica del dogma con passo meno incerto e con un atteggiamento prudente rispetto alle sirene della pura astrazione. Ed è parsa necessaria pure per prospettare tesi aderenti ai problemi, non dedotte assiomaticamente da una presa di posizione teorica sulla (presunta) inesauribilità del potere.

La scelta di condurre lo studio con occhio sempre attento agli ambiti nei quali l'inesauribilità del potere trova esplicazione ha inevitabilmente porta-

to l'indagine a prendere in considerazione istituti e problemi del diritto amministrativo sostanziale e processuale tra loro affatto autonomi, tuttavia accomunati proprio dall'influenza che l'inesauribilità del potere su di essi esercita: gli atti di secondo grado, il termine per l'adozione del provvedimento, la riedizione del potere dopo il giudizio.

Nessuno di tali istituti o problemi trova in questo studio una trattazione esaustiva, né si vuol fare di tutta l'erba un fascio; essi vengono in rilievo, sia sotto il profilo critico sia sotto il profilo ricostruttivo, esclusivamente per le connessioni con l'inesauribilità del potere amministrativo. D'altra parte, se l'inesauribilità del potere si manifesta in ciascuno di questi istituti, si rischierebbe di pervenire ad esiti ricostruttivi poco controllati qualora si affrontasse il tema con riguardo ad uno soltanto di essi, senza darsi carico di come le soluzioni raggiunte si riflettono sugli altri.

Non è il caso di spendere parole sul metodo, di cui si è provato a fare applicazione. Ad un'istanza di metodo ci si vuol solo appellare a giustificazione dell'approccio critico impiegato nello studio di un concetto tradizionale: approccio che non è ispirato da un sedicente nuovismo o da una velleitaria istanza di rinnovamento, ma dalla convinzione, questa appunto di metodo, che sono i concetti (almeno quelli della dogmatica, altro può valere per la teoria generale) a dover rispecchiare l'interpretazione sistematica del diritto positivo, non l'interpretazione a dover essere influenzata o determinata da concetti presupposti o assunti acriticamente come postulati.

Capitolo I

L'INESAURIBILITÀ DEL POTERE AMMINISTRATIVO COME FENOMENO GIURIDICO

Sommario: 1. Inesauribilità del potere e riesame della decisione. – 2. Inesauribilità e riedizione del potere dopo la sentenza di annullamento. – 3. Inesauribilità del potere e suo esercizio in ogni tempo. – 4. Osservazioni di sintesi.

1. *Inesauribilità del potere e riesame della decisone*

A) Gli ordinamenti giuridici contemporanei consentono all'amministrazione di riesaminare e ritirare unilateralmente i propri provvedimenti; in taluni di essi esiste una disciplina positiva generale degli atti di riesame (Germania, Italia), mentre in altri la disciplina è di matrice prevalentemente giurisprudenziale (Francia, Gran Bretagna, Stati Uniti)[1]. Il diritto dell'Unione europea ammette il riesame anche nel contesto di discipline dichiaratamente orientate a ridurre il peso dello Stato sulle attività economiche[2], rispetto alle quali l'instabilità della decisione rappresenta un costo[3].

[1] D. De Pretis - F. Cortese, *Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo: percorsi di diritto comparato*, in G. Falcon (a cura di), *Forme e strumenti della tutela nei confronti dei provvedimenti amministrativi nel diritto italiano, comunitario e comparato*, Padova, 2010, 356.

[2] Si fa riferimento alla direttiva 2006/123/CE del 12 dicembre 2006 (c.d. direttiva Bolkenstein, relativa ai servizi del mercato interno – d'ora in avanti anche "direttiva servizi") che lascia "impregiudicata la facoltà degli Stati membri di revocare successivamente le autorizzazioni, quando non sussistono più le condizioni per il loro rilascio" (Considerando 55), limitandosi a richiedere che il ritiro dell'autorizzazione sia (al pari del diniego) motivato e impugnabile (art. 9 par. 6). L'art. 19 comma 3, d.lgs. 26 marzo 2010, n. 59 di recepimento della direttiva servizi prevede che "Restano salvi i casi in cui la decadenza dall'autorizzazione, la sospensione o la revoca conseguono al venir meno delle condizioni cui è subordinato il suo ottenimento". Sui mutamenti del regime autorizzatorio per effetto del diritto europeo v. M. Clarich, *Autorizzazioni e concessioni: presidi dell'interesse pubblico o barriere all'accesso al mercato?*, in *Dir. econ.*, 2015, 13 ss. che considera la direttiva servizi come il momento cruciale del processo di abbattimento delle barriere all'entrata dei mercati.

[3] Sull'importanza della stabilità delle istituzioni e delle regole giuridiche per lo sviluppo economico capitalistico esiste una copiosa letteratura sociologica, politologica, economica e giuridica. A titolo esemplificativo, M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 1922, trad. it., *Economia e società*, vol. III, Sociologia del diritto, Milano, 1980, 189; D.C. North, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge, 1990, trad. it. *Istituzioni, cambiamento istituzionale, evoluzione dell'economia*, Bologna, 1994, 24 ss., 97 s.; S. Baumann, *Liquid Life*, Cambridge Polity Press, 2005; trad. it. *Vita liquida*, Roma-Bari, 2008, 29; N. Irti, *Capitalismo e calcolabilità giuridica (letture e riflessioni)*, in *Riv. soc.*, 2015, 801 ss.; Id., *Un diritto incal-*

La ritirabilità, quanto meno in presenza di fatti sopravvenuti, costituisce un elemento qualificante del regime del provvedimento e si giustifica in ragione del carattere pubblico dell'interesse curato dall'amministrazione, il quale prevale sugli interessi connessi alla stabilità del provvedimento[4]: sicché

colabile, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 11 ss.; G. Corso, *Relazione conclusiva*, in AA.VV., *Annuario AIPDA 2014. L'incertezza delle regole*, Napoli, 2015.

[4] All'opposto, il disimpegno dal contratto (salvo che la facoltà di recesso sia stata pattuita ovvero sia riconosciuto il diritto di pentimento al contraente debole) è vietato perché il valore della stabilità degli scambi è ritenuto preminente rispetto all'interesse singolare della parte che abbia perso convenienza nell'affare: cfr. G. Napolitano, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, 2014, 149 s.

Ulteriore ragione di instabilità del provvedimento amministrativo, accanto alla ritirabilità, è l'ampio spettro dei soggetti legittimati all'impugnazione. Proseguendo il paragone con il contratto, è facile rilevare che, mentre le impugnative negoziali possono essere proposte soltanto dalle parti, salvo deroghe al principio della relatività degli effetti, il provvedimento amministrativo ampliativo è impugnabile anche dai terzi che si ritengono lesi dalla scelta dell'amministrazione: cfr. F. Trimarchi Banfi, *Il terzo nel diritto amministrativo: a proposito di semplificazioni*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 25 ss. La tematica di recente è stata oggetto di una profonda rilettura da parte di G. Mannucci, *La tutela dei terzi nel diritto amministrativo. Dalla legalità ai diritti*, Santarcangelo di Romagna, 2016, 6 ss., *passim*.

Per quanto si è detto la scelta di istituire un regime amministrativo al fine di regolare rapporti che in astratto potrebbero essere governati dal diritto privato (si pensi all'area dei contratti pubblici, e più in generale alle funzioni dello Stato "dispensatore di beni", secondo la formula di G. Corso, *Lo stato come dispensatore di beni: criteri di distribuzione, tecniche giuridiche ed effetti*, in *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, II, Milano, 1990, 177 ss.) implica un parziale sacrificio del valore della certezza, a vantaggio non solo della tutela dell'interesse pubblico ma anche delle garanzie dei terzi.

Esemplare a questo riguardo è la vicenda degli atti concessori, una categoria di atti amministrativi sorta dalla riqualificazione in termini pubblicistici di atti di diritto privato ad opera della dottrina e della giurisprudenza a cavallo del diciannovesimo e ventesimo secolo (la qualificazione delle concessioni come atti d'imperio unilaterali è dovuta notoriamente a O. Ranelletti, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative. Parte I: Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, 1894, IV, 62 s. Cfr. la ricostruzione critica della vicenda offerta da M. D'Alberti, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1981, 49 ss., 315 ss., il quale sostiene la natura prevalentemente contrattuale della concessione; A. Moliterni, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, Napoli, 2016, 37, 39; A. Moliterni, *Il regime giuridico delle concessioni di pubblico servizio tra specialità e diritto comune*, in *Dir. amm.*, 2012, 567 ss. La costruzione della concessione come atto unilaterale è condivisa, con diversi argomenti, da A. Romano, *Profili della concessione di pubblici servizi*, in *Dir. amm.*, 1994, 459 s.; R. Cavallo Perin, *La struttura della concessione di servizio pubblico locale*, Torino, 1998; 82; F. Fracchia, *Concessione amministrativa, Enc. dir.*, Ann. I, Milano, 2007, 250 ss. Per il profilo storico cfr. B. Sordi, *Pubblica amministrazione, negozio, contratto*, in *Dir. amm.*, 1995, 483 ss.).

La "pubblicizzazione" si risolve in una riduzione della stabilità del rapporto perché consente all'amministrazione di disimpegnarsi in modo più agevole di quanto potrebbe fare secondo il diritto privato (ad esempio, di giustificare la revoca di una concessione nei

"la stabilità è travolta dalla libertà, dalla mutevolezza delle circostanze e delle forme in cui il potere amministrativo è chiamato ad apprezzare e a valutare un interesse pubblico che si rinnova continuamente nella sua attualità"[5].

Orbene, il meccanismo giuridico che determina la mutabilità o la retrattabilità degli atti viene autorevolmente descritto in questi termini: "c'è un potere potenzialmente inesauribile, che sopravvive all'atto che ne costitui-

termini in cui giustifica la revoca di una espropriazione), e ai terzi di rivolgersi al giudice per contestare la scelta distributiva dell'amministrazione. Sotto entrambi i profili, dunque, la costruzione dell'atto ampliativo come atto amministrativo unilaterale è, essa stessa, un elemento contrario alla stabilità dei rapporti, stabilità che viene ridotta vuoi a tutela degli interessi del terzo vuoi a tutela dell'interesse dell'amministrazione.

Mette in rilievo il profilo garantistico del regime di diritto pubblico M. Mazzamuto, *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Napoli, 2008, 185, il quale annovera tra i principi costitutivi del regime pubblicistico quello dell'ampiezza degli interessi che possono accedere alla tutela costitutiva, richiamando la posizione di V.E. Orlando, *La giustizia amministrativa*, in Id. (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, III, Milano, 1901, 874), secondo cui nel diritto privato "ogni lesione di un diritto subbiettivo importa necessariamente violazione di una norma obbiettiva" e, reciprocamente, "ogni violazione di norme obiettive importa necessariamente la lesione di un diritto subbiettivo individuale", mentre invece "nel diritto pubblico, è vera la prima proposizione, non così la seconda". Al riguardo osserva M. Mazzamuto, *op. loc. cit*., che, "se ci si affranca dal riferimento alle posizioni soggettive, condizionato, come si è visto, dalle finzioni del riparto, ciò significa semplicemente questo: che l'area degli interessi protetti dal diritto privato è più ristretta di quella degli interessi protetti dal diritto pubblico". Di contro G. Mannucci, *La tutela dei terzi nel diritto amministrativo*, cit., 6 ss., ritiene che l'ampiezza della legittimazione ad agire in diritto amministrativo sia dovuta al fatto che il terzo viene tutelato non direttamente ma nella veste titolare di una frazione indifferenziata dell'interesse pubblico, in contraddizione con l'impostazione soggettiva del sistema giurisdizionale; da qui la necessità di individuare più sicuri criteri volti a discernere il terzo, meritevole di tutela diretta, dal chiunque, portatore di interessi semplici non azionabili.

A parere di chi scrive occorre considerare che la fattispecie legale dei provvedimenti ampliativi stabilisce presupposti e limiti in presenza dei quali l'atto può essere adottato: solo in presenza di quelle condizioni, e nel rispetto di quei limiti, l'ordinamento ammette che l'amministrazione possa favorire un soggetto rispetto a un altro attribuendogli una utilità che, anche solo astrattamente, è oggetto di contesa tra i privati. Se quelle condizioni non ricorrono, il terzo può impugnare l'atto lamentando di essere stato sfavorito in violazione del diritto. Diverso è nel diritto privato, dove ciascuno (anche l'amministrazione) sposta la ricchezza nei termini in cui desidera, favorendo chi si vuole senza dover rendere giustificazione e senza che terzi abbiano diritto a dolersene. In altre parole, nel diritto amministrativo le pretese dei terzi trovano fondamento nella disciplina sostanziale del potere; disciplina che nel diritto privato non esiste, se non in termini molto più scarni, e quindi di regola neppure esistono posizioni giuridiche dei terzi. Per alcuni spunti in questo senso v. G. Pericu, *Le sovvenzioni come strumento di azione ammnistrativa*, parte seconda, Milano, 1971, 265.

[5] B. Sordi, *Il tempo e lo spazio dell'attività amministrativa nella prospettiva storica*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 32, Milano, 2003, 362.

sce esercizio; c'è un atto che ne costituisce esercizio; c'è un ulteriore atto di esercizio di esso, che può spiegarsi in direzione antitetica a quella dell'atto precedente (annullamento, revoca), o in direzione parzialmente difforme (riforma), o nella stessa direzione […] (convalida)"[6].

L'atto di riesame costituisce esplicazione dello stesso potere esplicato con l'atto di primo grado in quanto l'interesse pubblico concreto richiesto per gli atti di conferma, convalida, annullamento e revoca non è altro che "la causa del potere di cui l'autorità è istituzionalmente investita", ossia il medesimo interesse cui l'autorità è preposta; "e se identico è l'interesse nei due momenti, identico sarà il potere amministrativo esplicato, che nell'interesse da perseguire si individua"[7].

[6] G. Corso, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, 1969, 336.

La tesi che qualifica gli atti di secondo grado come riesercizio del potere di provvedere è diffusa in dottrina: cfr. A. Amorth - O. Ranelletti, *Atti amministrativi*, in *Nuovo dig. it.*, I, Torino, 1937, 1091 ss., e in A. Amorth, *Scritti giuridici*, I, Milano, 1999, 167, da cui si cita, secondo cui "l'organo amministrativo può procedere alla revoca del suo atto solo quando conserva ancora il potere di provvedere alla materia, cui l'atto si riferisce. Se quel potere è cessato, cioè si è esaurito con l'emanazione del primo atto, non si può più riconoscere all'organo la facoltà di revocare il proprio provvedimento, dopo emanato il primo atto e decorso il termine assegnato"; da ultimo L.R. Perfetti, *L'azione amministrativa tra libertà e funzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 136. Per un quadro aggiornato delle posizioni S. Tuccillo, *Contributo allo studio della funzione amministrativa come dovere*, Napoli, 2016, 182 ss.; F. Costantino, *Revoca del provvedimento*, in A. Romano (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, 755 ss.; Id., *Annullamento d'ufficio*, ivi, 870 ss.

Secondo B.G. Mattarella, *L'attività*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, I, Diritto amministrativo generale, Milano, 2003, 785, "carattere del potere amministrativo è la sua permanenza, al di là del singolo esercizio. Il potere amministrativo, dunque, appartiene al genere dei poteri che non si esauriscono con il loro esercizio, e in ciò si distingue da molti poteri privati, come quello di recesso e quello di riscatto. A ben vedere, non si tratta di un carattere strutturale del potere amministrativo, ma di una conseguenza del suo inserimento in una funzione, la quale permane al di là del singolo episodio di amministrazione. La norma che disciplina la funzione, in altre parole, ricollega il sorgere del potere al verificarsi di determinati presupposti (come l'istanza di parte, o anche il semplice accertamento della necessità di provvedere in merito al relativo interesse), determinando il continuo succedersi, in capo all'amministrazione di poteri di uguale contenuto. L'esercizio del potere determina – se si vuole – il suo esaurimento, ma la permanenza della funzione, produce la titolarità, in capo all'amministrazione, di nuovi poteri. E poiché lo svolgimento della funzione può richiedere di intervenire nuovamente nello stesso rapporto giuridico, l'amministrazione può revocare il provvedimento già emanato, così come può emanare un nuovo provvedimento in seguito all'annullamento di quello precedente".

[7] G. Corso, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, cit., 337. Secondo B.G. Mattarella, *Il provvedimento*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, cit., 933-935, gli atti di secondo grado sono espressione "della stessa funzione già esercitata, e non di una potestà generale e distinta"; ciò è dimostrato dalle circostanze che: a) la loro adozione spetta allo stesso

La preminenza dell'atto successivo su quello anteriore non è una scelta del diritto positivo, bensì l'unica soluzione coerente con la sopravvivenza del potere al suo esercizio. È una soluzione imposta dalla natura del potere amministrativo come potere inesauribile[8]. Infatti, se il secondo atto non potesse produrre effetti di annullamento, revoca, modifica, convalida o conferma del primo atto, significherebbe che possiede una efficacia inferiore e dunque che il potere si è affievolito o addirittura consumato al momento del suo primo esercizio[9].

Il meccanismo descritto di successione degli atti, basato sull'inesauribilità del potere, opera in relazione a tutte le specie di atti di riesame del provvedimento (annullamento, revoca, convalida, riforma, conferma, etc.)[10], i quali hanno ad oggetto (non l'atto precedente, ma) una "situazione complessiva"[11] caratterizzata da quella stessa inopportunità o inadeguatezza dell'assetto degli interessi in gioco che costituisce il presupposto dell'adozione di ogni provvedimento amministrativo[12].

Ciò che distingue la revoca dall'atto di primo grado è soltanto che l'inadeguatezza o inopportunità della situazione "è determinata dall'assetto disposto da un precedente atto, sicché tale inopportunità non può essere rimossa, se non rimuovendo l'atto che tale assetto ha stabilito"[13]. A differenza della revoca, l'annullamento d'ufficio "si aggancia" all'atto anteriore, ma pur sempre assume come proprio presupposto la situazione di fatto regolata, la quale deve denotare quella sostanziale inadeguatezza degli interessi in gioco da cui emerge l'interesse pubblico alla rimozione del provvedimento[14].

Secondo altra autorevole dottrina, il "potere continuo e perenne che ha la pubblica amministrazione di provvedere con nuovi atti ad esigenze e bi-

organo e si trasferisce se viene trasferita quella di primo grado, nonché al superiore gerarchico la cui competenza comprende quella dell'inferiore; b) la validità del provvedimento di secondo grado "dipende dal corretto perseguimento dell'interesse pubblico per il quale è attribuito il potere" – l'A. ricava questo argomento dall'affermazione che l'illegittimità e l'inopportunità non sono elementi sufficienti a ritirare ma occorre un interesse pubblico concreto; c) per la loro adozione si segue lo stesso procedimento seguito per l'adozione del primo atto.

[8] G. Corso, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, cit., 352. Altresì Id., *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2017, 326 s.

[9] G. Corso, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, cit., 336.

[10] G. Corso, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, cit., 344.

[11] G. Corso, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, cit., 337.

[12] G. Corso, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, cit., 338. Uno spunto in tal senso era già in E. Cannada Bartoli, *Abrogazione. b) Abrogazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 158, 159.

[13] G. Corso, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, cit., 338.

[14] G. Corso, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, cit., 345.

sogni che sorgono *ex novo* o che essa va man mano constatando" dà luogo al fenomeno dell'abrogazione, che in diritto amministrativo si realizza "come effetto di una situazione obiettiva di incompatibilità fra due successivi provvedimenti"[15]. "L'effetto abrogativo si connette, dunque, ad una situazione di fatto; un atto che dispone in contrasto con un precedente atto, provoca, in virtù della suddetta incompatibilità, l'abrogazione del primo atto, senza che all'uopo occorra una espressa pronuncia del verificarsi dell'abrogazione"[16].

"Il potere suddetto non richiede un titolo che ne giustifichi l'esistenza o l'attribuzione all'autorità amministrativa, giacché è il potere fondamentale e generico dell'amministrazione di perseguire i fini pubblici e si esplica, stante la sua genericità, non per mezzo di un atto tipico, ma mediante diversi atti, l'emanazione dei quali può essere discrezionale o dovuta"[17]. L'atto con effetto abrogativo pertanto non richiede una motivazione diversa da quella di primo grado, né ha ragion d'essere "una ricerca di principi speciali" a riguardo, considerato che si tratta di un risvolto del "potere continuo e perenne di provvedere"[18].

L'inesauribilità è considerata un carattere intrinseco del potere amministrativo anche dalla dottrina che ha mosso le prime aperture rispetto alla possibilità di stipulare accordi intorno all'esercizio del potere, validi dal punto di vista del diritto pubblico.

Scrive Nigro: "solo il giurista, attraverso i suoi "occhiali" deformanti … riesce a vedere l'esercizio del potere pubblico come attività non "negoziabile", mentre "se c'è qualcosa che, per natura sua, è elastico e trasformabile in relazione alle circostanze concrete, è invece proprio il potere"[19].

[15] E. Cannada Bartoli, *Abrogazione*, cit., 159.

[16] E. Cannada Bartoli, *Abrogazione*, cit., 159.

[17] E. Cannada Bartoli, *Abrogazione*, cit., 159.

[18] E. Cannada Bartoli, *Abrogazione*, cit., 159 s.

Secondo l'A. mentre l'abrogazione è un fenomeno collegato alla mera successione di atti nel tempo, che si risolve in favore dell'atto successivo in virtù dell'inesauribilità del potere, l'annullamento o la revoca richiedono un fondamento autonomo in quanto si tratta di atti tipici che presuppongono la rimozione di un precedente atto invalido.

A chi scrive tuttavia non sembra esatto ricercare un fondamento autonomo per la revoca e l'annullamento d'ufficio se si ammette che, per regola generale, l'atto successivo prevale sul precedente incompatibile in ragione dell'inesauribilità del potere. La revoca e l'annullamento hanno senz'altro presupposti diversi e ulteriori rispetto alla mera abrogazione, se questa viene riferita ad atti validi, ma l'aspetto della prevalenza della capacità dell'atto successivo su quello precedente si presenta in termini identici, e quindi deve ricevere una spiegazione unitaria. Sul fatto che revoca e abrogazione siano "esplicazione di un unico e medesimo potere" v. già A.M. Sandulli, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940, 385.

[19] M. Nigro, *Convenzioni urbanistiche e rapporti tra privati. Problemi generali*, in M. Co-

Nell'affermare ciò, l'Autore rileva che il potere stesso ha "una sola qualità di quelle che comunemente gli si prestano", ovvero di essere "inesauribile e irrinunciabile", per cui "gli accordi intorno all'esercizio del potere sono possibili e validi dal punto di vista del diritto pubblico", con la precisazione tuttavia che "ogni obbligo il quale comporti un vincolo del potere è assunto *rebus sic stantibus*"[20].

La piena compatibilità tra esercizio consensuale del potere e sua inesauribilità è sostenuta anche nell'ambito della ricostruzione della convenzione pubblicistica come un accordo con il privato intorno al futuro esercizio del potere, cui l'amministrazione aderisce[21] tramite un atto unilaterale che "esprime un'impegnativa adesione alla regolamentazione pattizia"[22].

L'atto di adesione alla convenzione è esercizio di potere, in quanto non è certo attraverso l'autonomia privata che l'amministrazione può vincolarsi in ordine al successivo esercizio del potere stesso[23]. Dalla convenzione sorge l'obbligo giuridico per l'amministrazione di esercitare il potere nei termini dell'accordo.

Si determina così un vincolo "tendenzialmente definitivo"[24]. Tuttavia, se si verificano nuove circostanze che rendono non più conforme all'interesse pubblico l'esercizio del potere nei termini concordati, acquistano rilievo "quella *inesauribilità* e quella *irrinunciabilità* […] che caratterizzano la funzio-

STANTINO (a cura di), *Convenzioni urbanistiche e tutela nei rapporti tra privati*, Milano, 1978, 45; R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2002, 119 s.

[20] M. NIGRO, *op. loc. cit*.

[21] L'adesione all'accordo relativo al futuro esercizio del potere "non è, dal punto di vista dell'amministrazione, né un atto di *liberalità* né un atto di *scambio*, ma un atto con cui si riconosce che gli impegni assunti dal privato sono in grado di creare un contesto, nel quale l'esercizio nel modo convenuto dei pubblici poteri soddisfa l'interesse pubblico, e che, ancora nell'interesse pubblico, è opportuno acquisire quegli impegni privati in termini di *obbligo giuridico* verso l'amministrazione": G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche. Ammissibilità e caratteri*, Milano, 1984, 271.

[22] G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche*, cit., 256 ss. L'A. giunge ad ammettere accordi in ordine all'esercizio del potere, validi dal punto di vista del diritto pubblico, attraverso la critica di quelli che, secondo la dottrina dominante, sono gli impedimenti all'esercizio del potere nella forma consensuale: l'imperatività come carattere necessario del potere, dalla quale deriva la unilateralità degli atti che ne sono espressione (231-242); l'impossibilità che la manifestazione di volontà dell'amministrazione si fondi con quella del privato, essendo espressione di situazioni giuridiche qualitativamente diverse (il potere e l'autonomia privata); il carattere funzionale del potere amministrativo, il quale imporrebbe l'unilateralità delle sue espressioni in quanto ciò sarebbe necessario per la miglior cura dell'interesse pubblico (242 ss.).

[23] G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche*, cit., 257.

[24] G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche*, cit., 271.

ne amministrativa"[25] e dunque anche il potere esercitato con l'atto di adesione[26]. In altri termini, il disimpegno dalla convenzione è consentito in quanto l'atto di adesione alla stessa è espressione dell'inesauribile potere amministrativo[27].

B) La legge sul procedimento amministrativo 8 agosto 1990, n. 241, costituisce per molti versi uno spartiacque nella dogmatica degli atti di ritiro. Nondimeno, la teoria che ne individua il fondamento nell'inesauribilità del potere amministrativo non sembra aver conosciuto molte smentite. In larga prevalenza, infatti, le riflessioni svolte da quel momento in poi si muovono in una cornice pienamente compatibile con l'idea del riesercizio del potere[28].

Si fa riferimento, innanzitutto, alla dottrina che ha posto in evidenza la correlazione tra la revoca e il principio di efficacia dell'azione amministrativa previsto dall'art. 1, l. n. 241/1990, il quale richiede la "adeguatezza costante del contenuto dell'atto rispetto all'interesse pubblico in concreto perseguito"[29]. Essendo questo un principio posto dalla legge, il provvedimento che lo viola è invalido e non semplicemente inopportuno. La revoca costituisce il rimedio previsto dall'ordinamento a questo tipo di invalidità, dovendosi pertanto accantonare il criterio di distinzione con l'annullamento d'ufficio fondato sulla natura del vizio (rispettivamente, di merito e di legittimità)[30].

La previsione legislativa del principio di efficacia fa emergere sul piano della legalità oggettiva ciò che prima poteva essere affermato soltanto come generica esigenza di buona amministrazione, ossia che gli atti amministrativi devono essere sempre in accordo con l'interesse pubblico, e consente dunque di individuare nella legge il fondamento della revocabilità del provvedimento amministrativo[31].

[25] G. Falcon, *Le convenzioni pubblicistiche*, cit., 274.

[26] G. Falcon, *Le convenzioni pubblicistiche*, cit., 273.

[27] "Che l'adesione dell'amministrazione si intenda come atto amministrativo e non come atto negoziale costituisce una garanzia per l'interesse pubblico, ma anche, al tempo stesso, una garanzia per i soggetti terzi rispetto al rapporto bilaterale": G. Falcon, *Le convenzioni pubblicistiche*, cit., 259.

[28] Per una simile considerazione, con accenti critici, v. F. Francario, *Riesercizio del potere amministrativo e stabilità degli effetti giuridici*, Relazione al convegno AIPDA, Roma 7/8 ottobre 2016, in *www.diritto-amministrativo.org*, 2016, 11 ss.

[29] M. Immordino, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, 1999, 121 ss.; Id., *Il potere amministrativo di revoca*, in *www.federalismi.it*, 2017, 6.

[30] M. Immordino, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, cit., 169, *passim*.

[31] Cfr. M. Immordino, *Il potere amministrativo di revoca*, cit., 7, dove si osserva che la po-

Questa acquisizione tuttavia non incide sul meccanismo giuridico che presiede alla successione degli atti, il quale rimane saldamente ancorato alla prospettazione dell'inesauribilità del potere. Tutti i provvedimenti di secondo grado hanno infatti "un presupposto in comune. Il potere, nel cui esercizio è stato emanato il precedente provvedimento o stipulato un accordo, non deve essersi esaurito. Il potere, cioè, deve essere sopravvissuto al suo stesso esercizio, di guisa che l'amministrazione possa riesercitarlo quando il provvedimento è illegittimo o, come avviene anche per gli accordi, è inopportuno, vale a dire non è più adeguato alla cura dell'interesse pubblico in concreto perseguito"[32]. L'inesauribilità del potere non è più il fondamento esclusivo della revoca, ma ne è pur sempre un presupposto necessario.

Significativo è pure quanto la dottrina ha elaborato in relazione al potere di recesso dagli accordi integrativi e sostitutivi di provvedimento, previsto dall'art. 11, comma 4, l. n. 241/1990. Muovendo dall'osservazione che questo potere è da lungo tempo riconosciuto dalla giurisprudenza, e che dunque è stato soltanto recepito dalla legge[33], si è osservato che esso è da intendere, come la revoca, alla stregua di una facoltà intrinseca al potere discrezionale esplicato dall'amministrazione attraverso la stipula dell'accordo[34].

Il suo fondamento dogmatico risiede, dunque, nella inesauribilità del potere amministrativo: "vale a dire il principio secondo cui l'uso del potere amministrativo e le decisioni in cui esso si esprime devono essere sempre stabilmente finalizzati alla realizzazione del pubblico interesse, con la conseguenza che tali decisioni possono e devono essere modificate laddove il pubblico interesse lo richieda"[35].

Essendo il recesso un corollario dell'inesauribilità del potere, l'amministrazione può disporlo in tutti i contratti pubblici e non solo nelle ipotesi

sitivizzazione del principio di efficacia nell'accezione indicata nel testo ha "intercettato quella che tradizionalmente è stata intesa come funzione della revoca, ossia l'essere uno strumento capace di garantire in ogni tempo la funzionalità dell'azione amministrativa, secondo una prospettiva volta a valorizzare la "doverosità" dell'azione amministrativa. Fornendo in questo modo un solido ancoraggio al potere di revoca, ossia risolvendo il problema del suo fondamento giuridico".

[32] M. Immordino, *I provvedimenti amministrativi di secondo grado*, in F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2015, 351.

[33] E. Bruti Liberati, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico tra amministrazione e privati*, Milano, 1996, 185.

[34] E. Bruti Liberati, *Consenso e funzione*, cit., 186. Cfr. A. Benedetti, *I contratti delle pubbliche amministrazioni tra specialità e diritto comune*, Torino, 1999, 163 ss.

[35] E. Bruti Liberati, *Accordi pubblici*, in *Enc. dir.*, Agg. V, Milano, 2001, 21. In termini analoghi F. Cangelli, *Potere discrezionale e fattispecie consensuali*, Milano, 2004, 317-319.

indicate dall'art. 11 (accordi integrativi e sostitutivi)[36]; né il suo esercizio presuppone un mutamento della situazione di fatto, come pure sostenuto da una parte della dottrina e ricavabile dall'art. 11, comma 4, in quanto tale limitazione confligge con l'esigenza di garantire il pieno e costante adeguamento delle scelte amministrative alle mutevoli necessità del pubblico interesse[37].

C) Dopo l'entrata in vigore nel 2005 degli articoli 21-*quinquies* e 21-*nonies*, l. n. 241/1990, i quali contengono la disciplina generale rispettivamente della revoca e dell'annullamento d'ufficio, è ricorrente in dottrina l'affermazione che il problema del fondamento giuridico del potere di annullamento d'ufficio e di revoca è stato risolto una volta per tutte dalla legge[38].

Nondimeno, le due disposizioni configurano l'annullamento e la revoca come potestà generali, esercitabili dall'amministrazione in presenza dei presupposti richiesti senza ulteriore autorizzazione legislativa, per cui non smentiscono che a base degli atti di secondo grado vi sia il riesercizio del potere originario.

Questa tesi, anzi, viene avvalorata dal fatto che l'annullamento e la revoca sono configurati come atti di amministrazione attiva, strumenti di cura dell'interesse pubblico concreto e non di mero ripristino della legalità violata. Da ciò, infatti, si può ricavare un ulteriore argomento nel senso dell'unitarietà del potere esercitato con il primo e il secondo atto[39].

Sarebbe improprio, dunque, desumere dall'esistenza di una disciplina generale della revoca e dell'annullamento d'ufficio il superamento della logica della inesauribilità del potere; al più si potrà dire che il legislatore, introducendo la suddetta disciplina, ha preso atto di questo carattere del potere amministrativo[40].

[36] E. Bruti Liberati, *Accordi pubblici*, cit., 21.

[37] E. Bruti Liberati, *Accordi pubblici*, cit., 23.

[38] M. Immordino, *I provvedimenti amministrativi di secondo grado*, cit., 365; R. Villata - M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, 624, 628, 669; G. Rossi, *Principi di diritto amministrativo*, Torino, 2017, 298.

[39] Cfr. A. Contieri, *Il riesame del provvedimento amministrativo alla luce della legge n. 15 del 2005. Prime riflessioni*, in G. Clemente di San Luca (a cura di), *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, Torino, 2005, 215 ss., 217 ss.; S. Tarullo, *Il riesercizio del potere amministrativo nella legge n. 15 del 2005: profili problematici*, ivi, 236 ss.

[40] In questo senso anche F. Francario, *Riesercizio del potere amministrativo e stabilità degli effetti*, cit., 13 s., il quale osserva che "la codificazione delle figure tipiche dell'autotutela operata dalla legge 15/2005 ci consegna quindi una ricostruzione dell'autotutela decisoria vista come espressione di un privilegio generale dell'amministrazione di tornare unilateral-

Coerentemente con queste premesse è stato sostenuto che l'art. 21-*quinquies*, in sé considerato, non costituisce il fondamento giuridico del potere di revoca, ma soltanto la disposizione che ne disciplina l'esercizio indicandone i presupposti, i limiti e le conseguenze. Il fondamento del potere sarebbe piuttosto da ravvisare in una lettura combinata dell'art. 21-*quinquies* stesso con la norma attributiva del potere di primo grado[41]. La necessità di risalire comunque alla norma attributiva del potere di primo grado, affermata in relazione alla revoca ma con considerazioni senz'altro suscettibili di estensione all'annullamento d'ufficio, dimostra che il potere esplicato tramite l'atto di riesame non costituisce una entità diversa da quella esplicata con il provvedimento di primo grado. L'immagine dell'inesauribilità del potere riceve così una ennesima conferma.

L'idea dell'inesauribilità del potere come fondamento, o comunque come giustificazione, dei poteri di ritiro è ben presente anche nella giurisprudenza più recente.

Se prima dell'entrata in vigore degli articoli 21-*quinquies* e 21-*nonies*, l. n. 241/1990, il Consiglio di Stato affermava che "il potere di revisione delle precedenti determinazioni amministrative costituisce un principio generale legato alla tensione fisiologica ed inesauribile dell'azione amministrativa verso l'interesse pubblico"[42], in sostanziale linea di continuità oggi rileva che la revoca è configurata dalla legge "secondo presupposti di particolare latitudine, in coerenza con il principio di inesauribilità del potere amministrativo"[43].

Ed è pure ricorrente in giurisprudenza l'affermazione che la revoca è "istituto di carattere generale, immanente alla inesauribilità del potere amministrativo e alla mutabilità della situazione fattuale e delle esigenze che di

mente sulle proprie decisioni, in quanto in precedenza prese in maniera sempre unilaterale, che enfatizza la flessibilità dell'atto amministrativo nel presupposto che esso debba essere sempre adattato alle mutevoli esigenze dell'interesse pubblico ed aderente al principio di legalità dell'azione amministrativa". L'A. giunge a questa conclusione anche mettendo a paragone le disposizioni della l. n. 241/1990 relative alla c.d. autotutela decisoria (artt. 21-*quinquies* e 21-*nonies*) con quella relativa alla c.d. autotutela esecutiva (art. 21-*ter*): le prime configurano la revoca e l'annullamento come potestà di carattere generale, mentre la seconda dispone che l'amministrazione può procedere alla esecuzione forzata dei propri provvedimenti soltanto nei casi e con le modalità previste dalla legge. Cfr. altresì R. Caponigro, *Il potere amministrativo di autotutela*, in *www.giustizia-amministrativa.it.*, 2017, 2, secondo cui la disciplina introdotta nel 2005 ha riconosciuto la "perpetuità del potere".

[41] G. La Rosa, *La revoca del provvedimento amministrativo. L'instabilità delle decisioni amministrative tra esigenze di funzionalizzazione e tutela degli interessi privati*, Milano, 2013, 104 ss.

[42] Cons. Stato, sez.VI, 26 maggio 2003, n. 2865.

[43] Cons. Stato, sez.V, 21 giugno 2016, n. 2719.

volta in volta l'Amministrazione è chiamata a tutelare"[44], sicché, per fare qualche esempio, "il potere riconoscibile alle P.A. di sospendere, revocare e/o annullare le procedure di gara […] è di per sé sempre esercitabile, in diretta conseguenza della inesauribilità del compito di tutela dell'interesse pubblico assegnato dalla Legge alla Amministrazione procedente"[45]; ovvero "visto che il potere di cui dispone l'Autorità di P.S. nella materia per cui è causa è inesauribile, nulla vieta alla competente Questura di verificare se anche in futuro il ricorrente conserverà i requisiti di affidabilità che hanno a suo tempo indotto l'amministrazione a rilasciargli il porto d'armi"[46].

In conclusione, la tesi secondo cui gli atti di ritiro trovano spiegazione nel carattere dell'inesauribilità del potere gode di buona salute nel panorama dottrinale e giurisprudenziale odierno[47]. E anche la Corte costituzionale in una recente pronuncia ha ribadito la concezione dell'annullamento d'ufficio come riesercizio del potere amministrativo[48].

D) Affermare l'attualità della tesi dell'inesauribilità del potere in relazione agli atti di riesame ha notevoli ricadute pratiche in quanto consente all'interprete di ammetterne l'adozione da parte dell'amministrazione anche laddove non previsti dalla legge o comunque al di fuori degli schemi legali.

Se gli atti di ritiro si fondano sul riesercizio del potere originario, la legge può certamente prevedere e disciplinare l'attività di riesame – ciò che fanno gli artt. 21-*quinquies* e *nonies* citati – ma non può escludere l'ammissibilità di atti di secondo grado non corrispondenti ad alcun modello nor-

[44] T.A.R. Friuli-Venezia Giulia, Trieste, sez. I, 6 aprile 2016, n. 116. V. anche T.A.R. Campania, Napoli, sez. VIII, 9 giugno 2011, n. 3026.

[45] T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 8 aprile 2014, n. 466.

[46] T.A.R. Marche, Ancona, sez. I, 24 gennaio 2013, n. 69.

[47] Cfr. S. Tuccillo, *Contributo*, cit., 178, dove si afferma che, malgrado i recenti interventi normativi in tema di annullamento d'ufficio (si fa riferimento in particolare alla previsione, introdotta dall'art. 6, l. n. 124/2015 nel testo dell'art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990, per cui l'annullamento dei provvedimenti di autorizzazione e attribuzione di vantaggi economici deve intervenire entro diciotto mesi dalla loro adozione), il potere è comunque da intendere inesauribile in quanto ciò "discende direttamente dai caratteri della funzione".

[48] Secondo la Corte, l'annullamento "si colloca allo snodo delicatissimo del rapporto tra il potere amministrativo e il suo riesercizio, da una parte, e la tutela dell'affidamento del privato, dall'altra" (Corte cost., 9 marzo 2016, n. 49, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 84-*bis*, comma 2, lettera *b*), della legge della Regione Toscana 3 gennaio 2005, n. 1, per violazione dell'art. 117, terzo comma, Cost., in quanto consentiva all'amministrazione di esercitare poteri sanzionatori per la repressione degli abusi edilizi, anche oltre il termine di trenta giorni dalla presentazione della SCIA, in un numero di ipotesi più ampio rispetto a quello previsto dai commi 3 e 4 dell'art. 19 della legge n. 241 del 1990).

mativo: i quali rinvengono il loro fondamento, che basta a giustificarli, nell'inesauribilità del potere amministrativo.

Esempio significativo è quello degli accordi tra pubbliche amministrazioni, previsti dall'art. 15, l. n. 241/1990. Per la disciplina di questi accordi, la legge rinvia alle disposizioni previste dall'art. 11, commi 2 e 3 della stessa legge sul procedimento amministrativo, ossia alla disciplina degli accordi tra amministrazione e privato integrativi o sostitutivi del provvedimento. Il rinvio non comprende tuttavia il quarto comma dell'art. 11, il quale prevede la possibilità per l'amministrazione di recedere dall'accordo con il privato salva la corresponsione dell'indennizzo, e da qui sorge il dubbio se all'amministrazione sia interdetto il recesso unilaterale dall'accordo stipulato con altre amministrazioni.

Sul punto si registrano diverse posizioni in giurisprudenza, ma prevale "l'orientamento secondo cui nonostante l'articolo 15, comma 2 della legge n. 241 del 1990 non menzioni in modo espresso il comma 4 dell'art. 11 (in tema di esercizio del potere di recesso da parte della P.A. dagli accordi cc.dd. procedimentali e sostitutivi) fra le disposizioni applicabili anche agli accordi fra amministrazioni pubbliche di cui al successivo articolo 15, nondimeno è da ritenersi che l'effettiva sussistenza di tale potere di recesso emerga quale corollario del principio di inesauribilità del potere pubblico, che caratterizza l'esercizio delle funzioni pubbliche"[49].

[49] Cons. Stato, sez.V, 22 marzo 2016, n. 1172; Cons. Stato, sez.VI, 23 novembre 2011, n 6162. Di opposto avviso, condivisibilmente, R. Ferrara, *Gli accordi tra le amministrazioni pubbliche*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, II ed., Milano, 2017, 787 s.

Cfr. la posizione assunta da T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 8 novembre 2004, n. 5620, secondo cui "lo scioglimento unilaterale del vincolo è ammissibile solo se sia stato previsto il diritto di recesso ai sensi dell'art. 1373 c.c.". Lo stesso Tribunale è in seguito tornato sul tema (T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II, 14 gennaio 2009, n. 90) rilevando che "La soluzione della questione deve essere affrontata partendo dalla constatazione che in vicende quale quella in esame vengono in considerazione (da un lato) la inesauribilità della funzione amministrativa, che non tollera l'imposizione di un vincolo a non riesaminare l'assetto di interessi concordato alla luce delle sopravvenienze nell'interesse pubblico, e (dall'altro) la non disponibilità da parte di una singola amministrazione degli interessi pubblici sottesi all'azione amministrativa esercitata in forma consensuale, che, per definizione, è affidata alla cura di più amministrazioni pubbliche". Confermando il proprio precedente orientamento, il Tar Lombardia individua il punto di equilibrio tra queste esigenze nella soluzione che "salvo il caso in cui siano state le stesse parti a prevedere il diritto di recesso nel momento in cui hanno concordato tra loro il regolamento pattizio, il contenuto dell'accordo sia modificabile solo mediante una nuova determinazione espressa da tutte le amministrazioni contraenti che giungono ad una nuova sistemazione concordata dell'assetto degli interessi sottostanti all'azione amministrativa. Ciò non significa che l'amministrazione pubblica che intenda

Ed infatti "l'assenza nell'art. 15 L. 7 agosto 1990 n. 241 di un richiamo al comma 4 del precedente art. 11 non esclude la possibilità per l'Amministrazione di recedere dall'accordo, considerato che è proprio della funzione di amministrazione attiva il generale potere di revoca del provvedimento amministrativo, del quale l'accordo ha il contenuto e al quale è sottesa la cura di un pubblico interesse, per cui è affievolita la forza vincolante di una convenzione sottoscritta da soggetti pubblici ed è reso inapplicabile il principio civilistico per il quale il contratto ha forza di legge tra le parti (in questo senso T.A.R. Marche, 19 settembre 2003 n. 1015). La previsione dell'art. 11 comma 4 è, del resto, confermativa e non derogatoria di detta regola generale in quanto il potere di recedere (nel pubblico interesse) dagli accordi amministrativi, non rappresenta altro se non la particolare configurazione che la potestà di revoca assume quando il potere amministrativo è stato esercitato mediante un accordo iniziale anziché in forma unilaterale. Il fondamento giuridico del recesso dagli accordi – istituto che si pone in un rapporto di *species ad genus* rispetto al potere amministrativo di revoca – risiede, dunque, nel tratto più tipico e innato del potere amministrativo: la sua inesauribilità"[50].

Argomentazioni di segno analogo sono richiamate dalla giurisprudenza secondo cui l'annullamento d'ufficio dei titoli edilizi legittimi non soggiace ai limiti definiti dall'art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990, tanto da poter essere adottato in ogni tempo senza prendere in considerazione l'interesse del privato ai fini della determinazione dell'interesse pubblico concreto (che è *in re ipsa*)[51].

sciogliersi dall'accordo ex art. 15 l. 241/90 sia priva di strumenti di tutela di fronte al rifiuto delle altre amministrazioni di modificare l'assetto degli interessi a seguito delle intervenute sopravvenienze negli interessi pubblici sottesi all'azione amministrativa. La volontà delle altre amministrazioni non è, infatti, come si diceva prima, una volontà negoziale fondata sull'autonomia privata, ma una volontà discrezionale funzionalizzata alla tutela degli interessi pubblici. Ne consegue che l'amministrazione che intende recedere dall'accordo potrà censurare in sede giurisdizionale il rifiuto delle altre parti di modificare l'assetto degli interessi originariamente concordato, qualora tale rifiuto non sia conforme al principio di leale cooperazione tra gli enti pubblici che deve informare i rapporti tra le amministrazioni pubbliche per effetto della sentenza 303/2003 della Corte Costituzionale".

[50] T.A.R. Puglia, Lecce, sez. II, 20 dicembre 2014, n. 3141. In termini T.A.R. Marche, 19 settembre 2003, n. 1015; C. Conti reg. Puglia, sez. giurisd., 21 marzo 2003, n. 244, secondo cui il mancato richiamo all'art. 11, comma 4, starebbe solo a significare che il recesso non deve essere bilanciato dalla corresponsione di un indennizzo. Cfr. altresì T.A.R. Piemonte, Torino, sez. I, 23 dicembre 2014, n. 2093.

[51] Cons. Stato, sez.VI, 27 gennaio 2017, n. 341; sez. IV, 19 agosto 2016, n. 3660; sez.VI, 29 gennaio 2016, n. 351; sez. IV, 15 febbraio 2013, n. 915; sez.V, 8 novembre 2012, n. 5691; sez. IV, 27 agosto 2012, n. 4619; sez.V, 8 novembre 2012, n. 5691.

Questa giurisprudenza, mossa dal pregio intrinseco dell'interesse pubblico al contrasto dell'abusivismo edilizio, configura una forma di annullamento atipico che in tanto è ammissibile, in quanto il ritiro sia una possibilità generale fondata sull'inesauribilità del potere amministrativo[52].

Ancora, nell'ambito della disciplina del silenzio-assenso tra pubbliche amministrazioni e gestori di beni o servizi pubblici, l'art. 17-*bis*, l. n. 241/1990[53], non prevede il potere dell'amministrazione di annullare il proprio assenso tacito, diversamente da quanto prevede l'art. 20, comma 3, in relazione al silenzio-assenso che si forma nei rapporti tra amministrazione e privato.

Si è posto così il problema se tale facoltà di ripensamento sia da ammettere comunque, almeno fino all'adozione del provvedimento finale. Il Consiglio di Stato in sede consultiva si è per il momento pronunciato in senso negativo[54], ma se il potere sopravvive al suo esercizio la soluzione più coerente è quella opposta.

[52] Lo mette in evidenza Cons. Stato, ad. plen. 17 ottobre 2017, n. 8, che assume una posizione critica rispetto alla giurisprudenza prevalente sull'annullamento d'ufficio del titolo edilizio illegittimo perché, quantomeno in linea di principio, rifiuta di rinvenire il fondamento degli atti di ritiro nella teorica dell'inesauribilità del potere. Questa, secondo il Consiglio di Stato, si addice ad un ordinamento ispirato al principio autoritario nei rapporti tra amministrazione e cittadino ed è pertanto meritevole di "rimeditazione" in un sistema che rivolge maggiore attenzione al valore della certezza delle situazioni giuridiche e che tende alla attenuazione dei privilegi dell'amministrazione. Cadendo l'inesauribilità del potere, che ne costituisce il presupposto, viene ad esser smentita anche la tesi dell'atipicità degli atti di ritiro. Di conseguenza, l'annullamento d'ufficio dei titoli edilizi illegittimi non costituisce una ipotesi di annullamento *extra ordinem* bensì una fattispecie concreta sotto ogni aspetto da ricondurre al modello normativo dell'art 21-*nonies*; pertanto, ammissibile nei limiti in cui la suddetta norma ammette l'annullamento e soggetta alla disciplina da essa dettata, incompatibile con la teoria dell'interesse pubblico *in re ipsa*.

[53] Introdotto dall'art. 3, comma 1, l. n. 124/2015.

[54] Cons. Stato, comm. spec., 13 luglio 2016, n. 1640, ha ritenuto che "riconoscere […] che l'Amministrazione concertata, il cui assenso è stato già acquisito *per silentium*, possa, fino all'adozione del provvedimento finale, esercitare sul silenzio assenso un potere unilaterale e tardivo di autotutela, impedendo la formazione dell'atto, rischia di determinare l'elusione (o, comunque, un significativo ridimensionamento) della portata innovativa del nuovo istituto. Il silenzio-assenso diventerebbe, infatti, atto di natura meramente provvisoria, suscettibile di essere neutralizzato da un ripensamento unilaterale fino all'adozione del provvedimento finale […]". La soluzione accolta, dunque, è che "una volta formato il silenzio assenso (ma prima dell'adozione formale dell'atto), l'amministrazione concertante, in presenza dei presupposti dell'autotutela potrà evidenziare le ragioni di illegittimità o le ragioni che giustificherebbero la revoca dell'atto, nell'ottica del principio di leale collaborazione tra Amministrazioni, segnalando all'Amministrazione procedente ragioni di opportunità o illegittimità che, a suo avviso, precludono l'adozione del provvedimento finale".

E) L'inesauribilità del potere, intesa come indefinita ripetibilità del suo esercizio, accomuna la funzione amministrativa a quella legislativa: entrambe, quali funzioni pubbliche, "sono come dei serbatoi che non si esauriscono mai, pur laddove abbiano ad oggetto […] il medesimo rapporto sociale o comportamento. In questo loro carattere è, dunque, implicita la eventualità che oggi si voglia ciò che domani potrebbe disvolersi, vale a dire che si abbia abrogazione della volontà precedentemente manifestata"[55].

Il fondamento della ritiratibilità del provvedimento amministrativo è in questa ottica analogo a quello dell'abrogazione degli atti normativi, spiegata dalla presenza dei seguenti elementi: "a) l'esistenza di un potere giuridico permanente e potenzialmente inesauribile; b) l'esercizio concreto e individuato di tale potere, da cui deriva un determinato atto giuridico; c) il rinnovato esercizio, sempre concreto e individuato, del potere medesimo, da cui deriva un ulteriore atto, idoneo a far cessare (*ex nunc*) l'efficacia giuridica del precedente […]"[56].

"Il meccanismo dell'abrogazione, e cioè della idoneità dell'atto legislativo susseguente a produrre l'inefficacia del precedente, si spiega sulla base del fondamentale potere che ne costituisce la fonte: codesto potere, infatti, per la sua natura trascende ogni momento del proprio esercizio, e quindi ogni atto specifico che ne deriva, e mantiene integro il proprio vigore, che non può essere compromesso né affievolito dal concreto esercizio. Ogni manifestazione individua e specifica dell'esercizio di quel potere deve avere la medesima efficienza: sì che l'atto più recente, se è in contrasto con altro precedente, deve essere capace di paralizzare l'efficacia di quest'ultimo, per poter essere come quello efficace. Se così non fosse, ogni atto rappresenterebbe un esaurimento parziale del potere da cui promana, costituendo una definitiva e ineliminabile autolimitazione"[57].

[55] A. Ruggeri, *Fonti norme, criteri ordinatori. Lezioni*, Torino, 2009, 55 ss.; Id., *Fonti e norme nell'ordinamento e nell'esperienza costituzionale. I. L'ordinazione in sistema*, Torino, 1993, 133 ss.

[56] S. Pugliatti, *Abrogazione. a) Teoria generale e abrogazione degli atti normativi*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 142. Secondo D. Donati, *Abrogazione della legge*, Modena, 1914, in Id., *Scritti di diritto pubblico*, II, Padova, 1966, 159 s., il fondamento dell'abrogazione sta nella necessità di dare "preminenza alle norme posteriormente emanate come quelle che esprimono una più recente volontà legislativa, ammettendosi quindi implicita nella emanazione di esse la dichiarazione di abrogazione delle norme precedenti". Diversa, notoriamente, la ricostruzione di C. Esposito, *La validità delle leggi*, 1934, rist. 1964, 66 s., secondo cui la legge successiva non abroga quella precedente in ragione di una più intensa (in quanto più recente) volontà dello stato ma perché in essa è implicita la condizione di valere fino a disposizione legislativa contraria.

[57] S. Pugliatti, *Abrogazione*, cit., 142. Cfr. altresì A. Ruggeri, *Fonti norme, criteri ordina-*

La correlazione dell'inesauribilità con il carattere funzionale del potere, ovvero la strutturale attitudine ad essere esercitato nell'interesse di soggetti diversi dal suo titolare, è suscettibile di verifica anche oltre i confini del diritto pubblico.

I poteri privati unilaterali, solitamente, non presentano il carattere della ripetitività ma sorgono all'interno del rapporto "in funzione dell'unico atto di esercizio con il quale si consumano" (ne sono esempio il potere di opposizione o di scelta nelle obbligazioni alternative, il potere di esercitare la prelazione). Ma presentano quel carattere, ad esempio, i poteri di comando sugli incapaci, i quali non si esauriscono con il loro esercizio[58].

tori, cit., 55 ss.; ID., *Fonti e norme nell'ordinamento e nell'esperienza costituzionale*, cit., 133 ss., osserva che, mentre sotto il profilo politico istituzionale l'attualità del potere è sufficiente a giustificare la prevalenza dell'atto successivo su quello precedente, lo stesso non è sotto il profilo giuridico-formale. Infatti "è assai problematico accogliere l'idea che un atto prevalga su un altro atto della medesima specie o, ad ogni modo, dotato della medesima forza. Se applicassimo, infatti, al fenomeno ora indagato la stessa logica del mondo della fisica (la logica matematica), dovremmo pervenire ad una conclusione radicalmente diversa, dal momento che – come si sa – due forze uguali e contrarie si annullano reciprocamente e, perciò, non consentono che l'una si affermi a discapito dell'altra". Da qui l'esigenza di una terza norma, gerarchicamente sovraordinata a quelle in conflitto, che stabilisca la prevalenza della norma successiva su quella precedente incompatibile.

La suddetta norma superiore si trova "nella statuizione, dalla natura materialmente costituzionale, contenuta nell'art. 15 delle disposizioni preliminari al codice civile", ma l'A. ritiene che "anche se non fosse ivi espressamente stabilita, ugualmente potrebbe ricavarsi dalla Costituzione, e particolarmente dall'art. 70, laddove attribuisce la titolarità della funzione legislativa alle due Camere. Più in genere, poi, a ben guardare, tale norma può ritenersi racchiusa in ogni disposizione costituzionale fondativa di potestà normative (cfr. artt. 76 e 77 quanto ai decreti legislativi ed ai decreti-legge, 117 per le leggi regionali, 39 per i contratti collettivi di lavoro, ecc.) siccome, appunto, non preveda l'esercizio per una sola volta, bensì illimitatamente nel tempo, delle potestà stesse" (A. RUGGERI, *Fonti norme, criteri ordinatori*, cit., 58 s.).

[58] A. LENER, *Potere (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 633 ss., anche se esistono poteri privati inesauribili che non sono riconducibili ad una funzione, come i poteri del datore di lavoro.

Sul tema v. C.M. BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, 1977. Secondo l'A. il problema fondamentale che si pone in relazione all'autorità privata, intesa come il "potere di imporre giuridicamente agli altri le proprie decisioni" (4), è quello della sua stessa ammissibilità "in un sistema che vuole essenzialmente caratterizzarsi in termini di uguaglianza tra soggetti" (4). L'A. fa riferimento alla eguaglianza reciproca, consistente nella "pari autonomia dei privati ossia nel non assoggettamento all'altrui potere autoritario" (5). L'attribuzione legale di poteri autoritativi ai privati è compatibile con il principio di eguaglianza reciproca "solo quando l'autorità è conferita in ragione di protezione di incapaci ovvero di funzionamento democratico dei gruppi organizzati" (46). In particolare, rispetto agli incapaci, la giustificazione dell'autorità "può cogliersi in funzione dello stesso principio di uguaglianza, in quan-

L'inesauribilità è dunque un carattere ricorrente nei poteri-funzione che il titolare esercita nell'interesse di un terzo[59]. In una certa misura si tratta di un elemento a tutela di quest'ultimo. Egli non deve essere danneggiato dalle scelte errate o inadeguate del suo "tutore", ovvero dalla sua inerzia: l'inesauribilità del potere consente la revisione di quelle scelte, nonché di porre rimedio alla mancata scelta. Dalla correlazione con la dimensione funzionale dell'attività che ne costituisce esplicazione emerge un risvolto garantistico della logica, prevalentemente autoritaria, in cui si muove un potere che può essere sempre esercitato.

2. *Inesauribilità e riedizione del potere dopo la sentenza di annullamento*

A) L'inesauribilità del potere, tale per cui esso sopravvive intatto al suo esercizio, ha importanti implicazioni anche nei rapporti con il processo amministrativo. Proprio in ragione dell'inesauribilità del potere con cui si confronta, questo si configura come una parentesi tra l'azione amministrativa antecedente alla proposizione del ricorso, sfociata nel provvedimento impugnato, e l'azione successiva al giudicato che può portare all'emanazione di un nuovo provvedimento in sostituzione di quello annullato[60].

L'amministrazione che subisce l'annullamento di un proprio provvedimento si trova in una posizione diversa da quella della parte soccombente nel processo civile: questa deve soltanto conformare la propria attività al giudicato (salvo il caso delle sentenze auto-esecutive), mentre l'amministrazione soccombente può (ed eventualmente deve) esercitare nuovamente il potere già esplicato con il provvedimento annullato per la cura dell'interesse pubblico[61].

to l'autorità è intesa a sopperire alla sostanziale disparità del soggetto su cui il potere è esercitato. I gruppi, poi, decidono solo su determinati oggetti di interesse collettivo e il rispetto del principio di eguaglianza si verifica nella possibilità dei singoli di concorrere alla decisione" (87).

[59] Sottolinea questo aspetto B.G. Mattarella, *Il provvedimento*, cit., 827 s.

[60] Cfr., tra gli altri, E. Capaccioli, *Per l'effettività della giustizia amministrativa (Saggio sul giudicato amministrativo)*, in Id., *Diritto e processo*, Padova, 1978, 465; F. Benvenuti, *Giudicato* (diritto amministrativo), in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1969, 990; M. Clarich, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, 1989, 1 ss.

[61] Cfr., *ex plurimis*, A.M. Sandulli, *Consistenza ed estensione dell'obbligo delle autorità amministrative di conformarsi ai giudicati*, in AA.VV., *Atti del Convegno sull'adempimento del giudicato amministrativo*, Milano, 1962, 46; M. Clarich, *Giudicato e potere*, cit., 2; R. Villata, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 1971, 595 ss.; F. Satta, *Giustizia amministrativa*, Padova, 1986, 412.

La sopravvivenza del potere all'annullamento comporta, in astratto, che l'amministrazione, una volta annullato il provvedimento, sia in condizione di riprodurre un atto non soltanto di contenuto identico, bensì anche affetto dal medesimo vizio; il cittadino potrebbe proporre un nuovo ricorso, che verosimilmente verrebbe accolto con il conseguente annullamento dell'atto; ma a quel punto l'amministrazione potrebbe nuovamente riproporre l'atto viziato, innescando un circolo vizioso potenzialmente senza fine[62].

La dottrina e la giurisprudenza avvertono da sempre l'esigenza di individuare un punto di equilibrio tra "due opposte esigenze, rappresentate dalla garanzia della inesauribilità del potere di amministrazione attiva e dalla portata cogente del giudicato"[63]. Le proposte avanzate a tal riguardo possono essere distinte a seconda che i vincoli alla riedizione del potere dopo il processo siano fatti derivare da una norma implicita di diritto sostanziale ovvero, secondo la tesi che oggi trova maggiori consensi, siano collegati all'estensione oggettiva del giudicato amministrativo.

B) Il ricorso a una norma inespressa di diritto sostanziale per limitare la riedizione del potere a seguito dell'annullamento è un motivo comune a tutte le tesi, succedutesi nel tempo, che negano l'attitudine delle sentenze amministrative ad acquisire l'efficacia propria della cosa giudicata in senso sostanziale[64].

In origine l'attitudine delle decisioni della IV sezione del Consiglio di Stato ad acquisire l'efficacia della cosa giudicata era negata a causa della natura amministrativa, e non giurisdizionale, che si riconosceva a questo organo. La natura amministrativa impediva di ravvisare nella sentenza quell'accertamento incontrovertibile del rapporto che è caratteristico della pro-

[62] Cfr. M. Clarich, *Giudicato e potere*, cit., 3.

[63] Cons. Stato, sez. IV, 11 febbraio 2013 n. 769; Cons. Stato, sez. IV, 29 gennaio 2015, n. 439; Cons. Stato, sez.V, 15 novembre 2016, n. 4717. Secondo T.A.R. Marche, Ancona, sez. I, 8 ottobre 2015, n. 698 "la questione di fondo […] non ha mai trovato né mai troverà soluzioni definitivamente appaganti, visto che nell'ordinamento coesistono due principi teoricamente inconciliabili: da un lato, il principio di effettività della tutela giurisdizionale (in base al quale il ricorrente vittorioso nel giudizio di merito ha diritto a conseguire in sede di esecuzione l'utilità sostanziale attesa, salvo il caso di impossibilità sopravvenuta dell'esecuzione in forma specifica), dall'altro lato, il principio di c.d. inesauribilità del potere sancito dall'art. 112, comma 1, cod. proc. amm. e prima ancora dal soppresso art. 88 reg. proc. n. 642/1907". Cfr. altresì T.A.R. Liguria, Genova, sez. I, 10 febbraio 2016, n. 133; T.A.R. Puglia, Lecce, sez. II, 5 febbraio 2016, n. 264; T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. I, 26 gennaio 2016, n. 148, dove si insiste sulla doverosità della riedizione del potere.

[64] Per critiche generali alle dottrine che negano l'efficacia di cosa giudicata delle sentenze amministrative v. C. Cacciavillani, *Giudizio amministrativo e giudicato*, Padova, 2005, 5 ss., *passim*.

nuncia giurisdizionale, e quindi di ricavarne una preclusione rispetto alla riedizione del potere amministrativo[65].

La dottrina più autorevole, nondimeno, riteneva che il provvedimento affetto da vizi già riscontrati in quello precedentemente annullato fosse illegittimo per vizio di eccesso di potere, in quanto se l'amministrazione potesse impunemente reiterare l'atto annullato verrebbe frustrato l'obiettivo perseguito dal legislatore con l'istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato[66].

[65] È interessante osservare come tra gli argomenti utilizzati da V.E. Orlando, *La giustizia amministrativa*, cit., 1042 ss., 1062 s., per affermare la natura amministrativa della IV sezione del Consiglio di Stato vi fosse proprio l'impossibilità di riconoscere alle pronunce di questa autorità l'efficacia di giudicato tipica delle sentenze: secondo l'A., infatti, le decisioni della IV sezione del Consiglio di Stato non possono essere assimilate alle pronunce giurisdizionali in quanto un carattere essenziale delle seconde è l'efficacia *inter partes*, mentre le prime producono effetti *erga omnes* poiché rimuovono atti che toccano interessi di più individui. L'altro argomento utilizzato attiene alla differente posizione istituzionale del giudice rispetto alle parti del processo civile e della IV sezione rispetto alla pubblica amministrazione: il primo esercita un vero e proprio potere di supremazia rispetto alle parti che consente alle sue decisioni di stabilire incontrovertibilmente l'assetto del rapporto giuridico tra le stesse; la seconda non esercita la stessa supremazia, tale da giustificare che le proprie decisioni acquisiscano l'efficacia di cosa giudicata, in quanto "in nessun caso si può ammettere che un potere sovrano, quale è quello spettante alla pubblica amministrazione, sottostia ad un limite dell'azione futura, a meno che questo non sia imposto per legge".

Per l'esame delle decisioni della IV sezione dalle quali si può desumere una chiara presa di posizione in favore della natura amministrativa dello stesso organo v. E. Follieri, *La legge 31 marzo 1889, n. 5992, nella giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in ISAP, *Le riforme crispine, vol. II, - Giustizia amministrativa*, Milano, 1990, 445 ss.

Va peraltro ricordato che la tesi della natura amministrativa della IV Sezione era sostenuta da Orlando, come da Santi Romano, con l'intento pragmatico di evitare l'assimilazione del suo sindacato sugli atti amministrativi a quello, ben più ridotto, del giudice ordinario: per questa interpretazione A. Romano, *La giustizia amministrativa nel pensiero del professor Santi Romano*, in *La giustizia amministrativa ai tempi di Santi Romano presidente del Consiglio di Stato*, Torino, 2004, 27; F.G. Scoca, Recours pour excès de pouvoir *e ricorso al giudice amministrativo. Stesse radici, simili problemi, soluzioni diverse*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1 ss.; M. Mazzamuto, *Il riparto di giurisdizione*, cit., 34 ss.

[66] "[…] Contravviene agli scopi intimi di quella istituzione e commette un atto di supremo arbitrio e, diremmo quasi, di dispregio verso l'autorità della legge, un organo amministrativo, il quale, senza il concorso di una nuova e diversa ragione, ma in onta alla decisione del magistrato di giustizia amministrativa, riproducesse il provvedimento annullato": V.E. Orlando, *op. cit.*, 1064, il passo è citato anche da M. Clarich, *Giudicato e potere*, cit., 33 nota 31; sulla posizione di Orlando v. da ultimo l'ampia ricostruzione di S. Vaccari, *Il giudicato nel nuovo diritto processuale amministrativo*, Torino, 2017, 74 ss., 86, 100 ss., dove si mette in evidenza che Orlando riteneva viziato da eccesso di potere soltanto l'atto riproduttivo del vizio mentre ammetteva la riproduzione dell'atto sulla base di diversi motivi.

In seguito, acquisita la natura giurisdizionale della IV sezione del Consiglio di Stato[67], l'inidoneità della sentenza amministrativa a possedere l'efficacia di cosa giudicata è stata sostenuta dalla dottrina secondo cui il processo amministrativo, risolvendosi nel mero annullamento dell'atto impugnato sulla base dei vizi riscontrati, non ha la sostanza della giurisdizione, che è l'attività dello Stato volta a dirimere la lite tra due soggetti posti su un piano di parità individuando una volta per tutte la disciplina del rapporto controverso[68].

Per questa dottrina il processo amministrativo è un procedimento di controllo teso a rilevare i vizi degli atti amministrativi[69], soltanto esercitato nelle forme della giurisdizione, e la sentenza di annullamento che lo conclude non possiede l'efficacia di cosa giudicata perché manca la stessa base logica per applicare la nozione di giudicato in senso sostanziale, ovvero l'accertamento del rapporto giuridico tra due o più parti poste su un piano di parità[70].

Sennonché il processo risulterebbe privo di utilità pratica se non si dovesse riconoscere l'esistenza del divieto di emanare un nuovo atto affetto dai vizi accertati in occasione del controllo[71]. Da qui la necessità di costruire una "preclusione in ordine all'esercizio ulteriore del potere mediante la ripetizione dei vizi riscontrati"[72], preclusione che però non si collega alla (del resto inesistente) efficacia del giudicato sostanziale, ma si realizza attraverso la "espropriazione (ci si consenta il termine), a favore dell'organo di sindacato, del potere di esame della legittimità dell'atto"[73].

[67] La natura giurisdizionale della IV sezione del Consiglio di Stato venne riconosciuta da Cass. SS.UU. 24 giugno 1891, caso *Laurens*, e in seguito sancita dalla legge 7 marzo 1907, n. 62. Cfr. V. Scialoja, *Come il Consiglio di Stato divenne organo giurisdizionale*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1931, I, 410.

[68] E. Capaccioli, *Per l'effettività della giustizia amministrativa*, cit., 457 ss.

[69] E. Capaccioli, *Per l'effettività della giustizia amministrativa*, cit., 457 ss.; Id., *Interessi legittimi e risarcimento dei danni*, in Id., *Diritto e processo*, cit., 144 ss.

[70] E. Capaccioli, *Per l'effettività della giustizia amministrativa*, cit., 476 ss., 478, dove si afferma che "del giudicato nel senso dell'art. 2909 cod. civ. non c'è bisogno, e per esso non c'è spazio, nel processo di annullamento".

[71] E. Capaccioli, *Per l'effettività della giustizia amministrativa*, cit., 465 ss. osserva che l'interesse legittimo non è soddisfatto dal mero annullamento dell'atto impugnato, benché questo ne costituisca l'essenziale forma di tutela: occorre che la pubblica amministrazione sostituisca l'atto annullato con uno nuovo esente da vizi.

[72] E. Capaccioli, *Per l'effettività della giustizia amministrativa*, cit., 462 s.

[73] E. Capaccioli, *Per l'effettività della giustizia amministrativa*, cit., 468, dove si puntualizza che l'espropriazione ha luogo "nei limiti in cui il sindacato si svolge", sicché la preclusione varia a seconda del numero e del tipo dei motivi di ricorso proposti.

Più esattamente, "la proposizione del ricorso giurisdizionale produce l'effetto di sottrarre alla pubblica amministrazione il potere di controllo (in sede di autotutela), per affidarlo all'organo giurisdizionale. Una volta pronunciata la sentenza definitiva, il giudice, in base al principio del *ne bis in idem*, consuma il potere di decidere. Dalla somma di questi due congegni scatta l'effetto preclusivo"[74]. La preclusione al riesercizio del potere amministrativo dunque scatta al momento della presentazione del ricorso ed è spiegata sulla base di una regola di diritto sostanziale che attiene alla "dinamica dei rapporti tra procedimento e processo amministrativo"[75].

Giustifica i limiti alla riedizione del potere in ragione di una norma sostanziale implicita anche la dottrina che, pur riconoscendo l'attitudine delle sentenze di annullamento ad acquisire efficacia di cosa giudicata[76], pone limiti stringenti alla estensione oggettiva del giudicato stesso, sostenendo che "gli effetti della sentenza si esauriscono nella pronunzia dichiarativa o costitutiva e non c'è un effetto valido dell'accertamento giudiziale che non muoia, per così dire, nella pronunzia principale o nel dispositivo"[77].

[74] Questa la sintesi del pensiero di Capaccioli sul tema offerta da M. Clarich, *Giudicato e potere*, cit., 101. Cfr. altresì M. Clarich, *La giustizia amministrativa nell'opera di Enzo Capaccioli: un tentativo di ricostruzione sistematica*, in *Dir. proc. amm.*, 1987, 469 ss.

[75] Cfr. M. Clarich, *Giudicato e potere*, cit., 103.

[76] Cogliendone la portata innanzitutto nei confronti del giudice, il quale una volta formatosi il giudicato viene privato del potere di "riaprire il discorso sull'applicazione della regola al caso di specie": F. Benvenuti, *Giudicato*, cit., 903. Sulle teorie che esauriscono la portata del giudicato materiale in una prospettiva meramente processuale come vincolo a carico del secondo giudice, alle quali comunque non può essere ascritta la posizione di Benvenuti in ragione di quanto si vedrà subito nel testo, cfr. A. Travi, *Il giudicato amministrativo*, in AA.VV., *Cosa giudicata e processo amministrativo*, Atti delle Giornate di studio sulla Giustizia Amministrativa dedicate ad Eugenio Cannada Bartoli, promossa dalla Associazione Italiana Studiosi del Processo Amministrativo (Siena 9-10 giugno 2006), fascicolo allegato a *Giust. amm.*, n. 1/2008, 67, il quale rileva come queste teorie siano sempre risultate "lontane dalle esigenze del processo amministrativo, incentrate piuttosto sul rapporto sostanziale del cittadino con l'amministrazione e, perciò, sul problema del riesercizio del potere".

Ad ogni modo, che l'effetto preclusivo del giudicato riguardi più il giudice che le parti è un dato di fatto in quanto, come osserva da ultimo G. Verde, *Considerazioni inattuali su giudicato e poteri del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 17, "nulla esclude che queste ultime, qualora si tratti di diritti disponibili, raggiungano successivamente al giudicato intese che ne paralizzino o ne modificano le conseguenze; il primo non può più intervenire […], anche se glielo richiedessero le parti, perché, avendo già esercitato la funzione, ha esaurito il suo potere".

[77] Il carattere intrinsecamente limitato degli effetti della sentenza, la quale non contiene alcun accertamento relativo al rapporto sostanziale controverso, si spiega in quanto nel processo amministrativo il giudice non conosce dell'atto nella sua interezza ma soltanto del problema di validità rappresentato dal ricorrente: F. Benvenuti, *Giudicato*, cit., 898.

Anche in questa ottica, la preclusione relativa ai fatti accertati dalla sentenza trova fondamento (non già nell'incontrovertibilità del giudicato, bensì) in una regola inespressa che include l'accertamento contenuto nella sentenza, intesa come fatto, tra i limiti del potere[78].

La c.d. violazione del giudicato non rappresenta infatti un vizio specifico, "direttamente dipendente dalla forza del giudicato come tale", bensì "una irregolarità generica della trasformazione del potere in atto, per non aver riprodotto nell'atto stesso il condizionamento del potere ad opera della sentenza. In altri termini, quest'ultima assumerebbe il significato di un vincolo della discrezionalità dell'amministrazione"[79].

C) L'opinione oggi prevalente mette in relazione i vincoli alla riedizione del potere con l'efficacia oggettiva del giudicato[80].

Il presupposto concettuale di questa concezione dei rapporti tra processo e diritto sostanziale è il posizionamento del potere stesso su un piano di equiordinazione al potere giudiziario, tale per cui il secondo non può privare il primo della propria congenita autoritatività. Si può così affermare che il "valore della esistenza o della inesistenza dell'atto in confronto alle successive iniziative dell'amministrazione solo apparentemente dipendono dal giudicato amministrativo; in verità, debbono farsi risalire o alla persistenza del valore dell'atto oppure alla persistenza del potere amministrativo; mentre, quanto alle successive incidenze dell'attività amministrativa nel rapporto definito dall'atto, esse non saranno di per se stesse limitate in via immediata dal giudicato, in quanto a questo ultimo si sovrapponga il persistente potere dell'amministrazione" (*op. loc. ult. cit.*).

[78] "Per discorrere di effetti del giudicato, dovremmo poter apprezzare questi effetti in quanto promananti direttamente dalla sentenza: invece gli effetti della sentenza si esauriscono nella pronunzia dichiarativa o costitutiva e non c'è un effetto valido dell'accertamento giudiziale che non muoia, per così dire, nella pronunzia principale o nel dispositivo. Quegli effetti ulteriori che si traggono dall'accertamento vengono ripresi su di un piano diverso, e cioè in quello dell'esercizio del potere rispetto al quale non è tanto l'incontrovertibilità del giudicato a precludere la strada all'autorità amministrativa in un senso o nell'altro, quanto la sentenza come fatto, della quale quell'esercizio di potere risente, essendo stata inclusa tra i limiti di esso": F. Benvenuti, *op. loc. ult. cit.*

[79] F. Benvenuti, *op. loc. ult. cit.* Sicché, prosegue l'A., "la preclusione dipendente dal giudicato colpirebbe non già il potere in se stesso, ma il rapporto tra il potere e l'atto, incidendo, come accertamento, sulle circostanze che si frappongono fra tali due termini. Il che impedisce allo stesso tempo, che la preclusione si trasferisca sul piano del potere amministrativo o del rapporto, nonché sul piano della potestà di decidere del giudice, per negare o l'uno o l'altra o entrambi, operando invero su elementi sostanziali parziali o intermedi. La preclusione non è conseguentemente definitoria di per se stessa rispetto alla fattispecie sostanziale e processuale successiva alla sentenza: non toglie il potere dell'amministrazione di provvedere nuovamente e al giudice di decidere nuovamente, ma interpone un elemento che non può essere trascurato. Una preclusione, se vogliamo in senso più positivo che negativo".

[80] In questo senso, molto chiaramente, M. Nigro, *Il giudicato amministrativo e il processo di ottemperanza*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1981, 1158.

Che il divieto di reiterare il provvedimento con il medesimo vizio trovi fondamento nell'autorità di cosa giudicata è affermazione diffusa nella giurisprudenza sin da tempi risalenti[81]. E anche la dottrina ben presto si accorse che, per giustificare i vincoli relativi al comportamento successivo della pubblica amministrazione, la strada più diretta era quella di estendere l'efficacia del giudicato oltre il mero dispositivo della pronuncia cassatoria. Da qui i primi tentavi di stabilire una connessione tra la cosa giudicata e i motivi accolti, secondo prospettazioni teoriche piuttosto vaghe e dunque concettualmente insoddisfacenti[82].

La prima costruzione rigorosa fu probabilmente quella che mise in rilievo un certo parallelismo tra i motivi di ricorso, ciascuno dei quali integra una *causa petendi* ed identifica l'azione, e i plurimi "titoli giuridici" sulla cui base l'amministrazione può adottare un atto dello stesso contenuto: come il ricorrente può chiedere l'annullamento del provvedimento impugnato sulla base di diverse ragioni, che integrano altrettante azioni, così l'amministrazione solitamente può adottare un atto di un certo contenuto ponendovi a fondamento, a seconda dei casi cumulativamente oppure alternativamente, diversi fatti costitutivi che integrano altrettanti titoli giuridici[83].

L'accoglimento di uno solo dei motivi è sufficiente per ottenere l'acco-

[81] Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 20 aprile 1894, in *Giur. it.*, 1894, III, 161 ss., con la quale la IV sezione del Consiglio di Stato, sostenendo l'idoneità delle proprie decisioni ad acquistare autorità di cosa giudicata, affermò che l'amministrazione viola il giudicato se, annullato un primo diniego di autorizzazione, reitera l'atto senza che siano emersi fatti nuovi che potessero variare la situazione.

[82] Cfr., esemplificativamente, S. Trentin, *La cosa giudicata nelle decisioni delle Sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato*, Pisa, 1910, 247; C. Vitta, *La giurisdizione amministrativa e il diritto obbiettivo*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1921, 22. Su questa dottrina M. Clarich, *Giudicato e potere*, cit., 43, e soprattutto R. Villata, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, cit., 569-571, dove si sottolinea il carattere empirico del collegamento della tematica dei vizi con l'estensione oggettiva del giudicato.

[83] F. Cammeo, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, I, Milano, s.d., 301 ss.; A.M. Sandulli, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati*, Napoli, 1963, 54 s. A questa ricostruzione del giudicato A.M. Sandulli, *Consistenza ed estensione*, cit., 46 s., aggiunge che dalle sentenze costitutive discende soltanto un "dovere di conformazione", che è diverso dall'obbligo di esecuzione derivante dalle sentenze di condanna in quanto non consiste per l'amministrazione "nel dare esecuzione (e cioè nell'adempiere) ai comandi contenuti nel giudicato […] bensì nel porre in essere tutte le attività occorrenti perché […] lo stato di fatto determinato dall'amministrazione sia reso conforme, e cioè consono, allo stato di diritto definito dal giudice, eliminando ogni contrasto giuridico con esso". Il dovere di ottemperanza, così inteso, è soddisfatto da qualsiasi decisione dell'amministrazione che non si ponga in diretto contrasto con l'accertamento giurisdizionale, indipendentemente dalla realizzazione dell'interesse del ricorrente vittorioso.

glimento del ricorso e l'annullamento del provvedimento. Ma ciò che viene accertato con efficacia di giudicato è soltanto l'inesistenza del titolo giuridico contestato con il motivo accolto. Il giudicato quindi non preclude l'emanazione di un nuovo atto del medesimo contenuto, se questo sia fondato su un altro "titolo" eventualmente preesistente[84].

Lo studio dell'estensione oggettiva del giudicato amministrativo e dei conseguenti limiti al successivo esercizio del potere ha compiuto notevoli progressi quando, sulla base delle acquisizioni della scienza processualcivilistica, si è compreso che "solo attraverso la determinazione dell'oggetto del giudizio è possibile definire in modo non empirico l'ambito oggettivo della cosa giudicata" e dunque i vincoli alla riedizione del potere[85].

La dottrina del processo amministrativo che si è mossa all'interno di questo indirizzo metodologico si caratterizza per una presa di distanze dalla concezione tradizionale del processo costitutivo, secondo cui alla base della sentenza vi sarebbe un diritto potestativo dell'attore nei confronti del convenuto, sottoposto all'accertamento giudiziale e avente come oggetto la modificazione giuridica rappresentata dall'annullamento[86]. Questa tesi vie-

[84] F. Cammeo, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, cit., 302. Sulle tesi di Cammeo e Sandulli si sofferma ampiamente S. Vaccari, *Il giudicato nel nuovo diritto processuale amministrativo*, cit., 90 ss., 95, mettendone esattamente in risalto l'attitudine a limitare l'estensione oggettiva del giudicato più che ad ampliarla.

[85] R. Villata, *L'esecuzione delle decisioni*, cit., 407. In questo senso già A. Romano, *La pregiudizialità nel processo amministrativo*, Milano, 1958, 49 s.: "anzitutto, è chiaro che ciò che costituisce l'oggetto dell'accertamento da parte del giudice, costituisce anche l'oggetto della sua decisione, la quale anzi si modella, per così dire, su di esso; e, d'altra parte, è proprio tale decisione che è coperta da quella speciale efficacia che è denominata forza di giudicato: questo, schematicamente, è il motivo per cui l'oggetto del giudizio delimita, in ultima analisi, anche l'estensione obiettiva della cosa giudicata". Da ultimo su questa linea di pensiero S. Valaguzza, *Il giudicato amministrativo nella teoria del processo*, Milano, 2016, 59 s. e anche S. Vaccari, *Il giudicato nel nuovo diritto processuale amministrativo*, cit., 219.

[86] Secondo l'impostazione data al tema da G. Chiovenda, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1912, rist. Napoli, 1928, da cui si cita, 195, che annovera autorevoli sostenitori: L. Montesano, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Bari, 1981, 92; C. Ferri, *Costitutiva* (azione), in *Enc. giur.*, X, Roma, 1988, 4 ss. Sui diritti potestativi a necessario esercizio giudiziale v. altresì, *ex multis*, S. Menchini, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1987, 167 ss.; I. Pagni, *Sentenza costitutiva (diritto processuale civile)*, in *Il diritto-Encicl. giur.*, Milano, 2007, vol. XIV, 283 ss.; A. Motto, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, Torino, 2012, 56 s,, 189 ss.; nella dottrina amministrativistica R. Villata, *L'esecuzione delle decisioni*, cit., 40.; M. Clarich, *Giudicato e potere*, cit., 120 ss., nonché S. Valaguzza, *Il giudicato amministrativo*, cit., 115.

Il diritto potestativo, posto da questa dottrina a base dell'azione (e della sentenza) costitutiva e diretto alla controparte, si distingue dal diritto di azione di indole processuale, volto soltanto all'ottenimento di una pronuncia di merito: al riguardo cfr. S. Menchini, *I limiti oggettivi*, loc. cit.; A. Attardi, *In tema di limiti oggettivi alla cosa giudicata*, in *Riv. trim. dir. e proc.*

ne criticata nei suoi fondamenti teorici con riguardo alla stessa pensabilità di un diritto potestativo a necessario esercizio giurisdizionale[87] e comunque

civ., 1990, 532; C. Consolo, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo*, I, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1991, 247.

[87] Il problema non è tanto l'esistenza di un diritto, o comunque di una situazione giuridica soggettiva (qualificata come potere o diritto potestativo), a fondamento della tutela costitutiva: dal momento che, per affermare ciò, è sufficiente ammettere che le norme cui a vario titolo si collega la modificazione giuridica richiesta dall'attore sono, come tutte le norme, suscettibili di soggettivazione e dunque di dar luogo a figure di qualificazione variamente denominate: al riguardo cfr. S. Menchini, *I limiti oggettivi*, loc. cit.

Il problema è piuttosto quello, per usare le parole di C. Consolo, *Oggetto del giudicato*, cit., 248, del "ruolo dell'esercizio di codesto potere privato sostanziale alla modificazione […] in ordine alla produzione del mutamento giuridico, allorché a tal fine debba appunto concorrere necessariamente il processo e la sentenza del giudice".

Più semplicemente: posto che la modificazione richiesta dall'attore con l'azione costitutiva richiede l'intervento del giudice con la sentenza, ha senso ritenere che l'attore sia titolare di un diritto potestativo nei confronti del convenuto, in forza del quale può con un atto della propria volontà modificare unilateralmente la sfera giuridica di quest'ultimo? L'interrogativo riguarda, più a fondo, la stessa pensabilità di un diritto potestativo ad esercizio giurisdizionale ed è stato posto anche nell'ambito del dibattito sul processo amministrativo: cfr. A. Piras, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, Milano, 1962, 155 ss., 173 ss.; R. Villata, *L'esecuzione delle decisioni*, cit. 46 s., e le posizioni ivi richiamate e discusse.

La dottrina processualistica contemporanea ritiene superata la tesi, certamente coerente con la logica del diritto potestativo, che individuava nella domanda dell'attore la causa efficiente del mutamento richiesto (l'annullamento, la risoluzione, etc), degradando la sentenza a mero accertamento di un mutamento giuridico già intervenuto in conseguenza della domanda (su queste tesi, criticamente, C. Consolo, *Oggetto del giudicato*, cit., 248 s.). La posizione oggi accolta quasi unanimemente è quella che incentra sulla pronuncia del giudice la forza eziologica del mutamento (soprattutto A. Cerino Canova, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, in *Comm. Allorio*, Torino, 1980, 3 ss., spec. 151 ss.; S. Menchini, *I limiti oggettivi*, cit., 158 ss., 176, 188; altresì C. Consolo, *Oggetto del giudicato*, cit., 249; di recente A. Motto, *Azione costitutiva* (dir. proc. civ.), in *Enc. giur. Treccani - Il diritto online*, reperibile all'indirizzo *http://www.treccani.it/enciclopedia/azione-costitutiva-dir-proc-civ_(Diritto-on-line)*, 2013.

Una volta che si sia riconosciuto ciò, tuttavia, a me pare lineare abbandonare la logica del diritto potestativo (*contra*, però, S. Menchini, *I limiti oggettivi*, cit., 168 ss., spec. 190, secondo cui "la valutazione circa la sussistenza in capo all'attore del diritto di provocare il mutamento rappresenta *non ciò su cui si deve decidere*, ma soltanto *ciò che si deve conoscere*, per accordare meno a questo il bene della vita perseguito"; A. Proto Pisani, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Napoli, 2003, 211 ss.; I. Pagni, *Le azioni di impugnativa negoziale. Contributo allo studio della tutela costitutiva*, Milano, 1998, 291), anche considerato che il potere sostanziale di modificazione si ridurrebbe alla scelta sul "se" richiedere il mutamento, e accogliere la tesi secondo cui la posizione giuridica dell'attore non è rivolta alla produzione del mutamento giuridico a carico della controparte, bensì verso lo Stato e ha come proprio oggetto la costituzione del dovere del giudice di operare una certa trasformazione giuridica, così identificandosi con il potere di azione concreta costitutiva. In questo ordine di idee E. Hei-

ritenuta non confacente al processo amministrativo[88]: soprattutto essa non appare in condizione di giustificare l'estensione del giudicato oltre il mero aspetto cassatorio in quanto, se alla base della tutela costitutiva vi fosse il diritto potestativo, allora l'oggetto dell'accertamento cadrebbe soltanto sul-

nitz, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, Padova, 1937, 103 ss.; A. Romano, *La pregiudizialità*, cit., 285; C. Consolo, *Oggetto del giudicato*, cit., 254 s.; Id., *Domanda giudiziale*, in *Dig. civ.*, VII, Torino, 1991, 83 s.; L. Montesano, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, II ed., Torino, 1994, 143 ss.; M. Fornaciari, *Situazioni potestative, tutela costitutiva, giudicato*, Torino, 1999, 108 ss.; A. Motto, *Azione costitutiva*, cit.; in un senso particolare, cioè senza rinunciare del tutto alla figura del diritto potestativo, E. Allorio, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento processuale*, in Id., *Problemi di diritto*, I, Milano, 1957, 104; cfr. altresì A. Attardi, *In tema di limiti oggettivi alla cosa giudicata*, cit., 534 s., secondo cui l'accertamento contenuto nella sentenza costitutiva verte non sul diritto potestativo ma sulla sussistenza dell'obbligo di dar vita alla modificazione giuridica richiesta, obbligo che si deve ritenere individuato dal fatto giuridico dedotto a fondamento della domanda; nella dottrina del processo amministrativo C. Cacciavillani, *Giudizio amministrativo e giudicato*, cit., 166-169.

Non sembra che questa costruzione della tutela potestativa dia luogo a una giurisdizione di tipo obiettivo. È vero (come ricorda L. Ferrara, *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna al facere*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 629, che sul punto richiama G.F. Ricci, *Principi di diritto processuale generale*, Torino, 2010, 131 s.) che la teoria dell'azione meramente processuale ben si adatta ai processi nei quali l'attività del ricorrente è limitata alla "richiesta del provvedimento che il giudice deve pronunciare in attuazione dell'interesse generale oggettivamente tutelato" (secondo la definizione dei processi a contenuto oggettivo offerta da F. Tommaseo, *I processi a contenuto oggettivo*, in AA.VV., *Studi in onore di Enrico Allorio*, I, Milano, 1989, 94), tuttavia occorre distinguere il meccanismo di produzione dell'effetto costitutivo, e le relative situazioni giuridiche delle parti e del giudice, dalla finalità della tutela costitutiva stessa: che, a seconda della natura soggettiva ovvero oggettiva del processo, si identifica nella situazione soggettiva di base del ricorrente o nell'interesse pubblico. Cfr. C. Cacciavillani, *Giudizio amministrativo e giudicato*, cit., 168 s.

[88] A. Romano, *La pregiudizialità*, cit., 279 s., il quale sul piano metodologico osserva che "se, per avventura, fosse dimostrato che nel processo costitutivo civile sarebbe da ravvisarsi, anzitutto, un potere del privato di provocare la modificazione giuridica corrispondente, questo risultato, di per sé, non può essere aprioristicamente applicato anche al processo amministrativo". Fatta questa premessa, l'A. ritiene che nel processo amministrativo la tesi secondo cui a fondamento della domanda (dunque, dell'oggetto del processo e del giudicato) vi è il potere del privato (o diritto potestativo) a ottenere una trasformazione giuridica si pone in contrasto con la nozione di interesse legittimo, la quale designa una situazione soggettiva che l'ordinamento tutela soltanto in via indiretta rispetto all'interesse pubblico (281). Cfr. R. Villata, *L'esecuzione delle decisioni*, cit., 500. *Contra*, innanzitutto sul piano metodologico, M. Clarich, *Giudicato e potere*, cit., 120 ss., secondo il quale è necessario inserire il tema dell'oggetto del processo amministrativo nell'ambito di quello dell'oggetto del processo costitutivo in generale.

Una difesa della tesi del diritto potestativo nel processo amministrativo si deve a M. Nigro, *L'appello nel processo amministrativo*, Milano, 1960, 18 ss., *infra* nel testo; M. Clarich, *Giudicato e potere*, cit., 123 ss., *infra* nel testo.

la pretesa del ricorrente al mutamento giuridico rappresentato dall'annullamento[89].

L'oggetto del processo viene allora individuato nella questione di legittimità del provvedimento[90] o, secondo una prospettiva che pare più convincente, nella affermazione della sua illegittimità[91] oppure nel diritto processuale (in quanto rivolto al giudice, e non alla controparte) ad ottenere l'annullamento del provvedimento[92]. Un ruolo decisivo all'interno della

[89] Cfr. A. Piras, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, cit., 162; nella dottrina del processo civile argomenti analoghi sono in S. Menchini, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., 179 ss., il quale osserva che il diritto potestativo è strumentale all'effetto finale di modificazione, dunque nasce per la realizzazione di questo e muore allorché esso si è prodotto: "si consuma, cioè, all'interno del processo, al quale il suo esercizio ha dato origine, e perde ogni valore al di fuori di questo […]"; sul punto cfr. l'ampia discussione di C. Consolo, *Oggetto del giudicato*, cit., 261 ss., *passim*.

[90] S. Cassarino, *Le situazioni giuridiche e l'oggetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 1956, 339 ss.; A. Romano, *La pregiudizialità*, cit., 289.

[91] R. Villata, *L'esecuzione delle decisioni*, cit., 516 ss.; F. Ledda, *La giurisdizione amministrativa raccontata ai nipoti*, in Id., *Scritti giuridici*, Padova, 2002, 384 s. Anche secondo F. Follieri, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo. Ragionamento giuridico e modalità di sindacato*, Padova, 2017, 127 s., il processo amministrativo ha ad oggetto la verifica della correttezza delle proposizioni che il ricorrente formula nella domanda attraverso i motivi di ricorso, proposizioni che "affermano (in via cumulativa o alternativa) l'illegittimità del provvedimento impugnato e, perciò concludono per la sua invalidazione": per questa ragione, "il sindacato sul provvedimento amministrativo non è un giudizio di legittimità, ma un giudizio sulle illegittimità denunciate dal ricorrente". L'A. osserva anche che la decisione della controversia non può limitarsi all'asserzione circa la (il)legittimità dell'atto impugnato: a meno che non si sottintenda l'identificazione fra invalidità e inefficacia (criticata dall'A. con buoni argomenti), la decisione della controversia, oltre ad accertare l'eventuale illegittimità dell'atto, deve concludersi con la posizione di una norma concreta che dispone l'invalidazione del provvedimento nullo o annullabile (115, 121).

In linea di continuità con l'impostazione che individua nell'atto impugnato l'oggetto del processo costitutivo si pone F.G. Scoca, *Osservazioni eccentriche, forse stravaganti, sul processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 852, secondo cui "l'oggetto del processo su interessi legittimi attiene strettamente al modo di esercizio del potere, dato che il pregiudizio sofferto dalla situazione giuridica soggettiva, di cui il cittadino chiede la tutela, si muta in violazione della stessa esclusivamente se il potere è stato esercitato in modo illegittimo. L'esercizio legittimo del potere, ove anche provochi effetti pregiudizievoli, non determina violazione delle contrapposte situazioni soggettive. In altri termini, la violazione della situazione soggettiva dedotta in giudizio non è legata semplicemente al contrasto con essa del comportamento del convenuto; dipende dal modo in cui il convenuto ha utilizzato la sua situazione soggettiva, il potere". Cfr. anche G. Verde, *Considerazioni inattuali su giudicato e potere del giudice*, cit., 32, secondo cui nel processo costitutivo l'accertamento di regola riguarda "una situazione di potere per il quale un soggetto è in grado di incidere nella sfera di autonomia di un altro soggetto"; G. Corso, *Prova (diritto amministrativo)*, in *Enc. giur.*, XXV, Roma, 1999, 2.

[92] S. Valaguzza, *Il giudicato amministrativo*, cit., 122 s., secondo cui l'oggetto del giudizio

affermazione viene attribuito ai motivi di ricorso[93], i quali identificano le azioni proposte[94] e quindi precisano l'oggetto del giudizio[95] o vi rientra-

di annullamento è l'accertamento del diritto (potestativo) ad ottenere l'annullamento del provvedimento impugnato, un diritto che "si rivolge al giudice e non attribuisce facoltà al suo titolare nel mondo del diritto sostanziale". Ad opinione dell'A. non è possibile ritenere che l'oggetto del processo sia l'accertamento della legittimità del provvedimento impugnato in quanto un simile accertamento, per effetto dell'art. 21-*octies* comma secondo, l. n. 241/1990, non è sufficiente a determinare l'annullamento del provvedimento e dunque l'accoglimento del ricorso.

Cfr. A. Travi, *Il giudicato amministrativo*, cit., 71, secondo cui l'indicazione dell'illegittimità del provvedimento come oggetto del giudizio è "un'espressione ellittica che richiama la specifica lesione dell'interesse legittimo, ossia il fatto costitutivo del diritto all'annullamento dell'atto lesivo": l'A. ritiene pertanto che il cittadino con il ricorso fa valere il diritto all'annullamento dell'atto lesivo, "un diritto potestativo che richiede, per la sua attuazione, la collaborazione necessaria del giudice"; precisando che nel processo amministrativo di annullamento, diversamente da quanto avviene nelle impugnative negoziali, l'accertamento espresso dal giudicato si estende alla specifica lesione dell'interesse legittimo (*id est*: al vizio dell'atto riscontrato dal giudice), dandosi così spiegazione dell'effetto conformativo.

[93] Il dibattito è ripercorso da M. Clarich, *Giudicato e potere*, cit., 137-152. Cfr. altresì A. Travi, *Il giudicato amministrativo*, cit., 73 s.

[94] In questi termini E. Guicciardi, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1954, 212 ss.; A. Romano, *La pregiudizialità*, cit., 84 ss., 363. In giurisprudenza, esemplificativamente, Cons. Stato, sez. IV, 25 settembre 1998, n. 66.

Sulla questione se a ogni vizio dedotto corrisponda una diversa domanda ovvero il diritto dell'annullamento sia unico cfr., oltre alle posizioni di Nigro e Clarich esposte nelle note successive, l'ampio dibattito della dottrina processualcivilistica: tra gli altri A. Proto Pisani, *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva (e sulle tecniche di produzione degli effetti sostanziali)*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, 60 ss.; C. Ferri, *Costitutiva*, cit., 4 ss.; C. Consolo, *Domanda giudiziale*, cit., 79 ss.; M. Fornaciari, *Situazioni potestative*, cit., 247 ss.; nella dottrina del processo amministrativo S. Valaguzza, *Il giudicato amministrativo*, cit., 196-199.

Secondo Cons. Stato, ad. plen., n. 5/2015, quando il provvedimento impugnato è uno solo, si è in presenza di un'unica domanda, eventualmente fondata su più ragioni, in quanto unico è l'effetto cassatorio che il ricorrente ha di mira; di pluralità delle domande si può invece parlare quando il ricorrente impugna più provvedimenti tra loro connessi, chiedendone l'annullamento. A sostegno di questa posizione il Consiglio di Stato richiama l'art. 40, comma 1, lett. *b*) e l'art. 42, comma 3, c.p.a. che nell'individuare il contenuto del ricorso correlano l'oggetto della domanda al provvedimento impugnato; l'art. 43, comma 1, c.p.a. che fonda la distinzione tra motivi aggiunti propri e impropri a seconda che sia o meno impugnato un provvedimento ulteriore e diverso rispetto a quello oggetto del ricorso introduttivo o del ricorso incidentale; l'art. 104, comma 3, c.p.a. che circoscrive la proposizione dei motivi aggiunti in appello esclusivamente nei confronti degli atti impugnati in primo grado; l'art. 120, comma 7, c.p.a. che nel rito appalti impone eccezionalmente il ricorso ai motivi aggiunti impropri per impugnare provvedimenti attinenti alla medesima procedura di gara.

[95] Così A. Romano, *La pregiudizialità*, cit., 364 s., secondo cui se il motivo di ricorso non indentificasse il ricorso stesso, l'oggetto del processo "si risolverebbe nella proposizione:

no[96]. Di conseguenza, essi concorrono a definire i limiti oggettivi del giudicato di accoglimento, il quale statuisce non soltanto sulla illegittimità del provvedimento ma anche sull'esattezza delle affermazioni del ricorrente:

l'atto impugnato è illegittimo. Viceversa, poiché il motivo di ricorso identifica il ricorso stesso, quel che il ricorrente afferma è: l'atto impugnato è illegittimo, perché affetto dal vizio che si denuncia; questo è quel che il giudice accerta; e, corrispondentemente, secondo il risultato di tale valutazione, quel che passa in giudicato è l'accertamento della legittimità, o dell'illegittimità, in relazione a quel vizio dell'atto stesso".

[96] L'affermazione che i motivi rientrano nell'oggetto del giudizio è un corollario immediato della tesi che ravvisa l'oggetto del processo nell'affermazione del ricorrente, considerato che tale affermazione comprende l'esposizione delle censure rivolte nei riguardi del provvedimento impugnato: in questo senso soprattutto R. Villata, *L'esecuzione delle decisioni*, cit., 516 ss.

Meno diretta, ma comunque percorribile, è la via che si deve imboccare per arrivare alla stessa conclusione se si parte dal presupposto che oggetto del processo sia (non l'affermazione dell'invalidità del provvedimento) ma il diritto (rivolto al giudice) ad ottenere l'annullamento: in questo senso S. Valaguzza, *Il giudicato amministrativo*, cit., 190 ss. che specifica la propria concezione sostenendo la possibilità di scomporre il diritto all'annullamento in tanti diritti quanti sono i motivi di ricorso, che in tal modo rientrano nell'oggetto del giudizio e del giudicato.

A questa conclusione ricostruttiva l'A. perviene ricorrendo alla categoria dei diritti eterodeterminati, ossia quei diritti che possono sussistere simultaneamente e più volte con lo stesso contenuto tra i medesimi soggetti (ad esempio, i diritti di credito a prestazioni di somme di denaro). Quando vengono azionati nel processo, il fatto costitutivo di questi diritti assurge a elemento di individuazione e identificazione della domanda (che perciò non si identifica col diritto stesso, come avviene negli altri casi) in quanto diversamente si avrebbe una assoluta incertezza sul diritto fatto valere (A. Proto Pisani, *Appunti sul giudicato civile e suoi limiti oggettivi*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, 386 ss.). Poiché il fatto costitutivo è in questo senso compreso nel diritto azionato, se ne deduce che lo stesso fatto è attratto nel campo oggettivo di rilevanza del giudicato, il quale pertanto non si forma soltanto sull'esistenza del diritto ma anche sull'esistenza dei suoi fatti costitutivi addotti con la domanda (S. Valaguzza, *Il giudicato*, cit., 192).

Secondo S. Valaguzza, *Il giudicato amministrativo*, cit., 193 s., il diritto all'eliminazione del provvedimento impugnato (che per l'A. è l'oggetto del processo amministrativo di impugnazione, v. nota precedente) consiste in un diritto processuale (*id est*: rivolto al giudice, rilevante solo nel processo) eterodeterminato, dal momento che è "è possibile far valere, nei confronti della medesima amministrazione e da parte del medesimo soggetto o di altri soggetti, una pluralità di illegittimità con riferimento al medesimo atto". Di conseguenza "ciascuna illegittimità genera la rivendicazione di un diverso diritto, integrato dal fatto o dai fatti costitutivi, specificamente allegati, in grado di circoscrivere un singolo contrasto dell'azione amministrativa con i canoni del suo legittimo operare e, dunque, un singolo motivo di ricorso". La rivendicazione giurisdizionale di ogni singolo diritto all'annullamento "è inscindibilmente connessa a quei particolari dati di fatto e di diritto che generano la specifica violazione supposta, che sono elementi essenziali della fattispecie per cui si agisce in giudizio e perciò, a nostro avviso, devono essere tutti attratti dentro la dimensione oggettiva del giudicato".

con l'ulteriore conseguenza che l'amministrazione non potrà riesercitare il potere in contrasto con quanto affermato dal ricorrente e accertato dal giudice[97].

Conclusivamente, secondo questo modo di ragionare, "se il giudizio amministrativo verte sull'affermazione dell'illegittimità del provvedimento in relazione ai motivi addotti dal ricorrente, il giudicato troverà i suoi limiti oggettivi nell'accertamento della legittimità o meno dell'atto, nei limiti dei vizi denunziati"[98].

Da questa impostazione si distingue per il percorso argomentativo, ma non per le conclusioni relative alla ampiezza della preclusione derivante dall'annullamento, la dottrina che definisce l'oggetto del giudizio come "l'affermazione di (la pretesa di avere) un diritto, nei confronti dell'autorità emanante, all'invalidazione sulla base di uno o più specifici e determinati vizi, di un atto amministrativo (*causa petendi*) e la richiesta al giudice di provvedere accertando il diritto ed attuando la trasformazione giuridica verso cui il diritto tende (*petitum*)"[99].

Tale posizione si differenzia da quelle prima ricordate sia per la rivalutazione della teoria del diritto potestativo quale oggetto del giudizio, sia per l'affermazione che il diritto all'annullamento è unico anche quando nel ricorso sono fatti valere più vizi contro il provvedimento impugnato[100], sia infine per l'accentuazione del contenuto ordinativo della sentenza[101].

[97] R. Villata, *L'esecuzione delle decisioni*, cit., 538 s., 575 ss.

[98] R. Villata, *L'esecuzione delle decisioni*, cit., 568, 576 dove si legge che "l'accertamento del vizio denunciato dal ricorrente, in quanto verte sull'oggetto del giudizio amministrativo, ha l'autorità della cosa giudicata".

[99] M. Nigro, *L'appello*, cit., 18 ss.

[100] Se sono fatti valere più vizi, il diritto all'annullamento si ricollega ad una "fattispecie costitutiva di assieme" e i motivi integrano un'unica *causa petendi*: cfr. M. Nigro, *L'appello*, cit., 32; Id., *Processo amministrativo e motivi di ricorso*, in *Foro. it*., 3/1975, c. 20, dove si precisa che i motivi di ricorso "vanno considerati l'uno insieme con l'altro non solo per fare risaltare compiutamente l'episodio della vita da cui nasce la pretesa del ricorrente, ma anche per sorreggersi vicendevolmente, per illuminarsi e precisarsi l'un l'altro". Questo aspetto della tesi di Nigro è condiviso da M. Clarich, *Giudicato e potere*, cit., 70, 135, il quale dalla unicità del diritto all'annullamento trae l'implicazione che, rigettata una prima azione, non è ammessa una nuova azione su fatti costitutivi non dedotti ma deducibili nel primo processo.

[101] Secondo M. Nigro, *Sulla natura giuridica del processo di cui all'art. 27 n. 4 delle leggi sul Consiglio di Stato*, in *Rass. dir. pubbl*., 1954, 300, "la pronuncia amministrativa oltre una sentenza costitutiva, certamente è anche una sentenza ordinativa, in quanto ordina un certo comportamento, senza però assoggettare all'esecuzione forzata, nel qual caso si avrebbe una vera e propria sentenza di condanna"; altresì Id., *Il giudicato amministrativo e il processo di ottemperanza*, cit., 1162. *Contra* R. Villata, *L'esecuzione delle decisioni*, cit., 68 s. ove la critica generale alla teoria che individua un elemento ordinatorio nella sentenza costitutiva.

Rimane fermo, però, che i motivi di ricorso rientrano nell'oggetto del giudizio e sono l'elemento decisivo per determinare la portata del giudicato rispetto alla futura azione dell'amministrazione, in quanto il "vincolo che il giudicato costituisce a carico dell'amministrazione relativamente al futuro esercizio del potere già malamente esercitato" varia nella sua dimensione o portata a seconda del motivo di impugnazione accolto[102].

L'accentuazione del contenuto ordinativo della sentenza di annullamento consente di qualificare come effetto autonomo della sentenza – l'effetto conformativo – il fenomeno che le altre dottrine concepiscono nei termini di una preclusione derivante dal giudicato rispetto al futuro esercizio del potere amministrativo[103].

Ed infatti l'effetto conformativo, ricavabile dalla motivazione[104], altro non è che la determinazione del "modo come, con riferimento ai profili "emersi" nel giudizio per richiesta del ricorrente, il potere avrebbe dovuto essere esercitato e non è stato"[105]: dunque, è il risvolto immediato dell'accertamento dell'illegittimità dell'atto e della conseguente preclusione[106].

[102] Cfr. M. Nigro, *L'appello*, cit., 434, 436, 438, dove si afferma che l'utilità pratica della sentenza per il ricorrente varia a seconda del motivo di impugnazione accolto, in quanto diversi sono gli effetti dell'annullamento "per quanto attiene al vincolo che il giudicato costituisce a carico dell'amministrazione relativamente al futuro esercizio del potere già malamente esercitato". In ragione della dimensione del vincolo derivante dall'accoglimento dei motivi l'A. propone di distinguere e raggruppare i capi di domanda: nel senso che danno origine ad un solo capo di domanda i vizi che producono un vincolo della stessa dimensione a carico della riedizione del potere. Cfr. P. Chirulli, *Tanto conformato quanto ottemperando*, in *Dir. proc. amm.*, 1991, 133 s.

[103] Che il c.d. effetto conformativo non consista in un fenomeno giuridico diverso dalla "forza tipica e imprescindibile dell'accertamento giudiziale" è rilevato da C. Cacciavillani, *Giudizio amministrativo e giudicato*, cit., 299 s., nota 123. Invece M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 2000, 304, ritiene che il fenomeno sia "molto più ampio", essendo riduttivo ad avviso dell'A. individuare il contenuto dell'effetto conformativo nel divieto della riedizione dell'atto con gli stessi vizi che il giudice ha individuato.

[104] La quale pertanto acquisisce "vera e propria forza precettiva": M. Nigro, *Il giudicato amministrativo e il processo di ottemperanza*, cit., 1166.

[105] M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, cit., 304, il quale osserva che "con l'atto amministrativo l'amministrazione ha operato una certa sistemazione degli interessi in conflitto: con il suo ricorso, uno degli interessati, insoddisfatto, critica questa sistemazione e ne propone un'altra. Il giudice amministrativo, pronunciando sul ricorso, accerta se la sistemazione stessa sia conforme a legge e, facendo ciò, delinea una nuova sistemazione degli interessi accogliendo in tutto o in parte quella proposta dal ricorrente".

[106] M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, cit., 304; Id., *Il giudicato amministrativo e il processo di ottemperanza*, cit., 1163, dove si legge che l'accertamento del giudice fornisce "il contenuto dell'obbligo di conformazione (ben s'intende, come effetto diretto della sentenza) perché, sotto mostra di accertare l'invalidità dell'atto e le ragioni che la provocano, il giudice stabi-

Può essere pieno, semipieno o strumentale a seconda del vizio accolto[107] ed è strumento di tutela degli interessi legittimi pretensivi[108].

Vi è infine un'ultima opzione ricostruttiva di cui occorre dar conto, che si muove in un quadro concettuale diverso da quello comune alle tesi da ultimo richiamate. Queste condividono l'opinione che l'estensione del giudicato dipende dall'estensione dell'oggetto del giudizio, e quindi assegnano un ruolo determinante ai motivi di ricorso: i quali rientrano nell'oggetto del giudizio, o comunque lo precisano, con l'effetto di estendere la forza vincolante del giudicato oltre il mero aspetto cassatorio. La dottrina che ora si richiama, invece, contesta l'inerenza dei motivi di ricorso all'oggetto del processo[109] e spiega il divieto di reiterare i vizi attraverso la *Begründungstheorie* elaborata dalla dottrina tedesca[110].

lisce quale è il corretto modo di esercizio del potere e fissa quindi la regola alla quale l'amministrazione si deve attenere nella sua attività futura".

[107] M. Nigro, *L'appello*, cit., 437.

[108] È acquisita in dottrina la convinzione che il mero aspetto cassatorio della sentenza di annullamento non è satisfattivo dell'interesse legittimo pretensivo, per il quale soccorre l'effetto conformativo della sentenza: per tutti E. Follieri, *Risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi*, Chieti, 1984, 122-124; A. Romano, *Interesse legittimo e ordinamento amministrativo*, in *Atti del Convegno celebrativo del 150° anniversario della istituzione del Consiglio di Stato*, Milano, 1983, 178.

[109] Secondo M. Clarich, *Giudicato e potere*, cit., 140 s., se i motivi rientrassero nell'oggetto del giudizio non si spiegherebbe il fenomeno dell'assorbimento dei motivi, perché la mancata pronuncia su alcuni di essi integrerebbe una violazione del principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato. Inoltre la proponibilità nel processo amministrativo dei motivi aggiunti dimostrerebbe una certa fungibilità dei motivi stessi, già riscontrata da A. Piras, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, cit., 256, che ne esclude l'inerenza all'oggetto del giudizio. Per Clarich, dunque, "la funzione dei motivi è soltanto quella di individuare il materiale che il giudice può porre a base della propria decisione": i motivi dunque concorrono a delimitare ciò che il giudice deve conoscere, in base al principio della domanda, ma non ciò su cui deve decidere, ossia l'oggetto del giudizio (149).

La estromissione dei motivi di ricorso dall'oggetto del giudizio, e la spiegazione dell'effetto conformativo attraverso la *Begründungstheorie*, è funzionale a difendere la tesi secondo cui oggetto del processo costitutivo è un diritto potestativo che si presenta unico anche quando le censure sono plurime, tesi che troverebbe una smentita se i motivi rientrassero nell'oggetto del giudizio identificando altrettante azioni (149). A sua volta, la tesi che individua l'oggetto del processo costitutivo nel diritto all'annullamento, unitariamente considerato e non frazionato in tanti diritti quanti sono le *causae petendi*, appare all'A. preferibile rispetto alle altre ricostruzioni dell'oggetto del processo costitutivo in quanto assicura la stabilità del giudicato dal lato attivo: dalla unicità del diritto all'annullamento, infatti, Clarich trae l'implicazione che, rigettata una prima azione, non è ammessa una nuova azione su fatti costitutivi non dedotti ma deducibili nel primo processo (135, 150 s.).

[110] M. Clarich, *Giudicato e potere*, cit., 146-150. Sulla *Begründungstheorie*, elaborata da Zeuner, v. tra gli altri C. Consolo, *Il cumulo condizionale di domande*, I, Padova, 1985, 500 ss.;

Secondo questa teoria, il giudicato può essere superato soltanto se successivamente ad esso emerge un fatto nuovo, che è tale rispetto al motivo portante della decisione. Di conseguenza, il nuovo atto costituisce un nuovo fatto rilevante che supera il giudicato soltanto se diverge dal primo atto sotto lo specifico profilo che ne ha determinato l'annullamento. Viceversa, l'atto di esercizio del potere meramente reiterativo non costituisce fatto nuovo rispetto al motivo portante della prima decisione e dunque si pone in violazione del giudicato[111].

Esemplificando, se il motivo portante dell'annullamento è l'assenza di un presupposto legale del provvedimento, "la pubblica amministrazione non può emanare legittimamente un nuovo atto con lo stesso contenuto, qualora la situazione di fatto sia rimasta inalterata: l'emanazione di un nuovo atto non costituisce di per sé il fatto nuovo idoneo a superare il giudicato. Potrà essere considerato invece come "fatto nuovo" l'avverarsi *medio tempore* del presupposto ritenuto mancante con la prima sentenza"[112].

In questo modo si tiene fermo che la pubblica amministrazione in sede di riemanazione dell'atto trova un vincolo nei motivi di ricorso accolti dal giudice; "ciò che muta […] è la giustificazione teorica di tale vincolo: esso si ricollega non tanto ai limiti oggettivi del giudicato, dal momento che i motivi di ricorso non rientrano nell'oggetto del giudizio, quanto ai limiti cronologici"[113].

D) Le diverse posizioni richiamate non sono prive di ricadute operative: se i vincoli rispetto alla riedizione del potere derivano da una regola sostanziale, rispetto alla quale la sentenza si pone come mero fatto, tali atti sono sindacabili nell'ordinario giudizio di legittimità; viceversa, se i vincoli derivano direttamente dalla sentenza, intesa come atto precettivo che costituisce oggetto del giudicato, gli atti in questione sono attratti al giudizio di ottemperanza[114].

Il diritto positivo oggi accoglie quest'ultima soluzione, disponendo che l'accertamento della nullità degli atti violativi ed elusivi del giudicato (art.

Id., *Per un giudicato pieno e paritario al prezzo di un procedimento amministrativo all'insegna del principio di preclusione*, in *Dir. proc. amm.*, 1990, 182, criticamente sull'impiego che Clarich fa della teoria di Zeuner; A. Motto, *Poteri sostanziali*, cit., 171 ss.

[111] Cfr. A. Motto, *Poteri sostanziali*, cit., 175 s.

[112] M. Clarich, *Giudicato e potere*, cit., 146 ss.; Id., *L'effettività della tutela nell'esecuzione delle sentenze del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 536.

[113] M. Clarich, *Giudicato e potere*, cit., 149. Sostiene l'effetto conformativo dell'accertamento come corollario della *Begründungstheorie* anche A. Motto, *Poteri sostanziali*, 176 ss., 576-579.

[114] C. Cacciavillani, *Giudizio amministrativo e giudicato*, cit., 306.

21-*septies*, comma 2, l. n. 241/1990) spetta al giudice dell'ottemperanza (art. 114, comma 4, lett. *b*), c.p.a.)[115], quindi non sembra possibile negare che i vincoli alla riedizione del potere derivino direttamente dal giudicato[116].

Tuttavia qui interessa soprattutto mettere in rilievo che le diverse opinioni convergono nel ritenere che l'annullamento del provvedimento impugnato preclude l'adozione da parte della pubblica amministrazione di un atto affetto dal vizio corrispondente al motivo di ricorso accolto dal giudice, e non più di questo[117]. Per cui "se la pubblica amministrazione emana un

[115] La qualificazione in termini di nullità di tutti gli atti violativi ed elusivi del giudicato e la loro impugnabilità in seno al giudizio di ottemperanza rappresenta la trascrizione legislativa dell'indirizzo dottrinale secondo cui "ogni comportamento che non costituisce attuazione puntuale della sentenza è inadempimento sanzionabile con il ricorso in questione [il giudizio di ottemperanza]", concepito come "lo strumento processuale predisposto dalla vigente legislazione per assicurare che l'amministrazione ponga in essere non un'attività purchessia, sibbene l'attuazione puntuale del giudicato": cosi R. Villata, *Riflessioni in tema di giudizio di ottemperanza ed attività successiva alla sentenza di annullamento*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 386; Id., *L'esecuzione*, cit., 349 s.; F. Francario, *Inerzia ed ottemperanza al giudicato: spunti per una riflessione sull'atto di ottemperanza*, in *Foro amm.*, 1985, 746 ss.; G. Corso, *Processo amministrativo di cognizione e tutela esecutiva*, in *Foro it.*, 1989, 434 s.; B. Sassani, *Dal controllo del potere all'attuazione del rapporto. Ottemperanza amministrativa e tutela esecutiva*, Milano, 1997, 114 s.; M. Clarich, *L'effettività della tutela nell'esecuzione*, cit., 536.

In un primo tempo la giurisprudenza aveva ritenuto che si dovesse distinguere tra atti elusivi del giudicato impugnabili nel giudizio di ottemperanza ed atti violativi dello stesso da contestare con autonomo ricorso di legittimità (Cons. Stato, ad. plen. n. 23/1978). La dicotomia tra violazione ed elusione del giudicato era stata superata da Cons. Stato, ad. plen. 19 marzo 1984, n. 6, che vi aveva sostituito il criterio del carattere discrezionale o vincolato dell'attività successiva al giudicato. Sulle incongruenze teoriche e gli inconvenienti pratici di entrambe queste soluzioni v. per tutti R. Villata, *Riflessioni in tema di giudizio di ottemperanza ed attività successiva alla sentenza di annullamento*, cit., 381-386; P. Chirulli, *Tanto conformato quanto ottemperando*, cit., 143 s.

[116] C. Cacciavillani, *Giudizio amministrativo e giudicato*, cit., 306; nello stesso senso già M. Nigro, *Giustizia*, cit., 306 s., secondo cui la tesi che i vincoli alla riedizione del potere non derivino direttamente dal giudicato bensì dal valore che la sentenza ha come fatto (Benvenuti) è in contrasto con gli articoli 24, 101, 103, 113 della Costituzione, i quali assoggettano "la funzione amministrativa anche ai vincoli imposti dai giudici, vincoli i quali non possono operare che nel modo diretto e immediato che è consueto alle forme di esercizio della potestà giurisdizionale". In questa linea di pensiero anche P. Chirulli, *Tanto conformato quanto ottemperando*, cit., 135.

[117] Ciò che è veramente in discussione non è la ampiezza della preclusione, bensì la sua giustificazione teorica: si discute se la preclusione derivi da una regola di diritto sostanziale o derivi direttamente dall'efficacia del giudicato, e chi condivide quest'ultima posizione si divide sui percorsi concettuali da seguire per estendere la portata del giudicato oltre il mero effetto eliminatorio.

Osserva esattamente C. Cacciavillani, *Giudizio amministrativo e giudicato*, cit., 304 s.: "non può dirsi che tra gli studiosi del giudicato amministrativo esista una netta divergenza

nuovo provvedimento, dopo il ritiro del precedente, non vi è alcuna forza d'accertamento della sua legittimità, al di là dei vizi presi in considerazione dalla pronuncia cassatoria"[118].

In violazione o elusione del giudicato non è qualsiasi atto che riproduce nel contenuto quello annullato[119] ma soltanto quello che riproduce il vizio accertato dalla sentenza, dal momento che la regola conformativa derivante dal giudicato è commisurata sul motivo di ricorso accolto[120].

Il dato che emerge dal dibattito ripercorso, allora, è che le diverse concezioni della sentenza costitutiva non mettono in discussione, anzi a ben

nel modo di concepire la natura del suo rapporto con l'esercizio del potere di cui, dopo il giudicato, possa ritenersi titolare l'amministrazione: contrapposizione sovente ravvisata tra chi configura la decisione giudiziale, rispetto all'esercizio del potere, come mero fatto e presupposto ulteriore rispetto a quelli stabiliti dalla disciplina del singolo procedimento (Benvenuti) e chi individua nel contenuto conformativo della sentenza il vincolo giuridico al futuro comportamento dell'amministrazione. La diversa qualificazione non incide sull'estensione del vincolo derivante in capo all'amministrazione dal giudicato, tutte le volte in cui residuino al giudicato "spazi liberi" in capo a questa. In particolare in nessun modo si può attribuire, al primo orientamento, l'opinione che il giudicato di annullamento non poggi su un accertamento o non produce vincoli, ripristinatori o conformativi, fondati sul contenuto di accertamento; né d'altro canto è possibile attribuire, a chi ricostruisce il giudicato come fonte di un vincolo diretto, per il suo contenuto ripristinatorio e conformativo, per il futuro esercizio del potere, la prospettazione che il giudicato vincoli l'amministrazione in senso assoluto".

[118] A.M. Sandulli, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati*, cit., 54; R. Villata, *L'esecuzione delle decisioni*, cit., 581 s.; A. Travi, *Il giudicato amministrativo*, cit., 74: "l'accertamento non comporta alcuna preclusione rispetto al potere «nuovo», che trova fondamento in fatti costitutivi diversi dall'esercizio precedente, ma non comporta preclusioni, di regola, neppure a un «riesercizio» dello stesso potere, ossia all'esercizio che trova fondamento nei medesimi fatti costitutivi del primo […] L'impugnazione di un provvedimento non comporta l'attribuzione di un bene della vita, ma si inserisce nelle vicende di un rapporto potere amministrativo-interesse legittimo che non si conclude. L'accertamento contenuto nel giudicato orienta e condiziona l'esercizio successivo del potere (e questa, appunto, è la tematica del vincolo conformativo), ma certo non esaurisce quello stesso potere".

[119] Viceversa, se il giudicato di annullamento definisse il rapporto esaurendo il potere, tutti gli atti successivi che confermano nel contenuto quello annullato andrebbero considerati in violazione del giudicato.

[120] M. Nigro, *Il giudicato amministrativo*, cit., 1172, scrive che l'incompletezza della regola conformativa "deriva dal fatto che il processo amministrativo, così come è oggi congegnato, non cade direttamene sull'interesse sostanziale, ma sul modo come questo è stato curato dalla potestà amministrativa"; Id., *Giustizia amministrativa*, cit., 308 s. In questo senso da ultimo anche Cons. Stato, ad. plen., 9 giugno 2016, n. 11 (che richiama Cons. Stato, sez. VI, 19 giugno n. 3569), in *Foro it*., 3, 186 ss., con nota di S. Vaccari, *«Ius superveniens» e giudicato a formazione progressiva*.

guardare presuppongono[121], la sopravvivenza del potere amministrativo al giudicato di annullamento[122].

Più analiticamente, se l'annullamento è pronunciato per vizi formali – per tali intendendo i vizi di forma o del procedimento che non incidono sul contenuto del provvedimento, nei limiti in cui essi ne determinano l'annullabilità ai sensi dell'art. 21-*octies*, comma 2, l. n. 241/1990 – il giudicato non preclude mai la reiterazione di un atto con il medesimo contenuto. Se invece l'annullamento è pronunciato per vizi sostanziali, attinenti alla ragione della decisione, il giudicato di regola riduce le alternative decisionali della pubblica amministrazione ma in ogni caso (ossia: indipendentemente dal contenuto del vizio sostanziale accolto) non preclude la reiterazione dell'atto sulla base di ragioni diverse da quelle emerse nel corso del procedimento e trasfuse dall'amministrazione nella decisione finale poi annullata[123]. Ciò neppure quando l'atto annullato è espressione di potere vincolato[124], dal momento che può sempre sussistere un ulteriore (nel senso di non emerso nel primo diniego) impedimento all'emissione dell'atto ampliativo richiesto[125].

[121] V. l'insistenza di M. Nigro, *Il giudicato*, cit., 1165, sul fatto che la sentenza amministrativa cade su un fenomeno in movimento. Cfr. E. Picozza, *Il processo amministrativo*, II ed., Milano, 2009, 612; P. Cerbo, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo ed i suoi confini*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 10.

[122] Si tratta, come esattamente rilevato dalla giurisprudenza, di soluzioni ricostruttive che tendono a individuare un punto di equilibrio tra l'inesauribilità del potere e la portata cogente del giudicato, dando garanzia ad entrambe le istanze: Cons. Stato, sez. IV, 11 febbraio 2013 n. 769; Cons. Stato, sez. IV, 29 gennaio 2015, n. 439; Cons. Stato, sez.V, 15 novembre 2016, n. 4717. Cfr. altresì T.A.R. Liguria, Genova, sez. I, 10 febbraio 2016, n. 133; T.A.R. Puglia, Lecce, sez. II, 5 febbraio 2016, n. 264; T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. I, 26 gennaio 2016, n. 148, dove si insiste sulla doverosità della riedizione del potere.

[123] Ad esempio, il licenziamento del dipendente per il motivo A, dichiarato illegittimo, può essere reiterato per il motivo B senza che ciò si ponga in violazione del giudicato; così come il diniego di concessione disposto per il motivo A, dichiarato illegittimo, può essere reiterato per il motivo B.

Osserva Cons. Stato, sez.VI, 3 dicembre 2014, n. 4987 che "il principio generale è quello per cui a seguito dell'adozione di una statuizione demolitoria (soprattutto ove incidente su un interesse c.d. "pretensivo", volto cioè al rilascio di un provvedimento ampliativo della sfera giuridica del privato) la potestà di provvedere viene restituita nuovamente all'Amministrazione perché essa si ridetermini".

[124] Così invece T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 8 giugno 2011, n. 1428, secondo cui l'accoglimento della domanda di annullamento consente di conseguire la fissazione della regola del caso concreto in presenza di attività vincolata o qualora non residuino ulteriori margini di esercizio della discrezionalità. Cfr. Cons. Stato, sez.VI, 19 giugno 2012, n. 3569.

[125] G. Greco, *Giudizio sull'atto, giudizio sul rapporto: un aggiornamento sul tema*, in *Dir. soc.*, 2016, 203 ss., e in *www.giustizia-amministrativa.it*, da cui si cita, 24, che fa l'esempio dell'an-

L'inidoneità dell'annullamento a definire il rapporto si manifesta anche sotto il profilo della rilevanza che le sopravvenienze di fatto o di diritto assumono nella fase del riesercizio del potere[126]. Se riguardano tratti dell'azione amministrativa non interessati dalla preclusione o dalla regola conformativa derivanti dal giudicato, queste non possono che essere tenute in considerazione dall'amministrazione[127]: eventualmente, anche con l'esito di confermare il provvedimento annullato[128].

L'unico caso in cui la sentenza di annullamento definisce certamente il rapporto, esaurendo il potere dell'amministrazione[129], ricorre nell'ambito

nullamento di un diniego di permesso di costruire, basato sull'asserita (e disconosciuta in sede di giudizio) inedificabilità dell'area, osservando che "non è detto che il permesso non possa essere negato per altra ragione (in ipotesi, perché il progetto supera i limiti volumetrici, di altezza, ecc.)".

[126] Su questo tema si è espressa in più occasioni l'adunanza plenaria del Consiglio di Stato: ad. plen., 9 giugno 2016, n. 11; 9 febbraio 2016, n. 2; 13 aprile 2015, n. 4; 15 gennaio 2013, n. 2; 3 dicembre 2008, n. 13; 11 maggio 1998, n. 2; 21 febbraio 1994, n. 4; 8 gennaio 1986, n. 1.

In dottrina, tra gli altri, G. Paleologo, *Tempo logico dei provvedimenti successivi alle sentenze del giudice amministrativo favorevoli al ricorrente*, in AA.VV., *Il processo amministrativo: scritti in onore di Giovanni Miele*, Milano, 1979, 393 ss.; C.E. Gallo, *Giudicato amministrativo e successione di leggi nel tempo*, in *Foro. it.*, 1980, III, 99 ss.; E. Follieri, *Risarcimento dei danni*, cit., 132 ss.; G. Sigismondi, *«Ius superveniens» e giudicato amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, 967 ss.; G. Pepe, *Giudicato amministrativo e sopravvenienze*, Napoli, 2017, *passim*.

[127] Osservava O. Ranelletti, *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, 1934, 503, nota 1: "Non è che la decisione perde la sua efficacia di cosa giudicata, perché mutano le circostanze di fatto, in base alle quali fu pronunciata; ma è vero, invece, che essa non si estende, nella sua efficacia di giudicato, a provvedimenti fondati su mutate circostanze di fatto".

[128] Se le sopravvenienze riguardano questi tratti dell'azione amministrativa la loro influenza si pone al di fuori dell'ambito in cui il giudicato esercita la propria efficacia e dunque, a rigore, neppure si pone il problema dello scontro tra l'autorità del giudicato e quella del successivo provvedimento amministrativo. Sul punto, da ultimo, Cons. Stato, ad. plen. 9 giugno 2016, n. 11., dove si precisa che in questi casi la giurisprudenza di diritto determina "non un conflitto ma una successione cronologica di regole che disciplinano la situazione giuridica medesima". Cfr. S. Vaccari, *«Ius superveniens»*, cit., 205 s.; G. Pepe, *Giudicato amministrativo*, cit., 29-36-47-54, dove un ampio esame della giurisprudenza secondo cui le sopravvenienze esercitano la propria influenza su tratti liberi dell'azione amministrativa non coperti dal giudicato (tra le altre Cons. Stato, sez. VI, 19 giugno 2012, n. 3569).

Secondo la giurisprudenza, a partire dalla ad. plen. n. 1/1986, le sopravvenienze di diritto rilevano sulla esecuzione del giudicato soltanto se anteriori alla notificazione della sentenza definitiva.

[129] M. Nigro, *Il giudicato amministrativo*, cit., 1172 ss., individua i casi in cui la sentenza amministrativa produce effetti indiretti che vanno oltre l'oggetto formale del giudizio nella direzione della tutela dell'interesse sostanziale. Cfr. altresì M. Clarich, *Giudicato e potere*, cit., 7.

della tutela degli interessi legittimi oppositivi quando il giudice annulla un atto restrittivo per l'accertata carenza di un suo presupposto essenziale, essenziale nel senso di infungibile in quanto la legge non ammette che lo stesso provvedimento sia adottato in assenza di quel presupposto e in presenza di altri alternativi. In questa ipotesi la riproduzione del provvedimento annullato si pone sempre in violazione del giudicato (anche in presenza di sopravvenienze)[130]. Al di fuori di questa ipotesi l'interesse privato rimane esposto al riesercizio potere amministrativo[131], sebbene questo non significhi che l'interesse legittimo resti insoddisfatto al termine del processo[132].

Nel campo degli interessi legittimi pretensivi l'annullamento del diniego potrebbe vincolare l'amministrazione ad adottare l'atto positivo richiesto soltanto ove l'autorità enunciasse nel provvedimento tutte le ragioni ostative, queste fossero analiticamente contestate dal ricorrente e il giudice, senza assorbire alcuna censura, le dichiarasse tutte fondate. Sennonché tali condizioni non ricorrono nella realtà del processo in quanto l'amministrazione non ha l'onere di indicare nel provvedimento tutti i motivi di diniego e dunque, come già visto, la riproduzione del diniego non viola il giudicato se basata su diverse ragioni o fatti costitutivi[133].

[130] È da ritenere che a questa ipotesi si riferisca G. Greco, *Giudizio sull'atto, giudizio sul rapporto*, cit., 10, quando rileva che l'accertata mancanza "di anche un solo requisito o presupposto sostanziale dell'atto restrittivo preclude anche per il futuro la reiterazione dell'atto e comporta l'accertamento pieno dell'interesse legittimo oppositivo (si pensi, ad esempio, alla sentenza che accoglie un ricorso avverso l'annullamento d'ufficio di un atto ampliativo, per superamento del termine "ragionevole", di cui all'art. 21-*nonies* della legge 241/90)"; Id., *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, 1980, 33 s.

[131] Come rileva esattamente A. Guantario, *Dequotazione della motivazione e provvedimento amministrativo*, in *Nuova Rass.*, 2002, 2259 s.

[132] Per le ragioni indicate da E. Follieri, *Risarcimento dei danni*, cit., 90-100, ossia perché: a) non vi è obbligo della rinnovazione del procedimento; b) se il procedimento è rinnovato, il provvedimento potrebbe assumere contenuto diverso da quello annullato: c) se il provvedimento è reiterato, la decorrenza degli effetti è *ex nunc*.

[133] Sulle condizioni che devono sussistere perché l'effetto conformativo dell'annullamento conduca alla definizione del rapporto, a tutela dell'interesse legittimo pretensivo, v. E. Follieri, *Atto autoritativo e giurisdizione. Poteri di conservazione e poteri di trasformazione*, in *Annuario AIPDA 2011, L'atto autoritativo. Convergenze e divergenze tra orientamenti*, Atti del convegno annuale Bari 30 settembre - 1° ottobre 2011, Napoli, 2012, 78, che indica i seguenti elementi: "a) la pubblica amministrazione deve adottare un atto nel quale siano esposte tutte le ragioni che militano a favore del potere di conservazione, per consentire al ricorrente di dedurre motivi su tutti i profili sostanziali ed al giudice un esame a trecentosessanta gradi della fattispecie concreta per consentirgli di condannare la pubblica amministrazione all'adozione dell'atto richiesto; in mancanza, la pubblica amministrazione potrebbe ripetere il provvedimento autoritativo di non volere la produzione di effetti giuridici […]; b) il ricorrente deve dedurre motivi sostanziali e non formali o procedimentali avverso

In conclusione, il potere dell'amministrazione di provvedere intorno alla fattispecie decisa con il provvedimento annullato di regola convive con la preclusione derivante dal giudicato perché questa è dimensionata sul vizio riscontrato e non è tale da definire in senso favorevole al ricorrente il rapporto tra le parti della contesa. La sopravvivenza del potere, a sua volta, non smentisce la inidoneità delle sentenze di annullamento ad acquisire l'efficacia di cosa giudicata: in quanto non toglie nulla alla incontrovertibilità del giudicato, essendo piuttosto una conseguenza dell'estensione oggettiva dello stesso[134].

E) La tutela degli interessi pretensivi è oggi accresciuta dalla possibilità di proporre, contestualmente all'azione di annullamento del diniego, l'azione "di condanna al rilascio del provvedimento richiesto" (c.d. azione di adempimento), ammessa dall'art. 34, comma 1, lett. *c*), ultimo periodo, c.p.a. "nei limiti di cui all'articolo 31, comma 3"[135], cioè quando il provvedimen-

l'atto autoritativo […]; c) l'amministrazione non deve essere dotata di ampi spazi di discrezionalità, non sindacabili direttamente dal giudice, ma, soprattutto, non devono residuare margini di discrezionalità dopo l'annullamento dell'atto autoritativo di conservazione […]; d) le sopravvenienze di fatto o di diritto che potrebbero porre in *non cale* la pronunzia del giudice". Cfr. Id., *Risarcimento dei danni*, cit., dove sono indicati i seguenti elementi: a) presenza di un atto di diniego illegittimo; b) deduzione da parte del ricorrente di motivi riguardanti violazione delle norme sostanziali; c) esame da parte del giudice di tutti i motivi di ricorso allegati a sostegno dell'impugnativa; d) presenza di potere vincolato o a ridotto tasso di discrezionalità.

[134] Diversamente ritengono gli Autori secondo cui caratteristica indefettibile del giudicato materiale sarebbe quella di determinare la disciplina del rapporto tra le parti del processo: per tutti E. Capaccioli, *Per la effettività della giustizia amministrativa*, cit., 447 ss.

L'opinione esposta nel testo coincide con quella di M. Nigro, *Il giudicato amministrativo e il processo di ottemperanza*, cit. 1165 s., che accusa di sterile dogmatismo la dottrina che nega l'efficacia di giudicato alla sentenza amministrativa non tenendo in considerazione che la nozione di giudicato è storica e relativa. Per l'A. non si tratta di negare che la sentenza amministrativa passi in giudicato sostanziale, bensì di ambientare l'istituto del giudicato nella realtà del processo amministrativo.

Nello stesso senso C. Cacciavillani, *Giudizio amministrativo e giudicato*, cit., 5 ss., 15, che sul piano più generale dimostra come sia ingiustificato ritenere che il fenomeno del giudicato materiale sussista solo in relazione alle sentenze che pongano vincoli e obblighi in capo alla attività amministrativa. Da qui anche l'ammissibilità del giudicato anche sulle sentenze di rito e sulle sentenze di merito che non definiscono il processo (18).

[135] I. Pagni, *Il cumulo di domande nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 1168, 1191, parla in proposito di cumulo di azioni. Secondo A. Carbone, *L'azione di condanna ad un* facere. *Riflessioni sul processo amministrativo fondato sulla pluralità delle azioni*, in corso di pubblicazione in Atti del seminario "Concetti tradizionali del diritto amministrativo e loro evoluzione" svoltosi presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma "La Sapienza" il 2 febbraio 2017, 23, la duplicità strutturale delle azioni non deve occultare l'uni-

to inerisce a una "attività vincolata" oppure "risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione".

Il carattere vincolato dell'attività ovvero l'assenza in concreto di margini di discrezionalità è soltanto la condizione di ammissibilità dell'azione di adempimento[136]; non è elemento sufficiente a ottenere la pronuncia favorevole[137]. L'accoglimento dell'azione passa per l'accertamento da parte del giudice della sussistenza di tutte le condizioni richieste dalla legge per il rilascio del provvedimento richiesto[138].

Nella logica dell'azione di adempimento l'oggetto del giudizio si sposta dalla questione di legittimità dell'atto (o dell'esercizio del potere) alla (verifica della) fondatezza della pretesa sostanziale: il ricorrente, in ossequio al principio della domanda, ha l'onere di dimostrare l'esistenza di tutti i presupposti per il rilascio del provvedimento[139]; l'amministrazione ha l'onere

cità della pretesa sostanziale dedotta in giudizio, nel senso che ciò a cui il ricorrente mira è la condanna dell'amministrazione al rilascio del provvedimento, rispetto alla quale l'annullamento del diniego è soltanto un passaggio strumentale.

[136] Cosi P. Cerbo, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo ed i suoi confini*, cit., 21, che cita T.A.R. Campania, Napoli, sez. VIII, 4 settembre 2015, n. 4334, che ha dichiarato inammissibile la domanda di rilascio del provvedimento di condono, in quanto residuavano "ancora profili tecnici da esaminare da parte dell'amministrazione quali presupposti per l'adozione del provvedimento".

[137] P. Cerbo, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo ed i suoi confini*, cit., 22 s., segnala il rischio che nella valutazione di ammissibilità della azione di adempimento il giudice amministrativo opponga alla pretesa dell'interessato la sussistenza in concreto di poteri discrezionali fondati su esigenze organizzative o comunque su valori di ordine generalissimo come l'efficienza del servizio nel suo complesso o la corretta modulazione della spesa pubblica.

[138] P. Cerbo, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo ed i suoi confini*, cit., 21-24: l'A. osserva come il carattere vincolato dell'attività ovviamente non equivalga alla presenza delle condizioni per il rilascio del provvedimento e fa l'esempio del ricorrente che lamenta soltanto vizi formali o procedimentali del diniego mentre questo sia fondato sulla carenza di un presupposto sostanziale.

[139] T.A.R. Toscana, Firenze, sez. III, 14 marzo 2017, n. 392, osserva che l'azione di adempimento presuppone un allargamento della *causa petendi* e del *thema decidendum* a tutte le circostanze di fatto su cui si fonda la pretesa di spettanza del provvedimento richiesto (che costituisce oggetto della domanda ai sensi dell'art. 40, comma 1, lett. *b*), c.p.a.), con conseguente ampliamento degli oneri di allegazione e prova facenti carico al ricorrente e, conseguentemente, dell'ambito delle difese proponibili da parte dell'amministrazione resistente.

Più esattamente, visto che il codice del processo amministrativo non ha superato il metodo acquisitivo in relazione ai fatti che non sono nella disponibilità delle parti (cfr. F. Saitta, *Vicinanza alla prova e codice del processo amministrativo: l'esperienza del primo lustro*, in *Riv. dir. e proc. civ.*, 2017, 922 ss.), sembra esatto dire che chi propone l'azione di adempimento

corrispondente di dimostrare nel processo i fatti impeditivi che non necessariamente emergono dal diniego[140] (onere presidiato dall'art. 64, comma 2, c.p.a., per il quale il giudice deve porre a fondamento della decisione "i fatti non specificamente contestati dalle parti costituite"[141]); il giudice non conosce soltanto della legittimità del provvedimento impugnato ma decide direttamente della fondatezza della pretesa sostanziale del ricorrente all'adozione del provvedimento richiesto[142].

La sentenza di annullamento del diniego con contestuale condanna a provvedere afferma definitivamente la spettanza al ricorrente del bene richiesto e, diversamente dal mero annullamento, vieta all'amministrazione di respingere una seconda volta l'istanza sulla base di ragioni diverse da quelle espresse con il provvedimento annullato[143]. Generalmente il rigetto non

ha l'onere di "rappresentare tutti gli elementi di fatto che sono nella sua disponibilità al fine di dimostrare la fondatezza della pretesa dedotta in giudizio, nonché ad indicare gli eventuali mezzi di prova di cui intende valersi (secondo la disciplina di cui all'art. 40 c.p.a.): cosi A. Carbone, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Torino, 2012, 252, 256 s., il quale però pone una deroga forse eccessiva al principio della domanda quando ritiene che nel caso dell'azione di adempimento la delicatezza del sindacato, volto a definire l'assetto del rapporto, giustifichi un più frequente ricorso da parte del giudice amministrativo agli strumenti inquisitori.

[140] A. Carbone, *L'azione di adempimento*, cit., 254, secondo cui il divieto di integrazione della motivazione nel corso del giudizio è legato alla dimensione demolitoria del processo amministrativo e quindi non viene in rilievo una volta che l'attenzione sia stata spostata dall'atto alla pretesa sostanziale: in questo contesto vengono in rilievo "unicamente e semplicemente le affermazioni dell'una o dell'altra parte volte ad ottenere l'accoglimento o il rigetto della domanda giudiziale"; S. Baccarini, *"Scelta" delle azioni e valutazioni sulla "necessità" dell'annullamento per la tutela del ricorrente*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1280, "vale nel giudizio di adempimento la regola che il giudicato copre il dedotto e il deducibile: esso è il luogo processuale in cui l'amministrazione ha l'onere di eccepire ogni fatto impeditivo o estintivo […], in mancanza di che non potrà farlo successivamente".

La soluzione è accolta problematicamente da P. Cerbo, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo ed i suoi confini*, cit., 30 s.: benché il divieto di integrazione della motivazione sia in qualche modo messo fisiologicamente in ombra in un giudizio che verta sul fondamento della pretesa, secondo l'A. vi è il rischio che la p.a. abdichi al suo ruolo con scivolamento di ogni questione dalla sede procedimentale a quella processuale (35); ma il problema fondamentale è che in sede processuale è la difesa dell'amministrazione a disporre dei fatti rilevanti ai fini della condanna, per cui le scelte difensive finiscono per essere una modalità di disposizione del potere amministrativo (36).

[141] A. Carbone, *L'azione di adempimento*, cit., 263.

[142] Cfr. T.A.R. Toscana, Firenze, sez. III, 14 marzo 2017, n. 392.

[143] Ragionare diversamente, come è stato detto, "significherebbe contraddire il concetto di condanna": L. Ferrara, *Domanda giudiziale*, cit., 650; A. Carbone, *L'azione di adempimento*, cit., 231. Cfr. A. Travi, *Alla ricerca dell'azione di adempimento*, relazione all'incontro dell'Associazione dei giudici amministrativi italiani, francesi e tedeschi (Milano, 7 ottobre

può essere fondato neppure su una sopravvenienza[144], dal momento che oggetto della condanna è il rilascio del provvedimento che l'amministrazione avrebbe dovuto emettere in riscontro all'istanza alla quale ha opposto il diniego illegittimo[145]. Se però il provvedimento rilasciato in esecuzione della condanna produce effetti prolungati nel tempo, la sopravvenienza ne può giustificare la revoca o il mancato rilascio: la condanna infatti dà titolo al provvedimento a suo tempo richiesto, non ad un atto dotato di una resistenza alle sopravvenienze maggiore rispetto a quella che avrebbe posseduto il provvedimento rilasciato spontaneamente dall'amministrazione[146].

Complessivamente, si può dire che la condanna all'adozione del provvedimento richiesto estende la preclusione derivante dal giudicato alle ragio-

2011), reperibile al sito http://www.osservatorioappalti.unitn.it/, 6, il quale rileva che dopo la sentenza di annullamento l'amministrazione può esercitare ancora il potere, negando nuovamente il permesso di costruire, seppur per ragioni diverse da quelle del primo diniego, mentre dopo la sentenza di condanna l'amministrazione può solo rilasciare il provvedimento favorevole e "l'attività successiva dell'amministrazione, di esecuzione della sentenza, non può essere considerata esercizio di potere, perché la sentenza assorbe i profili più caratteristici del potere amministrativo"; A. Carbone, *L'azione di condanna ad un* facere. *Riflessioni sul processo amministrativo fondato sulla pluralità delle azioni*, cit., 23, 31, dove si mette bene in evidenza che il processo di annullamento presuppone il perdurare del potere, mentre quello di condanna si muove nella logica della "chiusura" del rapporto.

Cfr. altresì la articolata ricostruzione di A. Motto, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, cit., 520 ss., 547, secondo cui la persistenza del potere sostanziale è incompatibile con il bene della vita attribuito dalla sentenza di condanna nella misura in cui il suo esercizio comporta l'estinzione con efficacia retroattiva del diritto di credito al cui adempimento il convenuto è stato condannato. La preclusione della situazione giuridica incompatibile, peraltro, opera secondo l'A. soltanto quando al convenuto è data dall'ordinamento un'eccezione volta a conseguire il rigetto della domanda di condanna dell'attore.

[144] Tranne che il fatto sopravvenuto renda materialmente o logicamente impossibile lo svolgimento dell'attività amministrativa in esecuzione della condanna o, *mutatis mutandis*, la ripristinazione della situazione *quo ante* all'atto annullato: da ultimo Cons. Stato ad. plen, 9 giugno 2016, n. 11.Va comunque precisato che in questi casi la rilevanza delle sopravvenienze non costituisce una implicazione dell'inesauribilità del potere, da escludere in presenza di condanna, quanto una conseguenza dei limiti materiali alle trasformazioni giuridiche espressi dal brocardo *factum infectum fieri nequit*.

[145] Nel senso che le sopravvenienze non rilevano se la sentenza di cognizione ha accertato pienamente il rapporto Cons. Stato, sez. III, 21 gennaio 2013, n. 329; Cons. Stato, sez. VI, 19 giugno 2012, n. 3569; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II, 16 aprile 2015, n. 943. Cfr. A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2016, 380; G. Pepe, *Giudicato*, cit., 35 s.; C. Commandatore, *La piena tutela dell'interesse legittimo pretensivo, dopo l'azione di annullamento, l'azione di adempimento*, in *Urb. e app.*, 2017, 662; P. Cerbo, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo ed i suoi confini*, cit., 36 ss.

[146] Cfr. P. Cerbo, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo ed i suoi confini*, cit., 36 ss.

ni di diniego diverse da quelle che l'amministrazione ha addotto a fondamento del provvedimento annullato. Ed è per questa essenziale ragione che la tutela dell'interesse legittimo pretensivo con l'azione di adempimento compie un passo in avanti[147] rispetto a quella assicurata dall'effetto conformativo derivante dall'annullamento per vizi sostanziali del provvedimento di diniego[148].

[147] Anche S. Battini, *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a trazione monista*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, 81, 84, ritiene che l'introduzione dell'azione di adempimento abbia elevato, quantomeno in termini potenziali, il livello di effettività della tutela del cittadino nei confronti dell'amministrazione. Secondo l'A., si tratta di uno sviluppo della tutela che probabilmente non sarebbe avvenuto se la Cassazione con la sentenza n. 500/1999 non avesse statuito la risarcibilità dell'interesse legittimo pretensivo attraverso il giudizio prognostico sulla spettanza al privato del provvedimento richiesto e illegittimamente negato dall'amministrazione: infatti "L'introduzione di un simile giudizio apriva […] un elementare interrogativo: se l'accertamento sulla spettanza può essere compiuto dal giudice, per quale ragione esso dovrebbe essere rilevante ai soli fini della riparazione per equivalente (assicurata, fino al 2000, dal giudice ordinario) e non anche ai fini della riparazione in forma specifica (assicurata dal giudice amministrativo)? Se il giudice amministrativo accerta che al privato spetta un provvedimento favorevole non adottato dalla p.a., per quale ragione egli non dovrebbe condannare l'amministrazione, prima ancora che a risarcire il danno, ad adottare il provvedimento con il contenuto richiesto dal privato?".

Di diverso avviso R. Cavallo Perin, *I limiti ai poteri delle giurisdizioni nelle controversie contro gli atti della pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 1001, secondo il quale "La previsione tra i poteri del giudice amministrativo di una sentenza di condanna al rilascio del provvedimento – lungi dal porsi come strumento penetrante della sfera giuridica dell'amministrazione pubblica – non pare offrire una maggiore tutela rispetto a quella da tempo accordata con l'accertamento conformativo della sentenza di annullamento, cui può seguire l'intervento propositivo del commissario nominato dal giudice dell'ottemperanza". Dello stesso avviso R. Villata, *Addendum* ad *Ancora "spigolature" sul nuovo processo amministrativo*, in Id., *Scritti di giustizia amministrativa*, Milano, 2015, 139, e da ultimo, M. Mazzamuto, *Il principio del divieto di pronuncia con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati*, Relazione al Convegno su "La dinamica della determinazione oltre i concetti tradizionali di potere e volontà", Urbino 9-10 febbraio 2017, in corso di pubblicazione, 10 s.

[148] P. Cerbo, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo ed i suoi confini*, cit., 11, il quale soffermandosi sulla differenza tra i vincoli derivanti dall'annullamento con effetto conformativo e quelli derivanti dalla condanna osserva del tutto persuasivamente che "Si tratta di ordini di segno radicalmente diverso, non solo da un punto di vista concettuale, ma per le diverse implicazioni che ne discendono: basti pensare, ad esempio, all'obbligo per l'amministrazione di dare o meno avvio ad un procedimento secondo le regole ordinarie, agli approfondimenti istruttori da effettuare oppure al diverso atteggiarsi nei due casi descritti dell'obbligo dell'amministrazione di motivare il provvedimento (obbligo verosimilmente limitato, nel caso della condanna, ad un rinvio *per relationem* alla sentenza o comunque ad una sua sostanziale riproduzione); tale diversità ridonda in ultima analisi anche sull'eventuale giudizio di ottemperanza (e prima ancora sulla definizione della natura dell'attività del commissario eventualmente nominato *ex* art. 117, comma 3, c.p.a., dal momento che

Rimane fermo, però, che deve essere l'amministrazione, in esecuzione della condanna, a rilasciare il provvedimento richiesto: l'ordinamento processuale vigente infatti non ammette il trasferimento al giudice del potere ampliativo in quanto nella giurisdizione generale di legittimità è vietato al giudice amministrativo di sostituirsi all'amministrazione sul versante dei poteri decisori[149].

– ancor oggi – tale giudizio assume connotati profondamente diversi a seconda che l'attività da compiere in sostituzione dell'amministrazione sia o meno meramente esecutiva della sentenza".

Altre differenze tra i due strumenti di tutela sono indicate da E. Follieri, *La tipologia delle azioni proponibili*, in F.G. Scoca (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2014, 191, il quale osserva: a) che, mentre è nella disponibilità del giudice precisare nella motivazione l'effetto conformativo dell'annullamento, nel caso dell'azione di condanna (all'adempimento) il giudice deve provvedere sulla domanda in un capo autonomo del dispositivo; b) che l'effetto conformativo dell'annullamento spesso richiede una attività di interpretazione e precisazione, possibile solo in seno al successivo ed eventuale giudizio di ottemperanza, mentre l'azione di condanna dà luogo a una sentenza che già in sede di cognizione definisce il rapporto. Sulla base di questi argomenti, l'A. ritiene che la proposizione dell'azione di adempimento sia "la soluzione ottimale per la soddisfazione degli interessi legittimi pretensivi", riprendendo una osservazione già svolta *de iure condendo* in *Risarcimento dei danni*, cit., 142.

Sulle differenze tra effetto conformativo dell'annullamento e pronuncia di condanna, in ragione delle quali la seconda va considerata un avanzamento nella tutela degli interessi pretensivi, cfr. A. Carbone, *L'azione di adempimento*, cit., 118-126.

[149] Il che, ai sensi dell'art. 34, comma 1, lett. *d*), c.p.a., è consentito solo nei "casi di giurisdizione di merito". Sul punto Cons. Stato, ad. plen., 27 aprile 2015, n. 5; Cons. Stato, ad. plen., 9 febbraio 2016, n. 2.

Cfr. R. Cavallo Perin, *I limiti ai poteri delle giurisdizioni*, cit., 999-1001, il quale osserva che "ove si tratti di un atto giuridico vincolato (ammissione ad un centro d'eccellenza, o a un servizio d'informazione, passaporto o titolo per l'espatrio, ecc.) la legge avrebbe potuto configurare la sentenza non come condanna al rilascio di un provvedimento (art. 34, comma 1, lett. *c*), c.p.a.), ma direttamente come titolo costitutivo delle vicende giuridiche normalmente realizzate dall'atto – amministrativo o di autonomia privata –, rendendo superfluo il ricorso all'ottemperanza o all'esecuzione […]. Sennonché nel processo amministrativo per i casi d'attività vincolata o quando risulti che non residuino ulteriori margini di esercizio della discrezionalità, né siano necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione il giudice può accertare la fondatezza della pretesa dedotta in giudizio (art. 31, comma 3, c.p.a.) e condannare al rilascio del provvedimento (art. 34, comma 1, lett. *c*), c.p.a.). La norma […] si discosta dalla soluzione prescelta in diritto privato ove l'obbligazione di concludere un contratto è accertata con sentenza costitutiva degli effetti del contratto non concluso (art. 2932, c.c.) ma anche dalla soluzione che vede talune inerzie dell'autonomia privata superate dalla volontaria giurisdizione (art. 1105, co. 4°, c.c., art. 742 *bis* c.p.c.), o dalla nomina – per così dire – di un *commissario ad acta* tra i genitori (art. 316, co. 5°, c.c.), di un tutore o curatore (art. 346, 424, c.c.). Lo scostamento è di rilievo soprattutto ove si consideri che la condanna al rilascio dell'atto vincolato non produce gli effetti

La sentenza di condanna all'adempimento, emessa contestualmente all'annullamento del diniego illegittimo, produce dunque l'esaurimento del potere "determinante" (dell'assetto di interessi) ma non di quello "costitutivo" (dell'effetto giuridico)[150].

dell'atto medesimo e il persistente inadempimento dell'amministrazione al rilascio dell'atto apre la via – ora come un tempo – al giudizio d'ottemperanza o alla richiesta di risarcimento del danno per equivalente in danaro".

Il carattere eccezionale, dove non l'insuccesso, delle sentenze costitutive diverse dall'annullamento e di condanna all'emanazione di atti d'esercizio di una pubblica funzione trova una solida spiegazione, secondo la persuasiva considerazione dell'A., oltre che nel principio della separazione dei poteri, nella "essenziale ragione di non confusione" della funzione amministrativa con quella giurisdizionale: una ragione che sta a fondamento dell'eccezionalità delle leggi-provvedimento e che si pone essenzialmente a tutela della stessa giurisdizione, in particolare della sua terzietà, giustificandone altresì quella irresponsabilità di cui verrebbe a cadere il presupposto se alla giurisdizione fossero affidati in via pressoché ordinaria compiti sostanzialmente amministrativi (1004-1007).

Ritiene che la *ratio* profonda del divieto del giudice di farsi amministratore "non sta nella difesa dell'amministrazione, ma nella legittimazione complessiva dell'organo giudicante" anche M. Mazzamuto, *Il principio del divieto di pronuncia con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati*, cit., 7, il quale ricorda che "Durante la Restaurazione vi fu, come è noto, un veemente attacco dei liberali al *Conseil d'État*. La difesa del contenzioso amministrativo, al di là della strumentale evocazione della separazione dei poteri nel senso che si trattasse di cose amministrative, dovette in realtà farsi carico dell'effettiva natura giurisdizionale dell'attività e poté fare argine soltanto dimostrando un certo grado di separazione tra gli organi di amministrazione attiva e gli organi del contenzioso. Fu questa infatti la linea vincente, che sarebbe stata impraticabile ove si fosse determinata una normale e continua sovrapposizione all'azione amministrativa".

Secondo P. Cerbo, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo ed i suoi confini*, cit., 42, il senso del rinvio all'amministrazione per l'emanazione dell'atto "è probabilmente proprio quello di conservare al provvedimento la natura sua propria, quella di atto amministrativo (che è in fondo ciò che a suo tempo è stato invano chiesto all'amministrazione), di cui deve continuare ad essere responsabile (nell'accezione più ampia del termine) l'amministrazione che avrebbe dovuto comunque emanarlo e sul quale deve essere comunque possibile intervenire con gli istituti propri del diritto sostanziale, ove se ne ponga l'esigenza e nel rispetto dei limiti in cui la legge lo consenta".

Contro la soluzione oggi accolta dal codice del processo amministrativo si era pronunciato da tempo F. Merusi, *L'ingiustizia amministrativa in Italia*, in F. Merusi - G. Sanviti, *L'ingiustizia amministrativa in Italia*, Bologna, 1986, 18, per il quale dopo l'accoglimento di una domanda di adempimento "il rinvio all'amministrazione per l'emanazione dell'atto sarebbe un'inutile ipocrisia".

[150] La distinzione tra potere "determinante" e "costitutivo" è proposta da ultimo da F.G. Scoca, *Osservazioni eccentriche, forse stravaganti, sul processo amministrativo*, cit., 858, sul presupposto teorico che anche quando la fattispecie è integralmente vincolata è possibile rintracciare una situazione di potere (costitutivo) che non si confonde col dovere: così F.G. Scoca, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, Perugia, 1979, 95-97, 100-104. Cfr. altresì Id., *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, 1995, 33-

In conclusione, la permanenza del potere amministrativo dopo l'annullamento è esclusa quando la sentenza determina un effetto conformativo (o preclusivo) pieno, il che può avvenire esclusivamente nell'ambito della tutela degli interessi legittimi oppositivi e alle condizioni indicate. La permanenza del potere, ma solo di quello determinante e non anche di quello costitutivo, è inoltre esclusa quando il ricorrente ottiene l'annullamento del diniego e la contestuale condanna dell'amministrazione al rilascio del provvedimento richiesto, il che è possibile soltanto in presenza di attività vincolata.

Fuori da questi casi, relativi il primo all'ambito della tutela degli interessi oppositivi e il secondo all'ambito della tutela degli interessi pretensivi,

35, dove la corrispondente distinzione tra "potere di figurare (o disegnare) l'effetto, determinando la disciplina (il regolamento) degli interessi" e "potere di costituire l'effetto, realizzando l'assetto di interessi prefigurato".

Questa posizione ovviamente presuppone la convinzione che "il carattere vincolato dell'atto non è incompatibile con la sua costitutività": G. Corso *L'efficacia del provvedimento*, cit., 65; M. Trimarchi, *La validità del provvedimento amministrativo. Profili di teoria generale*, Pisa, 2013, 127-129, anche per la conseguente possibilità di predicare la validità-invalidità degli atti vincolati; e di recente lo studio di F. Follieri, *Decisione amministrativa e atto vincolato*, in *www.federalismi.it*, n. 7/2017, 16 ss. In teoria generale cfr. la distinzione tra "atti costitutivi in senso stretto" e "decisioni", entrambi atti costitutivi dei propri effetti e dunque esercizio di poteri, ma distinti sotto il profilo del contenuto degli effetti, posta da L. Ferrajoli, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia 1. Teoria del diritto*, Roma-Bari, 2007, 507 ss., cui aderisce F. Follieri, *op. ult. cit.*, 19 s., che vi ricava la distinzione tra potere in senso sostanziale, "connotato da costitutività e decisione degli effetti da costituire" e "potere in senso formale, connotato da sola costitutività: l'atto produce gli effetti decisi dal livello "superiore" nella gerarchia della produzione giuridica (ferma la volontarietà, cioè la decisione della produzione)".

La possibilità di distinguere tra potere determinante e potere costitutivo viene meno se, ravvisata "una relazione qualificante tra la nozione di potere la funzione di comporre conflitti di interesse e di definire le rispettive sfere giuridiche dei soggetti", si nega l'esistenza di un potere laddove l'atto (e il suo autore) non abbia nella propria disponibilità l'assetto degli interessi da esso stesso costituito: così, tra gli altri, A. Orsi Battaglini, *Attività vincolata e situazioni giuridiche soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 3 ss., ora in Id., *Scritti giuridici*, Milano, 2007, 1249, da cui è tratta la citazione; F. Ledda, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in Id., *Scritti giuridici*, Padova, 2002, 186 s.; L. Ferrara, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, Padova, 1996, 44 ss.; P. Lazzara, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2001, 226 ss.; S. Civitarese Matteucci, *La forma presa sul serio. Formalismo pratico, azione amministrativa e illegalità utile*, Torino, 2006 150, 165. Per la puntuale analisi critica di queste dottrine F. Follieri, *Decisione amministrativa e atto vincolato*, cit., 4 ss., 16 ss.

In questa diversa prospettiva concettuale, la condanna ad adempiere esaurisce *tout court* il potere dell'amministrazione in quanto essa perde la facoltà di definire l'assetto degli interessi che compongono il rapporto.

vige la regola dell'inesauribilità del potere: questo sopravvive al processo, sia pur nei limiti tracciati dall'accertamento giurisdizionale con efficacia di giudicato.

3. *Inesauribilità del potere e suo esercizio in ogni tempo*

A) L'inesauribilità non comporta soltanto che il potere sopravvive al suo esercizio, ma anche che il decorso del tempo, combinato con l'inerzia dell'amministrazione, non lo estingue.

In questa seconda accezione l'inesauribilità si riscontra nei poteri amministrativi esercitabili in ogni tempo, ad esempio quelli che si inscrivono all'interno della funzione di vigilanza o controllo[151].

Un caso paradigmatico è rappresentato dai poteri attinenti alla funzione di "vigilanza sull'attività urbanistico-edilizia" nel territorio comunale, prevista dall'art. 27 del Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia (d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380).

La norma prevede che il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale esercita la vigilanza sull'attività urbanistico-edilizia nel territorio comunale per assicurarne la rispondenza alle norme di legge e di regolamento, alle prescrizioni degli strumenti urbanistici ed alle modalità esecutive fissate nei titoli abilitativi (art. 27, comma 1). Se accerta l'inizio o l'esecuzione di opere eseguite senza titolo su aree assoggettate a vincolo di inedificabilità, ovvero in tutti i casi di difformità dalle norme urbanistiche e alle prescrizioni degli strumenti urbanistici, il dirigente o il responsabile "provvede alla demolizione e al ripristino dello stato dei luoghi" (art. 27, comma 2).

Non di rado l'ordine di demolizione interviene quando molto tempo è trascorso dalla commissione dell'illecito edilizio. In questi casi, secondo la giurisprudenza prevalente, l'ordine di demolizione è comunque legittimo in quanto nessun termine è previsto dalla legge per l'esercizio del potere e il potere stesso si inscrive in una funzione di vigilanza che è di per sé, e non potrebbe che essere, inesauribile.

L'inesauribilità del potere comporta che il comportamento del privato sottoposto a vigilanza e controllo sia sempre sanzionabile, qualunque sia il tempo trascorso e qualunque sia l'entità dell'infrazione commessa, e per ciò stesso esclude la presenza di un affidamento alla conservazione della situa-

[151] Cfr. ad esempio Cons. Stato, sez. VI, 21 luglio 2016, n. 3303, a proposito della vigilanza della Consob sugli intermediari finanziari, dove l'inesauribilità della funzione è desunta, con linguaggio improprio, dalla inesauribilità dell'interesse pubblico cui la stessa è preordinata.

zione di fatto abusiva. Ne consegue che l'amministrazione non ha l'onere di motivare in modo specifico la decisione di ordinare la demolizione dell'opera, anche nel caso in cui sia trascorso molto tempo dalla realizzazione dell'illecito[152].

Questa giurisprudenza mette in rilievo che l'ordinamento tutela l'affidamento solamente se esso è incolpevole, mentre la realizzazione di un'opera abusiva è attività volontaria del costruttore *contra legem*. La mancata repressione di un abuso edilizio non genera dunque un affidamento analogo a quello che deriva dalla adozione di un provvedimento amministrativo favorevole poiché "il fattore tempo non agisce qui in sinergia con l'apparente legittimità dell'azione amministrativa favorevole, a tutela di un'aspettativa conforme alle statuizioni provvedimentali pregresse, ma opera in antagonismo con l'azione amministrativa sanzionatoria"[153].

Una parte minoritaria della giurisprudenza, mostrandosi più sensibile alla tutela del privato, introduce alcune limitate deroghe alla regola – che rimane tale – dell'inesauribilità del potere nell'ambito della funzione di vigilanza e controllo in materia edilizia[154].

Secondo questo orientamento, il notevole periodo di tempo trascorso tra la commissione dell'abuso e l'adozione dell'ordinanza di demolizione, nonché il protrarsi dell'inerzia dell'amministrazione preposta alla vigilanza,

[152] Cons. Stato, sez. VI, 8 aprile 2016, n. 1393; sez. VI., 5 gennaio 2015 n. 13; sez. V, 11 luglio 2014, n. 3568; sez. IV, 29 aprile 2014, n. 2228; sez. V, 11 luglio 2014, n. 3568; sez. IV, 29 aprile 2014, n. 2228; sez. V, 23 dicembre 2013, n. 6197; sez. IV, 10 giugno 2013, n. 3182; sez. V, 23 dicembre 2013, n. 6197; sez. IV, 26 novembre 2013, n. 5615; sez. VI, 28 gennaio 2013, n. 496; sez. IV, 4 maggio 2012, n. 2592; sez. VI, 5 aprile 2012, n. 2038; sez. IV, 4 maggio 2012, n. 2592; sez. V, 27 aprile 2011, n. 2497; sez. VI, 11 maggio 2011, n. 2781; sez. I, 30 giugno 2011, n. 4160; sez. IV, 31 agosto 2010, n. 3955; Cass. pen., sez. III, 24 ottobre 2008, n. 45070; T.A.R. Campania, Napoli, sez. VI, 7 novembre 2016, n. 5096; sez. III, 27 agosto 2016, n. 4109; sez. VI, 13 aprile 2016, n. 1778; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 23 febbraio 2015, n. 3117; sez. I, 3 settembre 2014, n. 9354; sez. II, 21 maggio 2014, n. 5389; T.A.R. Marche, Ancona, sez. I, 20 febbraio 2015, n. 141; T.A.R. Toscana, Firenze, sez. III, 30 giugno 2015, n. 1002; T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, sez. I, 8 giugno 2015, n. 547; T.A.R. Piemonte, Torino, sez. II, 26 giugno 2015, n. 1060; T.A.R. Basilicata, Potenza, sez. I, 21 giugno 2014, n. 401; T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 10 aprile 2014, n. 603; T.A.R. Lombardia, sez. II, 31 luglio 2013, n. 2037; T.A.R. Puglia, Lecce, sez. III, 11 novembre 2016, n. 1708; sez. III, 20 ottobre 2016, n. 1601; T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. I, 23 marzo 2010, n. 3470. Cfr. P. Rago, *L'illegittimità urbanistico-edilizia è rilevabile in ogni tempo*, in *Riv. giur. edilizia*, 1998, I, 1216.

[153] Cons. Stato, sez. IV, 4 maggio 2012, n. 2592.

[154] Su questo orientamento della giurisprudenza v. A. Travi, *Considerazioni critiche sulla tutela dell'affidamento nella giurisprudenza amministrativa (con particolare riferimento alle incentivazioni ad attività economiche)*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2/2016, 11 s.

possono costituire indici sintomatici di un legittimo affidamento in capo al privato. Se si guarda alle singole pronunce, emerge tuttavia che il decorso di un lungo periodo di tempo non è ritenuto sufficiente a qualificare l'affidamento, dovendo concorrere anche un elemento ulteriore: ad esempio, che la costruzione sia munita di un titolo edificatorio e dunque vengano in questione delle semplici difformità dal medesimo, che le difformità rilevate siano di modesta entità, ovvero ancora che la sanzione ricadrebbe sugli aventi causa di colui che ha commesso la violazione.

Il riconoscimento, a queste limitate condizioni, di un legittimo affidamento in capo al trasgressore non comporta che il potere di vigilanza si esaurisca per effetto del decorso del tempo. Comporta piuttosto che l'ordine di demolizione non può essere giustificato dal mero interesse alla rimozione dei manufatti, ossia un interesse pubblico *in re ipsa* coincidente con il ripristino della legalità violata, occorrendo un interesse pubblico concreto che emerga dalla comparazione dei diversi interessi coinvolti nella singola vicenda amministrativa. Il decorso del tempo dunque non impedisce l'ordine di demolizione ma richiede una "congrua motivazione che indichi, avuto riguardo anche all'entità ed alla tipologia dell'abuso, il pubblico interesse, evidentemente diverso da quello al ripristino della legalità, idoneo a giustificare il sacrificio del contrapposto interesse privato"[155]. L'onere della motivazione si impone dunque quale contrappeso all'assenza di termini di prescrizione/decadenza per l'esercizio del potere repressivo, ossia all'inesauribilità del potere[156].

L'adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha fatto proprio il primo dei due orientamenti esposti, sulla base dell'argomento che il decorso del tempo non esaurisce il potere, e in particolare reputando "che non sarebbe in alcun modo concepibile l'idea stessa di connettere al decorso del tempo e all'inerzia dell'amministrazione la sostanziale perdita del potere di contrastare il grave fenomeno dell'abusivismo edilizio"[157].

[155] Cons. Stato, sez.V, 15 luglio 2013, n. 3847.

[156] Cons. Stato, sez.VI, 18 maggio 2015, n. 2512; sez.V, 15 luglio 2013, n. 3847; sez. IV, 18 aprile 2011, n. 2266; sez.V, 29 maggio 2006, n. 3270; sez.V, 25 giugno 2002, n. 3443; sez. V, 19 marzo 1999, n. 286; sez.V, 11 febbraio 1999, n. 143; sez.V, 14 ottobre 1998, n. 1483; sez. V, 12 marzo 1996, n. 247; sez. IV, 3 febbraio 1996, n. 95; sez. V, 29 ottobre 1985, n. 353; C.G.A., 23 aprile 2001, n. 183; T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 27 settembre 2013, n. 1987.

[157] Così Cons. Stato, ad. plen., 17 ottobre 2017, n. 9, la quale ha enunciato il seguente principio di diritto: "il provvedimento con cui viene ingiunta, sia pure tardivamente, la demolizione di un immobile abusivo e giammai assistito da alcun titolo, per la sua natura vincolata e rigidamente ancorata al ricorrere dei relativi presupposti in fatto e in diritto, non richiede motivazione in ordine alle ragioni di pubblico interesse (diverse da quelle inerenti

Né a fronte della costruzione senza titolo esiste un problema di tutela dell'affidamento del privato, poiché esso ha modo di porsi soltanto laddove vi sia una "posizione favorevole all'intervento riconosciuta da un atto in tesi illegittimo poi successivamente oggetto di un provvedimento di autotutela"[158].

B) L'inesauribilità del potere viene anche in rilievo – e con conseguenze di maggior momento – come criterio di interpretazione e qualificazione dei termini previsti dalla legge per l'adozione del provvedimento.

La premessa è che il principio della inesauribilità del potere indica la "(doverosità della) costante cura dell'interesse pubblico di cui la singola amministrazione è attributaria"[159]. Ne deriva, per regola generale, che il termine stabilito dalla legge per l'adozione del provvedimento "ha funzione solo acceleratoria, cosicché il ritardo nell'adottare il provvedimento non comporta decadenza della potestà amministrativa, né illegittimità del provvedimento conclusivo"[160]. Il termine è solitamente ordinatorio e può essere considerato perentorio soltanto ove ciò sia espressamente stabilito dalla legge stessa[161], ovvero, secondo alcune pronunce, sia desumibile dal contesto normativo di riferimento indipendentemente da una specifica qualificazione in tal senso[162].

Questa linea interpretativa è diffusissima nella giurisprudenza e costituisce una delle manifestazioni principali del carattere dell'inesauribilità del potere amministrativo[163]. Al solo fine di circostanziare questa affermazione

al ripristino della legittimità violata) che impongono la rimozione dell'abuso. Il principio in questione non ammette deroghe neppure nell'ipotesi in cui l'ingiunzione di demolizione intervenga a distanza di tempo dalla realizzazione dell'abuso, il titolare attuale non sia responsabile dell'abuso e il trasferimento non denoti intenti elusivi dell'onere di ripristino".

[158] Cons. Stato, ad. plen., 17 ottobre 2017, n. 9.

[159] T.A.R. Trentino-Alto Adige, Bolzano, sez. I, 29 marzo 2016, n. 120. In termini T.A.R. Puglia, Bari, sez. III, 25 novembre 2011, n. 1805.

[160] Cons. Stato, sez. IV, 10 giugno 2013, n. 3172; T.A.R. Campania, Napoli, sez. IV, 3 febbraio 2015, n. 654; T.A.R. Veneto, Venezia, sez. III, 7 maggio 2015, n. 492.

[161] Cons. Stato, sez. VI, 1 dicembre 2010, n. 8371. L'orientamento è antico: Cons. Stato, 13 novembre 1973, n. 506; C.G.A., sez. I, 26 settembre 1986, n. 161.

[162] T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 28 dicembre 2010, n. 3889. Già Cons. Stato, sez. VI, 12 gennaio 1982; Cons. Stato, sez. VI, 13 novembre 1973, n. 506, secondo cui è sufficiente che la perentorietà "discenda necessariamente dalla logica del sistema". Ma, come osserva M. Clarich, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995, 74, si tratta di una posizione ambigua in quanto non è chiaro a cosa esattamente la giurisprudenza si riferisce con l'oscuro richiamo alla "logica del sistema".

Diversamente, per Cons. Stato, sez. IV, 13 luglio 1973, n. 720, la perentorietà del termine deve essere espressamente prescritta dalla legge.

[163] Sul carattere "granitico" di questo orientamento v. M. Immordino, *Tempo ed efficien-*

e al tempo stesso rendere più tangibile l'oggetto del presente studio, si ripercorrono senza pretesa di completezza gli argomenti utilizzati dalla giurisprudenza a sostegno della natura meramente acceleratoria dei termini previsti dalla legge per l'esercizio del potere amministrativo[164].

L'esposizione può essere avviata dal termine previsto dall'art. 2, l. n. 241/1990, per la conclusione del procedimento amministrativo, se non altro per il carattere generale che questa disciplina possiede. Orbene, secondo una giurisprudenza granitica, il suddetto termine ha carattere ordinatorio e non perentorio in quanto una diversa qualificazione sarebbe incompatibile con il carattere della inesauribilità del potere[165].

Il presupposto del ragionamento è che l'amministrazione può sempre procedere alla definizione del procedimento mediante provvedimento finale e conclusivo, fatta naturalmente salva la tutela giurisdizionale del silenzio-rifiuto per rimuovere lo stato di inerzia. La conseguenza, che viene presentata come necessaria, è che, sia nei procedimenti ad istanza di parte sia in quelli ad iniziativa di ufficio, la violazione del termine di conclusione del procedimento previsto dalla l. n. 241/1990 non comporta alcun effetto di decadenza né di illegittimità del potere tardivamente esercitato[166].

za nella decisione amministrativa, in A. Contieri - F. Francario - M. Immordino - A. Zito, *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, II, Napoli, 2010, 77 s., dove si osserva tra l'altro che la perentorietà del termine viene considerata dalla cultura giuridica dominante "in contrasto con i principi di continuità e inesauribilità del potere".

[164] Le argomentazioni della giurisprudenza intorno al carattere ordinatorio dei termini, desunto dal principio della inesauribilità del potere, riecheggiano anche a proposito degli atti normativi della pubblica amministrazione.

Si afferma infatti che il termine per l'esercizio della potestà regolamentare, ove previsto, non può che essere considerato ordinatorio "sia in quanto un termine cogente per l'esercizio di potestà normativa è espressamente previsto, nel nostro ordinamento, solo per l'emanazione dei decreti legislativi delegati (*ex* art. 76 Cost. e, in attuazione, *ex* art. 14 l. n. 400/1988), sia in quanto lo stesso riconoscimento dell'esistenza di una potestà regolamentare "generale" in capo all'Esecutivo (o alla Pubblica Amministrazione), anche in assenza di indicazione di legge richiedente l'integrazione normativa della disposizione primaria, esclude *ex se* la perentorietà del termine per l'esercizio di potestà regolamentare": Cons. Stato, sez. IV, 10 luglio 2013, n. 3687.

[165] Cfr. A. Travi, *Commento all'art. 2*, in *Commentario alla legge 7 agosto 1990, n. 241*, in *Nuove leggi civili commentate*, 1995, 8 ss. dove si sostiene che l'inutile spirare del termine rileva soltanto sul piano disciplinare e della responsabilità penale, non avendo alcuna incidenza sul potere amministrativo; altresì M. Lipari, *I tempi del procedimento amministrativo. Certezza dei rapporti, interesse pubblico e tutela del cittadino*, in *Dir. amm.*, 2003, 337 ss.; V. Parisio, *I silenzi della pubblica amministrazione. La rinuncia alla garanzia dell'atto scritto*, Milano, 1996, 96 s.

[166] *Ex multis* Cons. Stato, sez. VI, 10 dicembre 2010, n. 8371. Precisa T.A.R. Marche, Ancona, sez. I, 10 ottobre 2014, n. 833 che "l'affermazione secondo cui il termine per la

Una conferma di questa interpretazione viene talora tratta dall'art. 2-*bis*, l. n. 241/1990, introdotto dalla l. 18 giugno 2009, n. 69, il quale prevede la responsabilità dell'amministrazione derivante dal ritardo nell'adozione del provvedimento, senza però individuare alcuna conseguenza relativa alla legittimità dell'atto tardivamente adottato[167].

Volgendo lo sguardo all'interpretazione dei termini previsti dalla legislazione speciale, si può ad esempio richiamare la disciplina in materia di promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno dell'elettricità (d.lgs. 29 dicembre 2003, n. 387, attuazione della direttiva 2001/77/CE).

L'art. 12, comma 4, stabilisce che l'autorizzazione per la costruzione e l'esercizio degli impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonti rinnovabili, gli interventi di modifica, potenziamento, rifacimento totale o parziale e riattivazione, nonché le opere connesse e le infrastrutture indispensabili alla costruzione e all'esercizio degli impianti stessi, è rilasciata a seguito di un procedimento unico al quale partecipano tutte le Amministrazioni interessate (Regione, Ministero delle sviluppo economico, amministrazioni preposte alla tutela del paesaggio e del patrimonio storico-artistico). Per la conclusione di questo procedimento la legge prevede un "termine massimo" che "non può essere superiore a novanta giorni".

Secondo la giurisprudenza "al termine previsto ex art. 12 co. 4 d.lgs. n. 387/03 per la definizione del procedimento di autorizzazione unica, va ascritta natura semplicemente sollecitatoria, ma non anche perentoria. Per tali ragioni, va esclusa l'illegittimità del provvedimento finale assunto dall'amministrazione, per il sol fatto che quest'ultima vi abbia provveduto oltre il suddetto lasso temporale"[168].

Questa interpretazione trova fondamento ancora una volta nel "principio generale di tendenziale inesauribilità del potere amministrativo, il quale

conclusione del procedimento è da intendere ordinatorio può anche essere condivisa, nella misura in cui ci si riferisce alla c.d. inesauribilità del potere amministrativo. Ma in relazione all'azione avverso il silenzio essa è neutra, in quanto è proprio la scadenza del termine di legge ad abilitare alla proposizione del ricorso *ex* artt. 31 e 117 cod. proc. amm. Come detto in precedenza, l'obiettivo dell'azione avverso il silenzio è solo quello di ottenere, quantomeno, una sentenza di condanna a provvedere, per cui è essenziale stabilire da quale momento la P.A. può essere considerata "in mora"; e questo momento coincide con il decorso del termine per la conclusione del procedimento (vedasi l'art. 31, comma 1, cod. proc. amm.)".

[167] T.A.R. Trentino-Alto Adige, Bolzano, sez. I, 29 marzo 2016, n. 120; T.A.R. Puglia, Bari, sez. III, 4 agosto 2016, n. 1041.

[168] T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, 28 gennaio 2013, n. 209.

esige che la funzione venga esercitata, e che esclude pertanto che, in difetto di specifiche previsioni normative, il potere possa dirsi "consumato", ove non esercitato in termini". D'altra parte, osserva ancora la giurisprudenza, "laddove il legislatore ha voluto prevedere un termine perentorio per la conclusione del procedimento lo ha fatto chiaramente, indicando altresì l'autorità dotata di poteri sostitutivi (ad es., art. 146 co. 9 d.lgs. n. 42/04, nell'ambito del procedimento di autorizzazione paesaggistica). Pertanto, se il legislatore è in talune ipotesi intervenuto espressamente a chiarire la natura perentoria del termine entro il quale i lavori della conferenza di servizi devono concludersi, ciò vuol dire che, nei casi in cui una previsione siffatta manchi, il termine in esame non può avere natura perentoria (*ubi lex voluit dixit*; *ubi noluit tacuit*)"[169].

In definitiva, il significato della previsione del termine è soltanto quello di consentire l'accertamento del silenzio-rifiuto serbato dall'amministrazione, sì da consentire al privato l'attivazione dei rimedi giuridici scolpiti dagli artt. 31-117 c.p.a, ma da ciò non può inferirsi l'illegittimità del provvedimento tardivamente emesso dall'amministrazione[170].

Argomenti analoghi si riscontrano nell'interpretazione della disciplina sul riconoscimento di infermità o lesione dipendente da causa di servizio, contenuta nel d. P.R. 29 ottobre 2001, n. 461. La norma qui prevede che l'amministrazione si pronuncia sulla domanda dell'interessato entro venti giorni dalla data di ricezione del parere rilasciato dal Comitato di verifica per le cause di servizio. Entro lo stesso termine, se per motivate ragioni non ritiene di conformarsi al parere, l'amministrazione ha l'obbligo di richiedere ulteriore parere al Comitato, e adotta il provvedimento nei successivi dieci giorni alla ricezione del nuovo parere (art. 14, comma 1). Quasi a confermare la serietà della scansione temporale, si prevede espressamente con formula di chiusura che "Il provvedimento finale è adottato nel rispetto dei termini procedimentali previsti dal presente regolamento" (art. 14, comma 2).

Secondo la giurisprudenza, i suddetti termini non hanno carattere perentorio e ciò perché, in assenza di espresse previsioni testuali che colleghino uno specifico effetto preclusivo all'inutile decorso del termine, opera il principio "dell'inesauribilità del potere amministrativo, tanto più in procedimenti ad istanza di parte, in relazione ai quali, del resto, il legislatore ha significativamente previsto il rimedio del cosiddetto "silenzio-inadempimento" (artt. 31 e 117 c.p.a.), che, rendendo coercibile l'esercizio del pote-

[169] T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, 28 gennaio 2013, n. 209.
[170] T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, 28 gennaio 2013, n. 209.

re dopo la scadenza del termine all'uopo previsto, dimostra *a contrario* che il decorso del tempo non riveste, *ex se*, valenza estintiva o invalidante"[171].

Il principio della inesauribilità del potere svolge un ruolo determinante anche nell'interpretazione della disciplina dei termini relativi ai procedimenti d'ufficio, come ad esempio il procedimento di irrogazione delle sanzioni amministrative pecuniarie, di cui alla l. 24 novembre 1981, n. 689[172].

La legge prevede che, in assenza di contestazione immediata, gli estremi della violazione debbono essere notificati agli interessati entro il termine massimo di novanta giorni dall'accertamento (art. 14, comma 2). Non è stabilito alcun termine per l'adozione dell'ordinanza-ingiunzione con la quale l'autorità competente, se ritiene fondato l'accertamento, determina la somma dovuta per la violazione e ne ingiunge il pagamento (art. 18, comma 2). L'art. 28, tuttavia, dispone: il "diritto a riscuotere le somme dovute per le violazioni indicate dalla presente legge si prescrive nel termine di cinque anni dal giorno in cui è stata commessa la violazione".

La giurisprudenza ritiene che la prescrizione si riferisce "alle somme oggetto di ingiunzione, ma non al potere dell'amministrazione di ingiungere l'indennità a fronte dell'abuso, il quale è inesauribile salvo espresse e puntuali previsioni decadenziali"[173]. Postulando l'inesauribilità del potere sanzionatorio, si arriva così alla conclusione che non vi è incompatibilità

[171] T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. I, 26 febbraio 2016, n. 583, che richiama Cons. Stato, sez. V, 1 ottobre 2015, 4599, dove è affermato il principio secondo cui, in mancanza di una specifica disposizione che espressamente individui la natura decadenziale del termine, questo può qualificarsi "*perentorio*" soltanto se dal suo inutile decorso consegue la perdita della possibilità di provvedere da parte dell'organo.

[172] Cfr. S. Cimini, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche. Uno studio critico*, Napoli, 2017, 365 ss.

[173] Cons. Stato, sez. IV, 26 novembre 2013, n. 5615 e in dottrina A. Travi, *Sanzioni amministrative e pubblica Amministrazione*, Padova, 1983, 65 s., secondo cui dalla formulazione della norma si deve dedurre "che assoggettato a prescrizione quinquennale non è l'esercizio della potestà sanzionatoria dell'amministrazione, ma è il diritto dell'amministrazione di procedere alla riscossione delle sanzioni pecuniarie". Da questa interpretazione, tuttavia, l'A. non trae la conclusione che l'amministrazione può irrogare in ogni tempo la sanzione, dal momento che l'estinzione del potere sanzionatorio avviene a distanza della commissione dell'illecito per carenza dell'interesse all'esplicazione della relativa funzione (127); bensì la possibilità per l'amministrazione di applicare una sanzione pecuniaria di cui è prescritta la riscossione: il che all'A. non pare illogico in quanto "l'accertamento dell'illecito e la commisurazione della sanzione corrispondente sono utili per esempio ai fini della determinazione della personalità del trasgressore, per gli effetti di cui all'art. 11 della legge 689 nell'ipotesi di nuova violazione […]" (66); *contra*, per la tesi che la prescrizione riguardi il potere dell'amministrazione di applicare la sanzione, avendo ad oggetto l'illecito amministrativo, Cass., 14 marzo 2007, n. 5896; Cass., sez. lav, 17 aprile 2004, n. 7346.

tra la previsione della prescrizione e la possibilità dell'amministrazione di ingiungere in ogni tempo il pagamento della somma. A differenza delle sanzioni penali, dunque, le sanzioni amministrative possono essere comminate in ogni tempo alla sola condizione che l'illecito sia stato contestato tempestivamente e ciò perché il potere dell'amministrazione non si esaurisce mai.

Va infine registrato un orientamento giurisprudenziale che predica l'inesauribilità anche in relazione a poteri sottoposti a termini che la legge qualifica perentori, di modo che l'inutile decorso anche di siffatti termini non determina la decadenza dell'amministrazione dal potere di provvedere ovvero l'illegittimità dell'atto tardivamente adottato.

Prendiamo in considerazione la disciplina del Codice dei beni culturali e del paesaggio (d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42) in materia di accertamento della compatibilità paesaggistica degli interventi su beni sottoposti a vincoli e realizzati in difformità o in assenza dell'autorizzazione paesaggistica, per i quali è prevista la possibilità di ottenere la c.d. autorizzazione postuma se si tratta di interventi di entità modesta (consistenti in lavori che non abbiano determinato creazione di superfici utili o volumi ovvero aumento di quelli legittimamente realizzati, nell'impiego di materiali in difformità dall'autorizzazione paesaggistica ovvero in lavori comunque configurabili quali interventi di manutenzione ordinaria o straordinaria) (art. 167, commi 4 e 5).

L'art. 167, comma 5, stabilisce che il proprietario, possessore o detentore a qualsiasi titolo dell'immobile o dell'area interessati dai suddetti interventi può presentare domanda all'autorità preposta alla gestione del vincolo (regione o ente subdelegato) ai fini dell'accertamento della compatibilità paesaggistica degli interventi medesimi. La legge prevede inoltre che "l'autorità competente si pronuncia sulla domanda entro il termine perentorio di centottanta giorni, previo parere vincolante della soprintendenza da rendersi entro il termine perentorio di novanta giorni"[174].

[174] La giurisprudenza in materia appare sufficientemente consolidata: si veda, ad esempio, Cons. Stato, sez. III, 26 aprile 2016, n. 1613; sez.VI, 18 settembre 2013, n. 4656; T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. I, 13 ottobre 2014, n. 2481; T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 16 aprile 2012, n. 382; T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, 13 aprile 2011, n. 669; T.A.R. Basilicata, sez. I, 13 febbraio 2010, n. 53. In dottrina M.A. Sandulli, *Commento all'art. 167*, in Id. (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Milano, 2012, 1229; E. Boscolo, *L'inammissibilità dell'autorizzazione paesaggistica in sanatoria: riaffermazione del principio e questioni sempre aperte*, in *Urb. e app.*, 2015, 838; S. Amorosino, *La Soprintendenza non può vanificare l'autorizzazione ambientale che salvaguarda il paesaggio*, in *Urb. e app.*, 2015, 723; Id., *Autorizzazioni paesaggistiche: obbligo di parere motivato e costruttivo. Il d.l. 83/2014 modifica l'art. 146 del codice*, in *Urb. e*

Qui, come si vede, la legge non soltanto stabilisce termini per l'esercizio del potere (consultivo) della soprintendenza e per l'esercizio del potere autorizzativo, ma qualifica espressamente entrambi come termini perentori. Stando all'orientamento giurisprudenziale sin ora esaminato, si dovrebbe desumere che ricorra una di quelle ipotesi eccezionali in cui, avendo la legge espressamente escluso la natura acceleratoria del termine, la violazione dello stesso comporta la perdita da parte dell'amministrazione del potere di provvedere ovvero l'illegittimità dell'atto tardivo.

E invece una significativa parte della giurisprudenza, pur prendendo atto che la legge definisce perentorio il termine, osserva che "il potere esplicato dalla Soprintendenza nell'ambito del procedimento di cui all'art. 167 comma 5 Dlgs. 42/2004, in quanto si estrinseca in un parere non solo obbligatorio, ma altresì vincolante, si atteggia come potere di amministrazione attiva, per sua natura inesauribile"[175]. Per cui la espressa previsione del carattere perentorio del termine è un "dato che non rileva"[176], stando a significare soltanto che i termini "sono stati ritenuti adeguati dal legislatore per le pronunce delle amministrazioni che partecipano alla procedura"[177].

Con maggiore sforzo argomentativo, talora si sostiene che il termine previsto dall'art. 167, comma 5, per l'autorizzazione paesaggistica postuma non consuma il potere "venendo nella specie in rilievo un atto ampliativo della sfera del privato e non un atto di tipo ablatorio, rispetto al quale soltanto può configurarsi la consumazione del potere, a seguito dello spirare del termine perentorio per la conclusione del procedimento assegnato dal legislatore"[178]. La conclusione, in ogni caso, è che la scadenza dei termini perentori previsti dall'art. 167, comma 5, non può condurre all'annullamento del parere obbligatorio della Sovrintendenza e dell'autorizzazione paesi-

app., 2014, 789; F.M. Pileri, *I vincoli del potere di valutazione della P.A. in tema di rilascio dell'autorizzazione paesaggistica in sanatoria*, in *Riv. giur. amb.*, 2012, 109.

[175] T.A.R. Campania, Napoli, sez. VII, 26 febbraio 2013, n. 1131; T.A.R. Campania, Napoli, sez.VI, 18 giugno 2014, n. 3397.

[176] T.A.R. Campania, Napoli, sez.VI, 18 giugno 2014, n. 3397.

[177] T.A.R. Campania, Napoli, sez.VI, 18 giugno 2014, n. 3397. Cfr. anche T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 10 settembre 1990, n. 734, secondo cui il carattere perentorio del termine non comporta la decadenza dal potere perché l'effetto preclusivo può intervenire soltanto ove la legge "commini espressamente l'effetto del potere amministrativo conferito, allo scadere del termine", e non "può essere dedotto in via interpretativa, perché esso urta da un lato con il principio di legalità dell'azione amministrativa e dall'altro con le esigenze insopprimibili di continuità della stessa".

[178] T.A.R. Campania, Napoli, sez.VII, 26 febbraio 2013, n. 1131.

stica postuma rilasciata dall'ente competente alla gestione del vincolo[179]. In base a tale orientamento, la perentorietà del termine riguarderebbe non la sussistenza del potere o la legittimità del parere, ma l'obbligo di concludere la fase del procedimento: obbligo che, se rimasto inadempiuto, può essere dichiarato sussistente dal giudice adito tramite l'azione avverso il silenzio-inadempimento ai sensi dell'art 117 c.p.a.[180].

Analoga conclusione raggiunge un orientamento minoritario formatosi in relazione al già esaminato termine di cui all'art. 12, d.lgs. n. 387/2003, in materia di promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti rinnovabili, qualificato questa volta come un termine perentorio anche sulla scorta di quanto affermato dalla Corte costituzionale con le sentenze 9 novembre 2006 n. 364 e 6 novembre 2009 n. 282, secondo cui esso risponde a finalità di semplificazione e accelerazione e costituisce pertanto principio fondamentale in materia di produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia[181].

Si riconosce infatti che il carattere perentorio del termine "implica e rafforza le responsabilità dell'Ente e dei suoi funzionari per il caso di inosservanza di esso", ma si sostiene che ciò non comporta "la decadenza del potere dell'amministrazione pubblica di provvedere in ordine all'istanza" in quanto "a ciò osta il principio dell'inesauribilità del potere amministrativo, che impone di verificare caso per caso le conseguenze dell'inosservanza del termine perentorio e di attribuire effetto decadenziale all'inutile decorso solo nei casi in cui […] la norma configuri una sorta di silenzio tipizzato, o comunque differenti conseguenze a carattere costitutivo della fattispecie regolata […]"[182]. "Una diversa conclusione appare difficilmente conciliabile con gli obiettivi di tutela degli interessi pubblici coinvolti e, segnatamente, con gli obiettivi di semplificazione e accelerazione che il legislatore persegue in materia. Si giungerebbe, infatti, a una sorta di paralisi della funzione, non potendosi adottare alcun provvedimento, di segno positivo o negativo"[183].

C) Il quadro che deriva dall'esame della giurisprudenza non è scevro da imprecisioni concettuali e lessicali, a cominciare dalle incertezze in ordine

[179] T.A.R. Campania, Napoli, sez.VI, 18 giugno 2014, n. 3397.

[180] Cons. Stato,VI, 4 ottobre 2013, n. 4914; in termini simili: Cons. Stato,VI, 18 settembre 2013, n. 4656.

[181] Cons. Stato, sez.V, 28 aprile 2014, n. 2184;T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 19 febbraio 2016, n. 322.

[182] T.A.R. Umbria, 6 maggio 2009, n. 202; Cons. Stato, sez. IV, 28 aprile 2008, n. 1870.

[183] T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 19 febbraio 2016, n. 322.

al significato della perentorietà del termine, espressione che alcune volte viene utilizzata per indicare che la violazione del termine stesso comporta la decadenza dell'amministrazione dal potere di provvedere, mentre in altre occasioni ciò viene espressamente negato.

Dal punto di vista sistematico si può osservare quanto segue.

Quando la legge non prevede alcun termine per l'esercizio di un certo potere, affermarne l'inesauribilità significa in primo luogo constatare questa assenza; l'inesauribilità assume cosi i tratti di un concetto descrittivo. In questi casi, tuttavia, l'insistenza da parte della giurisprudenza sul carattere della inesauribilità ha l'ulteriore funzione di escludere che il mancato esercizio del potere per un periodo di tempo prolungato dia luogo a un legittimo affidamento del privato in ordine alla prosecuzione del comportamento inerte della pubblica amministrazione e dunque al mantenimento dello *status quo* a lui favorevole.

Quando invece la legge prevede un termine per l'esercizio del potere, solitamente se ne afferma l'inesauribilità onde escludere che si tratti di un termine perentorio il cui inutile decorso precluda il legittimo esercizio del potere. Secondo questa impostazione, l'inesauribilità del potere e la perentorietà del termine si escludono a vicenda, nel senso che se vi è l'una non può esservi l'altra, per cui il potere dismette il carattere della inesauribilità nei rari casi in cui è la legge a qualificare espressamente il termine come perentorio. Vi è nondimeno una parte della giurisprudenza che sostiene l'inesauribilità del potere anche in presenza di un termine perentorio, sul diverso presupposto che la perentorietà non comporta la decadenza dal potere e l'illegittimità del provvedimento tardivo.

4. *Osservazioni di sintesi*

L'indagine mostra che il carattere dell'inesauribilità del potere compare nelle argomentazioni della dottrina e della giurisprudenza a fondamento di diversi istituti e soluzioni interpretative: è richiamato a proposito dei poteri di ritiro, dell'attività amministrativa successiva alla sentenza di annullamento e, infine, a proposito delle conseguenze della violazione dei termini previsti per l'adozione dei provvedimenti.

L'inesauribilità si manifesta nei diversi istituti secondo due declinazioni fondamentali: come facoltà dell'amministrazione di decidere quando esercitare il potere, posto che il decorso del tempo non lo consuma, e come facoltà dell'amministrazione di esercitarlo più volte in relazione ad uno stesso rapporto, posto che il potere non è consumato neppure dal suo esercizio.

Il significato dell'espressione "inesauribilità del potere" è allora essenzialmente unitario ed è colto dalla seguente determinazione sintetica: il potere amministrativo non si estingue (o "consuma") attraverso il suo esercizio, né attraverso il suo mancato esercizio o inerzia dell'amministrazione.

In ragione dell'inesauribilità del potere, una determinata situazione reale è soggetta a un numero potenzialmente infinito di episodi di esercizio del potere ammnistrativo: tanti, quante le volte in cui lo richiede la cura dell'interesse pubblico in vista del quale il potere è attribuito all'amministrazione[184]; l'amministrazione inoltre ha la facoltà di adottare in ogni tempo le decisioni di sua competenza per la cura degli interessi pubblici. L'immagine di un flusso continuo, sempre efficiente, è approssimativa come tutte le immagini riferite ai fenomeni giuridici; ma rende l'idea del fenomeno di cui si tratta.

Un dato di fondamentale importanza che emerge dall'analisi condotta è che l'inesauribilità viene considerata un carattere intrinseco del potere amministrativo, una qualità che gli è naturalmente propria: come tale, l'inesauribilità determina o conforma il regime dell'attività amministrativa, non è (soltanto, o tanto) una espressione descrittiva di una certa disciplina.

Tale funzione fondativa e conformante è evidente quando si richiama l'inesauribilità a giustificazione dell'orientamento secondo cui la violazione del termine previsto dalla legge per l'adozione del provvedimento non fa incorrere l'amministrazione in decadenza, né determina l'illegittimità della eventuale decisione assunta tardivamente. È chiaro che qui dell'inesauribilità non si ragiona *a posteriori* della disciplina, bensì *a priori*, assumendola quale criterio interpretativo essenziale della disciplina stessa e dunque quale fonte dello statuto dell'attività amministrativa.

[184] L'interesse pubblico può richiedere il riesercizio del potere fondamentalmente in tre ipotesi: quando il potere sia stato esercitato in modo inadeguato alla cura dell'interesse pubblico stesso, quando siano sopravvenuti fatti che abbiano reso in un secondo tempo inadeguato l'assetto di interessi stabilito dal potere, infine quando l'annullamento del provvedimento amministrativo da parte del giudice abbia lasciato un vuoto nella cura dell'interesse stesso. Le prime due ipotesi rinviano alla facoltà dell'amministrazione di annullare d'ufficio o revocare i propri atti, eventualmente sostituendoli con nuove decisioni relative alla medesima fattispecie concreta. La terza rinvia alla facoltà dell'amministrazione di provvedere nuovamente alla disciplina di una determinata fattispecie dopo l'annullamento del precedente provvedimento da parte del giudice. I due fondamentali corollari del fatto che il potere non si esaurisce con il suo esercizio sono allora la intrinseca instabilità del rapporto sorto per effetto del potere, il quale può essere messo in discussione dalla stessa amministrazione con una decisione successiva che prevale su quella precedente, e la strutturale inidoneità della sentenza che annulla il provvedimento viziato a definire una volta per tutte il rapporto.

Discorso analogo vale a proposito della riedizione del potere dopo l'annullamento giurisdizionale. Il codice del processo amministrativo ha abrogato l'art. 45, r.d. 26 giugno 1924, n. 1054 (T.U. Cons. Stato), il quale, dopo aver fatto riferimento all'esecuzione della pronuncia ad opera della pubblica amministrazione, faceva espressamente "salvi gli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa"[185]. Eppure si ritiene pacificamente che, dopo l'annullamento e fermi i limiti posti dal giudicato, spetti comunque all'amministrazione decidere nuovamente sul rapporto inciso con il primo provvedimento. Il che dimostra ancora come l'inesauribilità del potere sia il presupposto della soluzione interpretativa, fattore determinante la stessa e non innocuo concetto descrittivo.

L'entrata in vigore degli artt. 21-*quinquies* e 21-*nonies*, l. n. 241/1990, ha messo in ombra la funzione fondativa dell'inesauribilità del potere nella materia degli atti di ritiro, in quanto è la legge oggi a prevedere espressamente l'annullamento d'ufficio, la revoca e la sospensione del provvedimento. Ma ciò solo parzialmente, visto che la dottrina e la giurisprudenza continuano a vedere nell'inesauribilità del potere il fondamento ultimo degli atti di ritiro, nei fatti derubricando la disciplina degli artt. 21-*quinquies* e 21-*nonies* a mera regolazione normativa di un fenomeno preesistente e valido a prescindere dalla legge. E in questa stessa materia l'inesauribilità come carattere intrinseco del potere amministrativo riemerge con tutta evidenza laddove giustifica il recesso unilaterale (qualificato come revoca) dagli accordi tra le pubbliche amministrazioni, benché non previsto dall'art. 15 l. 241/1990, o legittima la costruzione giurisprudenziale di modelli atipici di atti di ritiro.

[185] Cfr. A. Giusti, *Il contenuto conformativo della sentenza del giudice amministrativo*, Napoli, 2012, 174.

Capitolo II

DOTTRINE CRITICHE RISPETTO ALL'INESAURIBILITÀ DEL POTERE AMMINISTRATIVO

Sommario: Premessa. – *Sezione I. Inesauribilità del potere e atti di riesame*: 1. L'inquadramento degli atti di riesame nell'autotutela decisoria. Inidoneità a smentire l'inesauribilità del potere. – 2. La tesi della tipicità degli atti di riesame. Inidoneità a smentire l'inesauribilità del potere. – 3. Osservazioni di sintesi. – *Sezione II. Inesauribilità del potere e riedizione dello stesso dopo l'annullamento*: 1. Annullamento e accertamento costitutivo del rapporto. – 2. (*segue*) Discussione della tesi. – 3. (*segue*) Inidoneità dell'annullamento a definire il rapporto. – 4. Annullamento, giudizio di ottemperanza e definizione del rapporto. – 5. (*segue*) Discussione della tesi. – 6. (*segue*) Inidoneità del giudizio di ottemperanza a definire un rapporto non definito in sede di cognizione. – 7. Annullamento, condanna ad adempiere e definizione del rapporto. – 8. (*segue*) Discussione della tesi. – 9. (*segue*) Inidoneità della condanna a definire il rapporto in presenza di poteri discrezionali. – 10. Osservazioni di sintesi. – *Sezione III. Inesauribilità del potere e inerzia*: 1. La distinzione tra termine di adempimento dell'obbligo di rispondere e termine di esercizio del potere. – 2. (*segue*). Discussione della tesi. – 3. Conclusioni sulle dottrine critiche nei riguardi dell'inesauribilità del potere.

Premessa

L'inesauribilità del potere pervade la disciplina dell'azione amministrativa e i rapporti tra amministrazione e giurisdizione, essendo comunemente riconosciuta sia dalla giurisprudenza sia dalla dottrina.

Tuttavia l'inesauribilità del potere non è soltanto un fenomeno giuridico scientificamente osservabile; è anche lo snodo concettuale di una serie di possibili problemi che a questo punto occorre tematizzare. Intesa come fondamento dogmatico dei poteri di ritiro, l'inesauribilità pone un problema di violazione del principio di legalità perché consente di individuare poteri amministrativi anche laddove non previsti espressamente dalla legge; intesa come possibilità dell'amministrazione di riesercitare il potere dopo l'annullamento, pone un problema di effettività della tutela giurisdizionale perché impedisce che al termine del processo sia assicurato al ricorrente vittorioso il bene della vita cui aspira; intesa come inattitudine del potere ad esaurirsi attraverso l'inerzia, pone un problema di tempestività dell'azione amministrativa e di tutela delle situazioni giuridiche connesse al principio

di tempestività, perché consente all'amministrazione di provvedere in ogni tempo.

Non si intende per il momento discutere se codesti siano problemi reali o soltanto apparenti. Se li si è evocati, è soltanto come premessa ad un capitolo dedicato alla discussione di una serie di impostazioni teoriche che, talora in modo diretto e talora in modo soltanto implicito, tendono a smentire, o così si è ritenuto, il carattere dell'inesauribilità del potere in una, o più, delle sue manifestazioni principali.

Si discuteranno quindi prospettazioni critiche nei riguardi dell'inesauribilità del potere come fondamento degli atti di ritiro, prospettazioni critiche nei riguardi dell'inesauribilità come possibilità di riesercitare il potere dopo l'annullamento e, infine, prospettazioni critiche nei riguardi dell'inesauribilità come possibilità di esercitare il potere in ogni tempo.

L'esposizione non ha di mira una rassegna completa delle opinioni che per qualche aspetto potrebbero essere considerate incompatibili con l'inesauribilità del potere, quanto la discussione dei principali modelli concettuali che, quantomeno a prima vista, appaiono ad essa alternativi. Non è casuale che maggiore spazio sia riservato alla discussione dei tentativi dottrinali volti a superare l'inesauribilità del potere come sopravvivenza dello stesso all'annullamento giurisdizionale: è questa infatti la declinazione dell'inesauribilità che, a torto o a ragione, è stata avvertita come la più densamente problematica e rispetto alla quale si registrano pertanto i più articolati tentativi decostruttivi.

Sezione I. Inesauribilità del potere e atti di riesame

1. *L'inquadramento degli atti di riesame nell'autotutela decisoria. Inidoneità a smentire l'inesauribilità del potere*

L'inesauribilità del potere dovrebbe trovare una secca smentita nelle ricostruzioni teoriche degli atti di riesame alternative rispetto a quella che li concepisce come il frutto del riesercizio del potere esercitato per la prima volta.

In particolare, un argomento decisivo per affermare la non riconducibilità degli atti di ritiro al riesercizio del potere è talora ravvisato[1] nel diffuso inquadramento degli atti di riesame entro la categoria dell'autotutela deci-

[1] Così N. Bassi, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001, 363 ss., 374, 380, 382 ss.

soria (spontanea), definita come la capacità generale dell'amministrazione di risolvere un conflitto potenziale o attuale tra sé ed il destinatario del suo provvedimento, ovvero di una norma, tramite l'annullamento d'ufficio, la revoca, l'abrogazione e la caducazione dei propri atti[2].

Tuttavia la differenza tra questa tesi e quella che pone l'accento sul riesercizio del potere originario riguarda essenzialmente il profilo funzionale: chi li riconduce alla autotutela decisoria, ritiene che gli atti di riesame siano diretti alla cura di un interesse proprio dell'amministrazione quale soggetto dell'ordinamento[3]; mentre chi li concepisce come atti di riesercizio del potere ne mette in rilievo la strumentalità alla cura dell'interesse pubblico concreto e li colloca persuasivamente nell'ambito della amministrazione attiva[4].

L'inquadramento degli atti di riesame nella categoria dell'autotutela non dimostra, invece, che gli atti stessi siano espressione di un potere diverso da

[2] F. Benvenuti, *Autotutela (diritto amministrativo)*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, 537 ss., spec, parr. 4 e 6, dove l'A. osserva, a proposito della autotutela spontanea, che essa richiede "la esistenza di una situazione di contrasto tra interessato e amministrazione per causa della invalidità di un atto amministrativo; e poco importa che tale contrasto non abbia la possibilità di concretarsi in un conflitto attuale, perché l'amministrazione non può trascurare di tenere presente che ogni stato anomalo dei suoi rapporti con gli amministrati rappresenta prima di tutto un contrasto con quel pubblico interesse che essa deve tutelare e soddisfare".

[3] F. Benvenuti, *Autotutela*, cit., 544 s., dove si legge che, con l'esercizio del potere di autotutela "non si tende né alla restaurazione obiettiva dell'ordine giuridico violato né alla soddisfazione di quegli interessi che il legislatore ha ritenuto degni di tutela attraverso la disciplina di una materia". Cfr. N. Bassi, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, cit., 374 ss.

[4] G. Corso, *Manuale*, cit., 325, "quando annulla o revoca un proprio atto l'autorità amministrativa non tutela se stessa né si fa giustizia da sé. Tutela, o dovrebbe tutelare, l'interesse pubblico: così come era tenuta a curarlo, l'interesse pubblico, quando a suo tempo adottò l'atto che oggi intende togliere di mezzo o modificare"; G. Corso, *Autotutela* (dir. amm.), in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006; E. Ferrari, *Revoca nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIII, Torino, 1997, 334; M. Immordino, *I provvedimenti amministrativi di secondo grado*, cit., 352; Id., *Il potere amministrativo di revoca*, cit., 5; A. Contieri, *Il riesame del provvedimento amministrativo: annullamento e revoca tra posizioni favorevoli e interessi sopravvenuti*, Napoli, 1991, 110 ss., 130; G. Coraggio, *Autotutela I) diritto amministrativo*, in *Enc. giur.*, IV, Roma, 1988, 5, secondo cui nell'annullamento d'ufficio e nella revoca non v'è nulla "che possa richiamare l'autotutela neanche in senso improprio: non un fine giustiziale né un conflitto (a meno di non diluire il concetto fino a confonderlo con il naturale contrasto d'interessi che si agita in ogni scelta amministrativa), mentre predomina l'esigenza di una buona amministrazione spinta fino al sacrificio di situazioni giuridiche private consolidate nel tempo". Ritiene che le due tesi non siano veramente inconciliabili, in quanto "l'autotutela è insieme tutela della giusta decisione e difesa del proprio operare" V. Domenichelli, *Revoca del provvedimento*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 1059.

quello esercitato con il provvedimento di primo grado. L'autotutela è infatti intesa come una prerogativa generale della pubblica amministrazione[5]: e dunque l'annullamento d'ufficio e la revoca, che se ne sono espressione, sono facoltà immanenti al potere amministrativo[6].

Questo diverso inquadramento degli atti di ritiro, in conclusione, o si pone in violazione del principio di legalità perché istituisce poteri non normativamente fondati[7], oppure presuppone che il potere dell'amministrazione, fondato nella norma attributiva, non si esaurisce all'atto del suo esercizio e sopravvive per consentire la revoca o l'annullamento. In entrambi i casi, la nozione di autotutela decisoria spontanea non sembra idonea a fondare su basi sufficientemente solide l'autonomia dei poteri di ritiro e quindi a scalfire sotto questo profilo il dogma dell'inesauribilità del potere[8].

2. *La tesi della tipicità degli atti di riesame. Inidoneità a smentire l'inesauribilità del potere*

L'autonomia dei poteri di ritiro è invece affermata in termini netti dalla dottrina secondo cui il problema della revocabilità (o più in generale, della ritirabilità) dell'atto amministrativo deve essere impostato tenendo presente che la Costituzione "prevede che sui diritti dei cittadini si possa intervenire imperativamente soltanto (quantomeno) nel rispetto della riserva di legge"[9].

[5] A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, I, Napoli, 1989, 196. Cfr. M. Immordino, *Il potere amministrativo di revoca*, cit., 4, che parla con accento critico di "antico privilegio".

[6] F. Benvenuti, *Autotutela*, cit., 537, dove si parla di "concetto generale" a proposito della autotutela sugli atti. Sul punto F. Francario, *Riesercizio del potere amministrativo e stabilità degli effetti*, cit., 13. Sull'autotutela come espressione della posizione di preminenza in cui si trova la pubblica amministrazione rispetto ai privati cfr. G. La Rosa, *La revoca del provvedimento amministrativo*, cit., 74.

[7] Questa la conclusione di F. Paparella, *Revoca (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 209; A. Contieri, *Il riesame del provvedimento amministrativo: annullamento e revoca*, cit., 51.

[8] F. Francario, *Riesercizio del potere amministrativo e stabilità degli effetti*, cit., 13 s.

Non smentisce questa conclusione la posizione assunta da M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1970, 1318, il quale, superando una propria precedente prospettazione, ritiene che l'autotutela individui una "potestà a sé stante" e non una forza del provvedimento connessa all'imperatività. Con il termine "autotutela", infatti, l'A. designa esclusivamente la potestà amministrativa che trova esplicazione nei procedimenti esecutivi e non anche quella che trova esplicazione nei procedimenti di secondo grado. Secondo Giannini, infatti, la nozione di autotutela decisoria, in cui si comprenderebbero tutti i procedimenti di secondo grado, non può essere accolta perché molti di questi sono volti "precipuamente a curare interessi pubblici" e non a risolvere conflitti attuali o potenziali.

[9] D. Sorace - C. Marzuoli, *Concessioni amministrative*, in *Dig. disc. pubbl.*, III, Torino, 1989, 293.

Il potere di ritirare le decisioni già prese dall'amministrazione, si osserva, "è un potere imperativo di rilievo tale da non consentire addirittura che la protezione di taluni interessi dei cittadini nei confronti dell'amministrazione raggiunga la consistenza necessaria per considerarli veri e propri diritti soggettivi"[10]. Infatti la situazione giuridica sorta per effetto del provvedimento presenta i caratteri di un vero e proprio diritto soggettivo soltanto se l'atto che l'ha generato non è annullabile o revocabile, perché in caso contrario si tratterà di un mero interesse legittimo che l'amministrazione può sacrificare con i suoi poteri autoritativi[11].

Trattandosi di un potere imperativo nel senso indicato, esso richiede secondo Costituzione un'apposita attribuzione da parte della legge: "non può considerarsi implicitamente proprio dell'amministrazione, ma deve considerarsi inesistente in mancanza di una esplicita e tassativa previsione legislativa"[12]. Il provvedimento amministrativo, dunque, è da considerarsi in principio come un atto irretrattabile, salvo che la legge attribuisca all'amministrazione il potere di disporne la revoca o l'annullamento d'ufficio[13].

Secondo questa impostazione, è impossibile giustificare il ritiro del prov-

[10] D. Sorace - C. Marzuoli, *Concessioni amministrative*, cit., 296.

[11] Secondo D. Sorace - C. Marzuoli, *Concessioni amministrative*, cit., 294, quindi, non è corretta la tesi che individua nel diritto soggettivo eventualmente sorto dal provvedimento un ostacolo all'annullamento d'ufficio e alla revoca poiché non è la situazione giuridica soggettiva a decidere dell'esistenza o meno del potere di ritiro bensì la presenza o meno del potere di ritiro a decidere della consistenza della situazione giuridica soggettiva.

La tesi criticata da Sorace e Marzuoli è esposta in A. Amorth - O. Ranelletti, *Atti amministrativi*, cit., 167, che per individuare i limiti della revoca, si rifanno alla distinzione tra diritto soggettivo perfetto e interesse legittimo (categoria diritto affievolito): "se l'atto amministrativo ha fatto nascimento ad un diritto soggettivo perfetto, esso non può essere revocato, salvo che l'esistenza di quel diritto rimanga condizionata al perdurare delle condizioni nel concorso e nel presupposto delle quali l'atto fu emanato […] Se, invece, con l'atto amministrativo si è creato un interesse legittimo, l'autorità amministrativa potrà sempre revocare l'atto stesso, quando mutino le esigenze dell'interesse pubblico, a cui l'interesse è condizionato".

[12] D. Sorace - C. Marzuoli, *Concessioni amministrative*, cit., 296.

[13] D. Sorace - C. Marzuoli, *Concessioni amministrative*, cit., 296, precisano che in questo modo non si introduce un'inaccettabile limitazione dei poteri necessari per la cura adeguata dell'interesse pubblico. Da un parte, infatti, v'è da considerare che l'amministrazione non coincide con l'insieme degli apparati deputati alla cura degli interessi pubblici: il principale di questi poteri è piuttosto il potere legislativo, "e sicuramente per la legge può essere affermato il principio generale della revocabilità". D'altra parte, v'è che la legge può sempre prevedere la revocabilità di un atto amministrativo, per cui il senso profondo della revisione teorica proposta non è di determinare una riduzione quantitativa della revocabilità, bensì di porre in evidenza che quello della revocabilità dell'atto amministrativo "è problema che non può risolversi pregiudizialmente. La soluzione dipende dallo stretto diritto positivo". Cfr. D. Sorace, *Promemoria per una nuova voce "atto amministrativo"*, in *Scritti in onore di M.S. Gianni-*

vedimento in ragione della sopravvivenza del potere in quanto, così ragionando, si consentirebbe all'amministrazione di incidere sfavorevolmente su diritti dei cittadini (quelli che sorgono dal provvedimento) senza che ciò sia espressamente consentito dalla legge. Il carattere dell'inesauribilità del potere, in altri termini, non supererebbe il vaglio costituzionale poiché rappresenterebbe un fondamento dei poteri di ritiro alternativo alla legge e quindi elusivo della riserva.

Sennonché è dubbio che questa tesi riesca pienamente nell'intento di dimostrare la necessità di una legge che preveda espressamente i poteri di ritiro e dunque l'incompatibilità del principio dell'inesauribilità del potere con la disciplina costituzionale.

Infatti, la tesi del riesercizio del potere, proprio in quanto qualifica l'atto di ritiro quale espressione del potere di provvedere normativamente attribuito, soddisfa la riserva di legge prevista per i poteri amministrativi: se provvedimento e ritiro sono diverse manifestazioni di uno stesso potere inesauribile, non v'è ragione di richiedere una duplice attribuzione legale[14].

D'altra parte, se l'interesse pubblico perseguito con l'atto di ritiro è lo stesso di quello perseguito con l'atto di primo grado, non v'è ragione di ravvisare nella tesi del riesercizio del potere una violazione del principio della tipicità degli atti amministrativi, in quanto questo principio deve essere inteso "in termini di garanzia che ad ogni interesse pubblico vada correlato uno specifico potere in capo all'Amministrazione in modo da determinare, in esito al procedimento, un giudizio di coerenza tra potere esercitato e risultato concretamente perseguito"[15].

Per dimostrare l'ipotesi della necessaria attribuzione legale del potere di

ni, III, Milano, 1988, 752; A. Travi, *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, in *Dir. Pubbl.*, 1995, 120.

[14] In questo senso colgono nel segno i rilievi di E. Bruti Liberati, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico*, cit., 189 s., secondo cui la tesi che spiega l'atto di secondo grado in termini di riesercizio del potere originariamente esplicato è in condizione di superare le obiezioni sollevate in merito alla compatibilità della potestà generale di revoca con il principio di legalità in quanto consente di individuare il fondamento legislativo della revoca nella norma attributiva del potere: "la legalità opera cioè al livello del potere di primo grado: che sussiste solo se è previsto da una disposizione di legge […], ma che ha nel suo statuto giuridico anche la facoltà di procedere alla revisione degli atti in cui si traduce, in relazione all'eventuale mutamento delle esigenze di pubblico interesse cui è funzionalizzato". Anche M. Immordino, *Il potere amministrativo di revoca*, cit., 7, osserva che la tesi del riesercizio del potere "ha contribuito a rendere compatibili i poteri di riesame ed, in particolare, quello di revoca, con il principio di legalità".

[15] Così F. De Leonardis, *Principi generali dell'attività amministrativa*, in A. Romano (a cura di), *L'azione amministrativa*, cit., 23. Cfr. Cons. Stato, sez.VI, 13 settembre 2010, n. 6554.

secondo grado, e con essa l'incompatibilità della tesi dell'inesauribilità del potere con il principio costituzionale, occorrerebbe dunque dimostrare la autonomia del relativo potere da quello di primo grado. La dimostrazione dell'esaurimento del potere di primo grado, in altri termini, è un presupposto dell'affermazione della necessaria attribuzione legale del potere di ritiro; non un risultato cui si può risalire da quest'ultima.

3. *Osservazioni di sintesi*

La tesi che qualifica gli atti di riesame come espressione di un rinnovato esercizio del potere originario (inesauribile) esce corroborata dal confronto con gli inquadramenti alternativi degli atti medesimi[16].

Rispetto alla tesi dell'autotutela decisoria, la quale comunque non dimostra l'autonomia dei poteri di riesame, l'idea del riesercizio ha il pregio di collocare gli atti di secondo grado nell'ambito della funzione di amministrazione attiva, escludendo che con essi l'amministrazione persegua la tutela di un interesse proprio o di parte.

Allo stesso tempo, essa non è in contrasto con il principio di legalità in quanto, se il potere che si esercita con l'atto di riesame è lo stesso di quello esplicato con l'atto precedente, la riserva di legge è soddisfatta dalla norma attributiva del potere ordinario.

[16] In questa sede si è ritenuto di non prendere in considerazione l'ulteriore prospettazione, avanzata dalla dottrina più antica, circa il fondamento del riesame del provvedimento, che andrebbe rivenuto in un elemento dell'atto o in un carattere della sua efficacia. È stato infatti conclusivamente chiarito che la ritrattabilità non è assimilabile a una condizione risolutiva del provvedimento; né può essere considerata come il riflesso di una minore efficacia del provvedimento nei confronti del suo autore, posto che, sino a quando non viene rimosso, il provvedimento stesso costituisce a pieno titolo un vincolo per l'autorità che lo ha emanato. Sul punto, per tutti, G. Corso, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, cit., 333 s., dove si spiega che la revocabilità non dipende dal fatto che l'atto amministrativo sia dotato di un minor grado di vincolatività nei confronti del suo autore, ossia da una efficacia diversa e minore rispetto a quella del contratto o della sentenza, bensì dalle caratteristiche del potere di cui l'atto è espressione. Per cui "L'atto revocabile non è un atto che tra gli altri effetti produce la sua revocabilità, ma è un atto che il suo autore ha il potere di ritirare". La spiegazione della mutabilità dell'atto in base a un elemento intrinseco all'atto e alla sua efficacia sarebbe del resto incompatibile con l'impegnatività dell'atto stesso nei riguardi dell'organo che lo adotta, impegnatività che si esprime nel divieto di provvedere in modo diverso da quello precedente in relazione a una fattispecie identica, nel vincolo alla prassi amministrativa, nel vincolo di conseguenzialità e coerenza che si pone tra gli atti della serie procedimentale, nell'abuso del diritto che si realizza quando l'amministrazione abbia adottato una decisione brusca e inattesa "laddove il cittadino faceva affidamento sulla tolleranza persistente di una situazione, ancorché illegittima" (348-351).

Sezione II. Inesauribilità del potere e riedizione dello stesso dopo l'annullamento

1. *Annullamento e accertamento costitutivo del rapporto*

L'ambito in cui si registrano i maggiori sforzi ricostruttivi tesi a superare l'inesauribilità del potere è, come si è accennato, quello del processo amministrativo.

Si fa riferimento, in particolare, alle dottrine che, a vario titolo e in diverso modo, concepiscono il processo come luogo di definizione del rapporto controverso, negando che sia possibile il riesercizio del potere amministrativo dopo la sentenza favorevole al ricorrente[17].

Tra queste ancor oggi occupa un posto di assoluto rilievo la tesi secondo

[17] Secondo M. Nigro, *Il giudicato amministrativo e il processo di ottemperanza*, cit., 1178 ss., occorre superare il modello della separazione tra giurisdizione amministrativa e amministrazione attiva, delineato dalla legge 31 marzo 1889, n. 5992, in favore del modello dell'integrazione, in quanto "i rapporti fra giurisdizione amministrativa e amministrazione si collocano oramai in un ambiente politico-sociale, il quale non solo assegna al giudice una posizione centrale nella soluzione dei conflitti sociali, ma, proprio in ragione di questa posizione e funzione, richiede ad esso certezze rapide e definitive. Fra le caratteristiche della nostra società – caratteristiche legate all'assetto economico, allo svolgersi dei rapporti sociali, al costume di vita – vi è sicuramente il rifiuto di accettare i tempi lunghi e gli andirivieni delle giustizie meramente formali: ciò che, per la giustizia amministrativa, significa rifiuto di accontentarsi dei balletti degli annullamenti giurisdizionali e delle riproduzioni amministrative". D'altra parte, il modello della separazione è strettamente collegato – osserva l'A. – alla struttura gerarchizzata dell'amministrazione nella quale il ministro, intervenuta la sentenza, "dismetteva la figura di litigante e assumeva quella di garante dell'esecuzione". Il pluralismo amministrativo invece comporta il frazionamento quantitativo e qualitativo dell'autorità e della responsabilità, con la conseguenza che la lite amministrativa si avvicina sempre più a quella civile e il giudice diventa "il solo custode generale della legalità". Il modello della separazione, infine, era pensato per "frenare l'amministrazione", cioè per la protezione del cittadino da interventi autoritativi nella sua sfera di libertà e di proprietà; la trasformazione dell'amministrazione in una grossa organizzazione di produzione e di erogazione di servizi modifica la funzione del giudizio amministrativo da strumento di difesa di interessi pretensivi in strumento di soddisfazione di interessi pretensivi.

In tale quadro – osserva l'A. – "sono decisivi i principi costituzionali". Anzitutto, il principio della effettività della tutela giurisdizionale impone l'esistenza e la piena funzionalità d'uno strumento come il giudizio di ottemperanza che assicura la stretta correlazione fra realizzazione dell'interesse legittimo e realizzazione dell'interesse materiale, senza la quale il primo decade a inerte aspettativa (1180). Inoltre, la Costituzione non prevede alcuna riserva di amministrazione e assoggetta con gli artt. 24, 101, 103 e 113 la funzione amministrativa (oltre alla legge, anche) ai vincoli stabiliti dai giudici, che a loro volta in buona parte li desumono dai principi di imparzialità e buon andamento previsti dall'art. 97 Cost.

cui l'elemento caratterizzante della tutela costitutiva rispetto alle altre forme di tutela giurisdizionale non consiste in una particolare struttura del procedimento seguito dal giudice o in una particolare struttura della sentenza, bensì nell'oggetto su cui ricade l'accertamento giurisdizionale: "oggetto che nel caso in cui la domanda si rilevi fondata è costituito […] dal rapporto che risulta dalla modificazione giuridica prodottasi in dipendenza del verificarsi dei fatti costitutivi della situazione sostanziale esercitata con l'azione"[18].

Secondo questa impostazione teorica, la sentenza costitutiva di accoglimento (non determina una modificazione giuridica, ma) accerta una modificazione del rapporto che è già intervenuta sul piano sostanziale quale diretta conseguenza dei fatti rilevanti prefigurati dalla norma[19] e della quale l'attore proponendo l'azione ha semplicemente deciso di avvalersi. In ragione dell'efficacia preclusiva dell'accertamento giurisdizionale[20], l'assetto del

[18] A. Piras, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, cit., 197, nota 188.

[19] Per fare un esempio, l'effetto di annullamento del contratto si produce non appena si verifica il vizio della volontà negoziale: così A. Piras, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, cit., 203 ss.

[20] Secondo A. Piras, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, cit., il connotato distintivo della giurisdizione tra le funzioni dello Stato non è il momento della sanzione bensì quello dell'accertamento, inteso come effetto della sentenza (91) e descrittivamente rappresentato come il "risultato dell'operazione con la quale il giudice sussume il fatto entro la norma da cui l'attore pretende che un suo interesse sia tutelato, quindi la qualificazione giuridica stessa di questo fatto" (132).

L'accertamento giudiziale ha come proprio oggetto il rapporto che si affermi essere esistente tra le parti, nei limiti in cui esso sia stato dedotto in giudizio in ragione della pretesa avanzata (124, 140 s.), e non le situazioni giuridiche soggettive delle parti in quanto "può esservi […], e di regola v'è, un distacco più o meno sensibile tra la realtà normativa del rapporto reso litigioso e l'oggetto del dibattito processuale e del giudicato" (107, 120 ss.), ed è strumentale alla "concessione della tutela che si realizza con l'attribuzione in sentenza del bene oggetto di contestazione" (132).

L'immutabilità di tale attribuzione è poi assicurata dall'efficacia preclusiva che con il passaggio in giudicato della sentenza l'ordinamento connette all'accertamento giurisdizionale, tale da "rendere giuridicamente impossibile, vuoi per le stesse parti, vuoi per il giudice e per qualsiasi altro soggetto dell'ordinamento, così il risalire direttamente alle fonti normative, come il ricostruire diversamente il fatto per desumerne che i rapporti in ordine ai quali è intervenuta una decisione formalmente inoppugnabile possano o debbano essere regolati in modo divergente dal *dictum* del giudice" (148).

Queste premesse di carattere generale portano l'A. ad escludere che nella tutela costitutiva (processi di annullamento risoluzione, rescissione e simili) l'accertamento riguardi il diritto (potestativo) del ricorrente ad ottenere la modificazione giuridica richiesta e corrispondente al suo interesse: tale concezione, oltre a presentare elementi di fragilità sul piano prettamente teorico (155 ss., 173 ss.), è inaccettabile poiché svaluta e riduce a nulla l'effica-

rapporto risultante dalla modifica intervenuta non può essere messo in discussione in successivi giudizi. Il giudicato assicura così all'attore il bene della vita ottenuto, coprendo il dedotto e il deducibile[21].

Tale concezione si riflette in una costruzione originale dell'oggetto del processo amministrativo e del giudicato di annullamento che si forma all'esito dello stesso. Punto di partenza del ragionamento è che la funzione del processo amministrativo è di rimediare al pregiudizio arrecato all'interesse materiale del privato (denominato interesse protetto) dal provvedimento illegittimo[22].

La tutela dell'interesse protetto da parte del giudice "se si realizza mediante l'eliminazione della causa del pregiudizio e la ripristinazione dello stato di diritto anteriore all'emanazione dell'atto annullato, trova tuttavia […] la garanzia della propria immutabilità e stabilità nella preclusione della stessa possibilità che, immodificata la situazione extraprocessuale presa in considerazione ai fini del giudizio di annullamento, la P.A. reiteri il pregiudizio attraverso un nuovo atto di identico contenuto ed oggetto nei confronti deli stessi soggetti in cui favore si è formato il giudicato"[23].

Anche nel processo amministrativo, pertanto, il giudicato deve possedere un contenuto di accertamento idoneo a garantire alla parte vittoriosa il pieno godimento del risultato del processo e quindi vietare, se l'esito è favorevole al ricorrente, la riedizione del potere da parte della pubblica amministrazione[24].

Tale obiettivo è mancato sia dalla tesi che considera come oggetto del processo la questione di legittimità del provvedimenti in relazione ai vizimotivi del ricorso sia da quella che individua l'oggetto del processo nell'af-

cia preclusiva del giudicato e le esigenze pratiche ad essa connesse. Tali esigenze "sono ben diverse da quella di garantire che al momento della conclusione del processo esisteva davvero un diritto al mutamento giuridico che è stato pronunciato. Si pensi, tanto per fare un esempio, all'ipotesi dell'annullamento di un licenziamento: è chiaro che qui il godimento del risultato del processo potrà essere garantito all'interessato solo dal fatto che la sentenza, attraverso la sua efficacia di giudicato, precluda la possibilità di una rinnovazione dell'atto annullato, fin tanto che non siano mutati i relativi presupposti di fatto" (162).

[21] A. Piras, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, cit., 203 ss.

[22] A. Piras, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, cit., 244 ss., definisce l'interesse legittimo come potere di annullamento e ne individua il fatto costitutivo nel pregiudizio all'interesse materiale del privato (denominato interesse protetto) arrecato dal provvedimento illegittimo. La strumentalità dell'interesse legittimo al ripristino della situazione antecedente all'emanazione dell'atto autoritativo impugnato individua l'obiettivo del processo amministrativo nella tutela dell'interesse materiale leso dall'atto impugnabile.

[23] A. Piras, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, cit., 252.

[24] A. Piras, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, cit., 245, 280.

fermazione del diritto all'annullamento dell'atto illegittimo, in quanto entrambe costruiscono un giudicato di annullamento che non preclude la reiterazione dell'atto annullato[25].

L'obiettivo è invece conseguibile ricostruendo il contenuto e la struttura della sentenza amministrativa di annullamento nei termini dell'accertamento costitutivo del rapporto amministrativo, individuando cioè l'oggetto del giudizio e del giudicato nel rapporto conseguente alla modificazione intervenuta sul piano del diritto sostanziale[26].

Infatti "l'accertamento giudiziale dell'effettivo modo di essere di quest'ultimo rapporto continua […] a rappresentare l'unico mezzo attraverso il quale può essere garantito alla parte il godimento del risultato del processo, cioè l'immutabilità di quell'attribuzione di un bene della vita che sia risultata dall'efficacia ripristinatoria dell'annullamento"[27].

Il problema che a questo punto si pone sul piano costruttivo è "mostrare più particolarmente in qual senso è esatto affermare che l'accertamento di talun tipo di fatti che giustificano l'annullamento dell'atto amministrativo si traduce logicamente nell'accertamento dell'effettivo modo di essere del rapporto in cui si inscrive, come uno dei suoi termini, il potere dell'autorità che è stato esercitato"[28].

A tal fine si afferma che la disciplina generale dell'agire amministrativo riguarda il modo di essere del rapporto tra amministrazione e privato[29], più esattamente traccia uno schema del rapporto che di volta in volta l'amministrazione integra attraverso la propria determinazione discrezionale (la quale non entra a comporre il contenuto dell'atto ma si situa in un momento precedente dell'attività)[30].

La disciplina del rapporto, di fonte legislativa e amministrativa insieme, individua gli elementi in presenza dei quali il rapporto stesso si modifica, sorgendo in capo all'amministrazione il potere di adottare il provvedimento necessario per avvalersi della trasformazione intervenuta.

I fatti che giustificano l'annullamento, tranne che la violazione non abbia carattere meramente formale, non sono vizi in senso tecnico del provvedimento, ossia anormalità di un elemento dell'atto, bensì "difetti di un

[25] A. Piras, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, cit., 271.

[26] A. Piras, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, cit., 245.

[27] A. Piras, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, cit., 245. Cfr. altresì M.S. Giannini - A. Piras, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, 254 ss.

[28] A. Piras, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, cit., 283.

[29] A. Piras, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, cit., 409.

[30] A. Piras, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, cit., 409.

elemento della fattispecie costitutiva del potere" come definita dalla disciplina del rapporto[31].

Per cui, quando il giudice pronuncia l'annullamento dell'atto per uno di questi vizi, accerta in realtà (non l'illegittimità dell'atto, bensì) la mancanza di un fatto costitutivo del potere esercitato e dunque la mancata trasformazione del rapporto (o meglio, accerta che l'assetto del rapporto è rimasto quello precedente al provvedimento; dunque: l'insussistenza in concreto del potere)[32]. Tale essendo il contenuto dell'accertamento, ed essendo questo dotato di efficacia preclusiva, il giudicato di annullamento preclude che il rapporto stesso possa in un secondo momento essere alterato dall'amministrazione con un nuovo esercizio di potere. La preclusione copre non soltanto il dedotto ma anche il deducibile[33].

2. (segue) *Discussione della tesi*

Un corollario della tesi esposta è che, quando l'annullamento del provvedimento viene disposto per vizi formali, non si forma alcun accertamento in ordine all'assenza dei fatti costitutivi del potere. Di conseguenza, l'accertamento con efficacia preclusiva del rapporto è nel senso favorevole all'amministrazione, la quale potrà rinnovare l'atto annullato con "la certezza della legittimità sostanziale della sua azione"; legittimità che, per la preclusione del dedotto e del deducibile, non potrà essere contestata dal ricorrente in un secondo eventuale giudizio[34].

Tale implicazione della tesi, secondo la dottrina prevalente, si pone in contrasto con il principio della domanda, e in particolare con il vincolo del giudice ai motivi di parte, dal momento che il ricorrente che deduce vizi formali non chiede al giudice di statuire sul rapporto (giammai in termini a sé sfavorevoli)[35]. Inoltre, la mancata deduzione da parte del ricorrente di vizi sostanziali effettivamente presenti, dando luogo ad un accertamento del rapporto a favore dell'amministrazione, avrebbe l'effetto irragionevole di precludere l'intervento in autotutela[36].

[31] A. Piras, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, cit., 314.

[32] A. Piras, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, cit., 400.

[33] A. Piras, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, cit., 183.

[34] A. Piras, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, cit., 582.

[35] R. Villata, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, cit., 508-511.

[36] M. Clarich, *Giudicato e potere*, cit., 90 s., che muove rilievi critici anche in relazione all'annullamento per incompetenza. Cfr. altresì G. Greco, *L'accertamento autonomo del rapporto*, cit., 183, il quale osserva che se l'accoglimento di un ricorso per vizi solo formali comportasse l'accertamento del rapporto in senso favorevole all'amministrazione, ciò sarebbe

La tesi dell'accertamento costitutivo del rapporto è stata inoltre considerata incompatibile sotto diversi profili con la struttura impugnatoria del processo amministrativo: un processo nel quale ogni vizio dell'atto è sufficiente ad ottenerne l'annullamento e nel quale il rapporto amministrativo ordinariamente non viene dedotto e conosciuto dal giudice nella sua interezza[37].

Un ulteriore profilo di incompatibilità con la struttura impugnatoria del processo è rappresentato dal fatto che, secondo la tesi in discussione, l'amministrazione in giudizio può integrare la motivazione del provvedimento impugnato adducendo nuovi elementi idonei a giustificarne l'emanazione, così dimostrando l'esistenza dei fatti costitutivi del potere, e dunque propiziare un accertamento del rapporto a sé favorevole[38].

Tale facoltà consente di discutere in giudizio dell'intero rapporto controverso anche oltre i limiti rappresentati dalla questione di legittimità dall'atto impugnato ed è indubbiamente coerente con l'efficacia oggettiva che la tesi in esame vuole riconoscere al giudicato di annullamento[39], ma è stata ritenuta contraria alla realtà di un processo nel quale la posizione dell'amministrazione è cristallizzata in una "difesa ad oltranza" del provvedimento impugnato, senza che le sia consentito difendere l'assetto impresso al rapporto con argomenti ulteriori[40].

Inoltre, consentire all'amministrazione di dimostrare in giudizio la correttezza sostanziale dell'assetto dato al rapporto indipendentemente dal vizio dell'atto significa escludere (o comunque ridimensionare notevolmente la possibilità) che i vizi formali non incidenti sul contenuto della decisione conducano all'annullamento del provvedimento. Il che è incompatibile con

iniquo per il ricorrente in quanto lo graverebbe dell'onere di dedurre sin dall'inizio vizi sostanziali, anche quando essi siano di difficile individuazione, e poi gli precluderebbe l'impugnazione del nuovo atto, reiterato con gli stessi vizi sostanziali (che la seconda volta, per ipotesi, avrebbero potuto essere di più agevole individuazione).

[37] G. Greco, *L'accertamento autonomo del rapporto*, cit., 181: "nel nostro giudizio di annullamento […] il ricorrente è tenuto a dedurre i «vizi» dell'atto, con la conseguenza che il rapporto amministrativo entra far parte dell'accertamento operato dal giudice solo se sia possibile dedurlo «in negativo» in termini di vizi sostanziali dell'atto impugnato, solo se tale deduzione sia in concreto operata dal ricorrente o dai controinteressati in sede di ricorso incidentale e solo se sui cennati vizi si sofferma in concreto l'accertamento del giudice".

[38] Se in questo modo l'amministrazione riesce a dimostrare il buon fondamento giuridico della propria decisione, l'annullamento non può essere pronunciato. In caso contrario, l'annullamento contiene un accertamento del rapporto favorevole all'amministrazione.

[39] Per questo rilievo M. Clarich, *Giudicato e potere*, cit., 85.

[40] M. Clarich, *Giudicato e potere*, cit., 85.

il tradizionale principio della eguale rilevanza dei vizi di legittimità ai fini dell'annullamento[41].

L'esattezza di simili critiche è stata messa in discussione sul piano metodologico da parte di chi, difendendo la tesi dell'accertamento del rapporto, ha osservato che esse trovano fondamento non nel diritto positivo[42] bensì in una sorta di petizione di principio in ordine al fatto che il processo amministrativo "investirebbe atti e non rapporti": "non sembra corretto affermare che la disciplina processualcivilistca delle eccezioni sostanziali, del giudicato (che copre il dedotto e il deducibile), dei motivi di impugnazione non trova applicazione al processo amministrativo perché questo è un processo su atti e non su rapporti: all'opposto, il processo amministrativo finisce con l'essere strutturato come processo su atti proprio perché vengono espulse dal suo ambito regole di azione e di giudizio che sono essenziali alla statuizione sul rapporto"[43].

Ancor meno convincente, secondo questa dottrina, è la tesi che il processo ha ad oggetto l'atto e non il rapporto perché l'azione di annullamento ha natura impugnatoria: "per dimostrare la fragilità di tale assunto è suf-

[41] L. Mazzarolli, *Il processo amministrativo come processo di parti e l'oggetto del giudizio*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, 467, dove il rilievo che "ogni teoria, che si rifaccia a un interesse sostanziale per definire l'oggetto del processo amministrativo, non è in grado di spiegare la censurabilità della violazione di norme non connesse con la specifica protezione di un interesse individuale, quali quelle sulla competenza e quelle sull'organizzazione; violazione, peraltro, che la legge pone sullo stesso piano – nel processo amministrativo – di quella relativa a norme che più direttamente appaiono contemplare la posizione e l'interesse dei singoli".

[42] Secondo G. Corso, *Processo amministrativo di cognizione e tutela esecutiva*, cit., 432, al momento in cui scriveva, nessuna norma vigente vietava di adottare nel processo amministrativo quelle poche regole sufficienti ad estendere l'accertamento all'intero rapporto, che valgono nel processo civile. In particolare, ad avviso dell'A., nessun argomento a favore della sopravvivenza del potere al giudicato si poteva trarre dall'art. 88 r.d. 17 agosto 1907, n. 642, secondo cui l'esecuzione delle decisioni del giudice amministrativo si fa in via amministrativa. La norma, scritta in un'epoca in cui non si riteneva esperibile il giudizio di ottemperanza per l'esecuzione delle sentenze del giudice amministrativo, secondo l'A. non può significare altro se non che l'amministrazione è tenuta a provvedere "in prima battuta", e che nel caso di inadempimento è nuovamente aperto l'accesso al giudice amministrativo. Lo stesso significato ha l'art. 45 T.U. delle leggi sul Consiglio di Stato, laddove fa "salvi gli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa": tale disposizione conferma solo che la gestione dell'affare continua ad appartenere all'amministrazione, ma non impedisce o limita l'intervento del giudice dell'ottemperanza.

Così anche B. Sassani, *Dal controllo del potere*, cit., 121 ss. e già M. Nigro, *Il giudicato amministrativo e il processo di ottemperanza*, cit., 1180 s. *Contra* A. Travi, *Il giudicato amministrativo*, cit., 74 s., secondo cui le disposizioni richiamate esprimono il principio dell'inesauribilità del potere.

[43] G. Corso, *Processo amministrativo di cognizione*, cit., 430.

ficiente guardare alla tutela costitutiva civile nella forma dell'impugnazione negoziale. Sebbene anche qui l'attore deduca l'annullabilità di un contratto per vizi che lo inficiano è pacifico che il giudice conosce del rapporto (anche attraverso le difese e le eccezioni del convenuto)".

La conclusione, dunque, è che "se è vero che il processo amministrativo di impugnazione conosce fondamentalmente di atti e non di rapporti, ciò dipende non da una normativa che lo organizzi in questo modo o da regole di struttura che precludano la cognizione dei rapporti, bensì dall'indebita esclusione di regole di giudizio che sole potrebbero garantire la cognizione del rapporto"[44].

A prescindere dalla loro condivisibilità al tempo in cui furono formulate[45], queste osservazioni oggi meritano di essere richiamate in quanto è l'evoluzione del diritto positivo ad averle rese attuali: l'entrata in vigore dell'art. 21-*octies*, comma 2, l. n. 241/1990, e del codice del processo amministrativo, infatti, potrebbero depotenziare molte delle obiezioni tradizionalmente rivolte alla tesi secondo cui la sentenza costitutiva di annullamento accerta in via incontrovertibile il rapporto, con la conseguenza dell'esaurimento del potere amministrativo.

La prima disposizione richiamata stabilisce che non sono annullabili i provvedimenti affetti da vizi che non abbiano inciso sul contenuto della decisione[46]. In questo modo viene smentita la regola dell'eguale rilevanza

[44] G. Corso, *Processo amministrativo di cognizione*, cit., 430.

[45] Lo stesso Corso del resto riconosce che il suo discorso si situa sul crinale tra l'essere e il dover essere del processo amministrativo.

[46] La disposizione è stata considerata illegittima per contrasto:

a) con il diritto costituzionale interno (principio di azionabilità delle situazioni giuridiche soggettive e diritto alla difesa: artt. 24, 103, 113 Cost.): cfr., tra gli altri, E. Follieri, *L'annullabilità dell'atto amministrativo*, in *Urb. app.*, 2005, 625 ss.; M. Renna, *Obblighi procedimentali e responsabilità*, in *Dir. amm.*, 2005, 573; D.U. Galetta, *L'art. 21-octies della novellata legge sul procedimento amministrativo nelle prime applicazioni giurisprudenziali: un'interpretazione riduttiva delle garanzie procedimentali contraria alla Costituzione e al diritto comunitario*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Riforma della L. 241/1990 e processo amministrativo*, *Quaderno Foro amm. - TAR*, 2006, 89 ss.;

b) con il diritto europeo (diritto ad una buona amministrazione: art. 41 Carta di Nizza): cfr., tra gli altri D.U. Galetta, *Le garanzie procedurali dopo la legge 15/2005: considerazioni sulla compatibilità dell'art. 21-octies L. 241/90, anche alla luce della previsione ex art. 41 CED*, in L.R. Perfetti (a cura di), *Le riforme della l. 7 agosto 1990 n. 241 tra garanzia della legalità ed amministrazione di risultato*, Padova, 2008, 319 ss.; Id., *Diritto ad una buona amministrazione e ruolo del nostro giudice amministrativo dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, in *Dir. amm.*, 2010, 629 ss.;

c) con il diritto convenzionale (diritto ad un equo processo: art 6 Cedu, come interpretato dalla Corte Edu che ne estende l'applicazione al procedimento amministrativo sia

dei vizi ai fini dell'annullamento, la quale secondo l'opinione prevalente

quando concerne la materia sostanzialmente penale, e quindi in particolare ai procedimenti sanzionatori, sia, ma con molte incertezze e distinguo, quando concerne la materia civile, rispetto alla quale trova comunque applicazione soltanto il primo paragrafo dell'art. 6 Cedu): cfr., tra gli altri, E. Follieri, *Sulla possibile influenza della giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo sulla giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 700 ss.; F. Goisis, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative fra diritto nazionale e diritto europeo*, Torino, 2015, 100 ss.; M. Allena, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012, 140 ss., 251 ss.

L'opinione di chi scrive è che, al di là delle valutazioni di opportunità che ciascun interprete può formulare rispetto ad una norma che indubbiamente circoscrive l'annullabilità del provvedimento, non ci siano gli elementi sul piano propriamente giuridico per ritenere che l'art. 21-*octies*, l. n. 241/1990, sia illegittimo. E infatti:

a) con riferimento al principio di giustiziabilità delle situazioni giuridiche soggettive (artt. 24, 103, 113 Cost.), va detto che nella ipotesi descritta dall'art. 21-*octies* il ricorrente è carente dell'interesse legittimo inteso come situazione giuridica soggettiva protetta avente per oggetto il bene della vita che il privato intende mantenere o acquisire: se il vizio non ha inciso sul contenuto del provvedimento, il quale non avrebbe potuto essere diverso, la situazione protetta non sussiste in quanto l'interesse che ne dovrebbe costituire il fondamento non avrebbe potuto trovare soddisfazione anche qualora la pubblica amministrazione non avesse commesso il vizio formale o procedimentale. Se l'atto non è annullabile perché (quando) manca l'interesse legittimo, allora non vi è materia per sostenere la violazione del principio di giustiziabilità delle situazioni soggettive: cfr., in questa prospettiva, A. Romano Tassone, *Vizi formali e vizi procedurali*, in *www.giustamm.it*, 2005, 4 s.; già Id., *I problemi di un problema. Spunti in tema di risarcibilità degli interessi legittimi*, in *Dir. amm.*, 1997, 64; F. Trimarchi Banfi, *Illegittimità e annullabilità del provvedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 409 ss.; di recente A. Carbone, *Il contraddittorio procedimentale: ordinamento nazionale e diritto europeo*, Torino, 2016, 226 s., il quale osserva esattamente che sui dubbi di legittimità costituzionale dell'art. 21-*octies* ha influito pesantemente la configurazione della stessa come norma di natura processuale incidente sull'azionabilità in giudizio delle situazioni giuridiche sostanziali;

b) con riferimento al diritto ad una buona amministrazione, va detto che l'art. 41 Carta europea dei diritti fondamentali si limita a delineare lo statuto essenziale dei diritti del cittadino europeo nei confronti delle amministrazioni che prendono in carico affari che lo riguardano direttamente. La disposizione non indica quale deve essere la reazione ordinamentale alla violazione di questo statuto, quindi *a fortiori* non impone che questa sia sempre l'annullabilità del provvedimento. Del resto, nella giurisprudenza europea la violazione meramente formale, cui non si accompagna una alterazione del processo decisionale dell'amministrazione, non dà luogo ad annullamento: cfr. S. Civitarese Matteucci, *Attività amministrativa e principi dell'ordinamento comunitario*, in *Giur. it.*, 2012, 1677 ss.; sia consentito rinviare anche a M. Trimarchi, *L'art. 41 della Carta europea dei diritti fondamentali e la disciplina dell'attività amministrativa in Italia*, in *Dir. amm.*, 2011, 555 ss.;

c) il discorso è indubbiamente più complesso in relazione all'art. 6 Cedu e non può essere affrontato in questa sede. Ci limitiamo a poche considerazioni relative a profili che sembrano essere stati trascurati all'interno del copioso dibattito sviluppatosi negli ultimi sul tema delle garanzie procedimentali nell'ottica Cedu.

costituiva un ostacolo ad individuare l'oggetto del giudizio (e, correlativamente, i limiti oggettivi del giudicato) nel rapporto controverso.

La norma, inoltre, consente all'amministrazione di dimostrare in giudizio la non incidenza del vizio sulla decisione: tale facoltà può essere ricostruita in vario modo, ma certamente implica che la pubblica amministrazione possa introdurre in giudizio elementi estranei alla fattispecie dell'atto e dunque depone verso un ampliamento della cognizione del giudice al rapporto controverso[47].

Il codice del processo amministrativo, da parte sua, ha ampliato gli strumenti di difesa dell'amministrazione in giudizio, consentendo la proposizione del ricorso incidentale (che prima era riservato al controinteressato oppure ad un'amministrazione diversa da quella resistente): e con il ricorso incidentale probabilmente l'amministrazione può introdurre in giudizio difese che ampliano l'oggetto del processo oltre i limiti dell'atto.

Lo stesso codice, infine, ha abrogato le disposizioni in tema di esecuzione del giudicato che, secondo una parte della dottrina, dimostravano la so-

La prima considerazione è che le leggi amministrative italiane, *in primis* la l. n. 241/1990, nella massima parte dei casi non prevedono garanzie del contraddittorio corrispondenti a quelle richieste dall'art. 6 Cedu (contraddittorio orale, parità delle armi rispetto all'autorità decidente, presunzione di innocenza dell'accusato, facoltà dell'accusato di interrogare i testimoni a discarico, etc.). Ne segue che, pure qualora si ritenesse che il procedimento amministrativo italiano dovesse attenersi a questi principi, non sarebbe l'art. 21-*octies* a dover salire sul banco degli imputati, ma semmai la disciplina generale sul procedimento nella parte in cui non prevede tali garanzie. Quando si dice che l'art. 21-*octies* è in contrasto con l'art. 6 Cedu, si accusa questa disposizione di dequotare garanzie procedimentali che in realtà non sono previste dalla legislazione italiana.

Se così è, il problema della legittimità dell'art. 21-*octies* si pone soltanto nei procedimenti la cui disciplina nazionale ricalchi il modello dell'art. 6 Cedu, perché qui in effetti la dequotazione delle garanzie previste potrebbe indirettamente risolversi in una violazione del diritto convenzionale: è il caso dei procedimenti giustiziali e di quelli sanzionatori, nei quali il principio del contraddittorio paritario è espressamente previsto dal nostro ordinamento.

Qui si prospettano due soluzioni interpretative. La prima è di ritenere, utilizzando il criterio interpretativo della specialità, che l'art. 21-*octies*, norma generale, non trova applicazione in questi procedimenti regolati da leggi speciali e caratterizzati da una maggiore esplicazione del principio del contraddittorio. La seconda è di valorizzare lo spunto della giurisprudenza Cedu che ammette, secondo il modello della integrazione tra procedimento e processo, la possibilità di recuperare il deficit di contraddittorio procedimentale, in ipotesi causato dall'applicazione dell'art. 21-*octies*, in sede processuale attraverso la c.d. full jurisdiction: quella full jurisdiction di cui proprio l'art. 21-*octies* pone le premesse laddove impone al giudice un sindacato sul contenuto del provvedimento (in questa chiave A. Carbone, *Il contraddittorio procedimentale*, cit., 236 ss.).

[47] Cfr. A. Carbone, *Il contraddittorio procedimentale*, cit., 238.

pravvivenza del potere amministrativo alla sentenza di annullamento; con la conseguenza che oggi non è in vigore alcuna norma che possa essere interpretata nel senso di imporre che dopo la sentenza di annullamento l'amministrazione riacquisti il controllo sul rapporto.

Occorrerebbe una indagine più approfondita per stabilire se davvero le disposizioni da ultimo richiamate consentono di superare gli ostacoli all'accoglimento della tesi dell'accertamento costitutivo del rapporto.

Una indagine di questo tipo rischierebbe però di portarci fuori strada, dal momento che l'impossibilità di accogliere la tesi dell'accertamento costitutivo del rapporto deriva dall'inesattezza del presupposto teorico su cui essa si fonda e che non sempre viene sufficientemente esplicitato[48]. La questione su cui vale la pena soffermarsi dunque si situa a monte del dibattito sulle trasformazioni della struttura del processo amministrativo, intervenute per effetto del codice del 2010.

Il presupposto teorico della tesi sull'accertamento costitutivo del rapporto è rappresentato, come si è accennato, da una peculiare concezione del potere giuridico, che viene inteso non come causa determinante degli effetti giuridici prodotti dall'atto (o, con altra espressione, del mutamento del rapporto), bensì come facoltà che la norma attribuisce ad un soggetto di avvalersi di un effetto giuridico (mutamento del rapporto) già presente nell'ordinamento e dipendente unicamente dal concreto verificarsi dei fatti prefigurati da un'altra norma[49].

Si postula cioè l'esistenza di norme che collegano determinati effetti giuridici a determinati fatti, fatti che a loro volta rendono operativa anche un'altra norma che attribuisce al soggetto il potere di avvalersi degli effetti prodotti dalla prima norma. Il potere dunque esiste soltanto se il mutamento di cui il soggetto intende avvalersi si è già prodotto sia pur a livello latente.

Tale concezione viene applicata sia al potere amministrativo che al potere di azione giurisdizionale del ricorrente. Esercitando il proprio potere, l'amministrazione decide di avvalersi degli effetti causati dai fatti prefigura-

[48] I presupposti concettuali cui si fa riferimento sono rimasti in parte in ombra nel dibattito interno alla dottrina amministrativistica. Una lucida percezione di essi ha invece la scienza processualcivilistica: cfr. C. Consolo, *Oggetto del giudicato*, cit., 280-283; A. Motto, *Poteri sostanziali*, cit., 95 ss.

[49] Cfr. A. Piras, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, cit., 184 ss. Gli antecedenti di questa concezione del potere sono nella teoria del "diritto latente" di A. Rocco, *La sentenza civile*, Torino, 1906, 100, 144 ss. e anche in F. Carnelutti, *Lezioni di diritto processuale civile*, I, rist. Padova, 1933, 67 ss., il quale riteneva che l'atto giuridico avesse il compito di porre "in funzione o in attualità" un effetto giuridico preesistente.

ti dalla norma (i quali assumono soltanto la forma esteriore degli effetti precettivi del provvedimento); esercitando il potere d'azione, il ricorrente decide di avvalersi dell'effetto consistente nell'annullamento del provvedimento impugnato. La presenza dell'un potere esclude quella dell'altro: o sussiste il potere dell'amministrazione, in quanto si sono verificati i fatti generatori dell'effetto di cui essa si è avvalsa; oppure sussiste il potere esercitato con l'azione, in quanto i suddetti fatti non sussistono e invece sussistono quelli generatori dell'effetto di annullamento.

In base a questa concezione, nel processo non si discute della legittimità dell'atto impugnato, bensì dell'esistenza stessa del potere: il potere esiste se esistono i fatti realizzativi del mutamento giuridico di cui si è avvalso; non esiste, se i suddetti fatti non esistono e dunque il rapporto è rimasto allo stato precedente al mutamento. Nel primo caso l'atto non verrà annullato perché rispecchia un mutamento del rapporto avvenuto, nel secondo caso verrà annullato perché rispecchia un mutamento del rapporto che non è avvenuto e che mai potrà avvenire a fatti immutati.

In altri termini, una volta collegata la genesi del mutamento giuridico (di cui l'atto impugnato è solo la trascrizione formale) alla relazione tra fatto e norma (e non all'esercizio del potere e all'atto che ne è esplicazione)[50], il processo ha il compito di accertare l'esistenza o meno dei fatti generatori

[50] La tesi secondo cui nelle azioni di impugnativa l'accertamento giudiziale riguarda un fatto "*che si è già prodotto* quando interviene la sentenza perché esso si è determinato nel momento (sicuramente *anteriore* alla pronuncia) in cui si è compiutamente realizzata la fattispecie prevista e regolata dall'ordinamento" è oggi riproposta in altro contesto argomentativo da I. Pagni, *Le azioni di impugnativa negoziale*, cit., 269-297, 677, che coerentemente arriva a negare il valore costitutivo della sentenza di annullamento. Essa non estingue – come si ritiene usualmente – il rapporto giuridico prodotto dal negozio viziato, ma accerta il venire in essere del fatto che integra la fattispecie di produzione dell'effetto impeditivo dell'efficacia negoziale, esattamente come fa la sentenza che accerta l'esistenza del fatto posto quale condizione risolutiva di un credito o di un trasferimento di proprietà. Più in particolare, secondo l'A., il soggetto interessato all'annullamento attraverso l'azione esercita il potere sostanziale di dare rilevanza giuridica ai fatti impeditivi degli effetti negoziali, e così promuove "un giudizio di accertamento negativo del complesso di rapporti, di natura reale e obbligatoria, nascenti dal negozio viziato". In breve, l'azione di annullamento è "il mezzo per dare rilevanza giuridica ai fatti impeditivi dell'efficacia del negozio invalido, in questo caso attraverso la deduzione in giudizio (allo scopo di ottenere la dichiarazione giudiziale di inesistenza mediante l'accertamento dell'invalidità dell'atto da cui il diritto deriva) di un diritto di cui stragiudizialmente si è affermato (esplicitamente o implicitamente) titolare il convenuto". Stante questa ricostruzione, l'azione di annullamento è dichiarativa esattamente come lo è l'azione di nullità il cui oggetto è pacificamente l'accertamento negativo delle situazioni che si pretendono sorte dal contratto, con l'unica differenza che nell'azione di annullamento è necessario l'esercizio del potere di dare rilevanza ai fatti impeditivi (298).

di quel mutamento e dunque del potere giuridico esercitato con l'atto impugnato.

Il giudicato amministrativo acquista così la funzione di vietare il riesercizio del potere da parte dell'amministrazione e del potere di azione da parte del ricorrente, attribuendo un peculiare significato preclusivo alla formula secondo cui il giudicato copre il dedotto e il deducibile. La sentenza di annullamento per vizi sostanziali accerta, infatti, l'inesistenza dei fatti modificativi del rapporto, e dunque l'inesistenza del potere amministrativo e la permanenza del rapporto nei termini antecedenti all'adozione dell'atto. Al contrario, la sentenza di annullamento per vizi formali, così come la sentenza di rigetto nel merito, accerta l'esistenza dei fatti modificativi del rapporto, e dunque l'esistenza del potere e la (avvenuta) trasformazione del rapporto nei termini di cui l'amministrazione si è avvalsa con il provvedimento impugnato; in questo caso la preclusione ricade sull'esercizio del potere di azione.

Le ragioni per cui non si possono condividere i presupposti concettuali ora illustrati sono abbastanza evidenti a chi privilegi la linearità delle costruzioni giuridiche e comunque ritenga che queste non debbano allontanarsi oltre una ragionevole misura dal senso comune[51].

In questo senso sono illuminanti i rilievi rivolti da autorevole dottrina nei riguardi della tesi del diritto latente, che ha in comune con quella esposta l'elemento qualificante di postulare effetti giuridici esistenti ma non operativi[52]. Scrive Chiovenda: "il potere di costituire un diritto non può confondersi con un diritto che non esiste ancora. Ad es. se io vendo la cosa mia a Tizio con patto di riscatto, non si può dire certo che io rimanga proprietario e che solo per *esercitare* questo diritto di proprietà sia necessaria la dichiarazione di riscattare: al contrario, io ho perduto la proprietà, e proprietario è Tizio […]; ma io ho rispetto a lui il potere giuridico di ricostituirmi il diritto di proprietà perduto"[53].

[51] Cfr. le considerazioni critiche di S. Valaguzza, *Il giudicato amministrativo*, cit., 73 s., nei riguardi della tesi di Piras. L'A. mette in rilievo che, secondo Piras, l'unica pretesa sostanziale vera e propria che entra nel processo, posto che la pretesa del ricorrente è meramente processuale, è quella dell'amministrazione e consiste nella legittimità dell'atto impugnato: "in quest'ottica, l'esito della vicenda processuale avrebbe comunque conseguenze sul diritto sostanziale, consolidando (nel caso di rigetto del ricorso) o eliminando (nel caso di accoglimento del ricorso) la pretesa dell'amministrazione".

[52] Sul punto anche la critica di M. Fornaciari, *Situazioni potestative*, cit., 10 s., secondo cui un effetto giuridico esiste o non esiste, *tertium non datur*. Adesivamente A. Motto, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, cit., 39.

[53] G. Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, cit., 41. Alla tesi di Piras hanno mos-

Ma non sono soltanto esigenze di linearità a impedire l'accoglimento della tesi che sola può fondare l'accertamento definitivo del rapporto tramite la sentenza di annullamento. La costruzione teorica illustrata, infatti, mette in discussione il principio sottostante alla distinzione tra meri atti (nei quali volontà dell'autore è relativa al compimento dell'atto stesso) e atti negoziali (nei quali volontà dell'autore è diretta alla produzione degli effetti)[54].

Questa distinzione, eventualmente aggiornata in modo da mettere in secondo piano l'elemento volontaristico e far venir in risalto la struttura (anche linguistica) dell'atto[55] o il diverso modo di soddisfare gli interessi[56], segnala una differenza di fondo nel modo di produzione degli effetti giuridici che non è il caso di archiviare, sia per la sua evidenza sia soprattutto per il gran numero di fenomeni che riesce a spiegare.

La differenza in questione è che gli effetti, nel caso dei meri atti, sono riconducibili alla norma di cui integrano la fattispecie; mentre, nel caso degli atti negoziali, hanno una più diretta relazione con l'atto stesso, senza voler qui sottilizzare se occorra comunque una autorizzazione normativa (ad esempio, fornita dalla norma sulla competenza) oppure un mero riconoscimento da parte dell'ordinamento[57].

so la critica di concettualismo sforzato anche A. Cerino Canova, *La domanda*, cit., 150; C. Consolo, *Oggetto del giudicato*, cit., 270.

[54] Cfr. S. Pugliatti, *I fatti giuridici*, Messina, 1945, 3 ss; Id., *Istituzioni di diritto civile*, Milano, 1935, ora in Id., *Scritti giuridici*, III, Milano, 2008, 617 ss.; F. Santoro-Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1971, 106; A. Falzea, *Comportamento*, in Id., *Ricerche di teoria generale e di dogmatica giuridica*, *II. dogmatica giuridica*, Milano, 1997, 654 ss.;V.M. Trimarchi, *Atto giuridico e negozio giuridico*, Milano, 1940, 10 ss.; F. Santoro-Passarelli, *Atto giuridico* (dir. priv.), in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, 203 s.;V. Crisafulli, *Fonti del diritto (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, 933. Nella dottrina amministrativistica, A.M. Sandulli, *Considerazioni sul concetto di invalidità degli atti giuridici* (1941), in Id., *Scritti giuridici*, III, Napoli, 1990, 3 ss.; G. Corso, *L'efficacia*, cit., 15; F.G. Scoca, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, cit., 223 ss., *passim*; A. Romano, *I soggetti e le situazioni giuridiche soggettive del diritto amministrativo*, in L. Mazzarolli - G. Pericu - A. Romano - F.A. Roversi Monaco - F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, I, Bologna, 2001, 290 s., 292.

[55] Si pensi alla concezione del negozio come precetto di E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1950, 50 ss.

[56] A. Falzea, *Fatto giuridico*, in Id., *Ricerche di teoria generale e dogmatica giuridica*, cit., 350 ss.; Id., *Comportamento*, ivi, 662 ss., che distingue tra comportamenti materiali (non negoziali) e comportamenti programmatici (negoziali).

[57] Il punto è affrontato da A. Romano, *I soggetti e le situazioni giuridiche soggettive del diritto amministrativo*, cit., 290 s., che in sintonia con la teoria istituzionale parla di "riconoscimento della volontà privata da parte dell'ordinamento generale", individuando in questo modo di produzione degli effetti la nozione di autonomia. Ho ripercorso il dibattito in M. Trimarchi, *La validità del provvedimento amministrativo*, cit., 92 ss.

Tale principio distintivo è inammissibilmente contraddetto se si definisce il potere come facoltà di avvalersi di un effetto giuridico già prodotto in base alla relazione tra norma e fatto, in quanto anche l'atto che è espressione del potere in questa logica perde ogni tipo di precettività e degrada a una condizione di operatività dell'effetto latente[58]. In definitiva, la tesi in esame esclude che nell'ordinamento si dia un modo di produzione degli effetti diverso da quello meramente normativo, pervenendo ad una conclusione di omologazione nella dinamica degli atti giuridici che non può essere condivisa[59].

3. (segue) *Inidoneità dell'annullamento a definire il rapporto*

La dottrina processualcivilistica, a ciò mossa essenzialmente dall'obiettivo di evitare la proliferazione di processi su uno stesso rapporto, ha battuto anche altre strade per attribuire alla sentenza di annullamento l'efficacia di una pronuncia che determina l'accertamento definitivo del rapporto, con conseguente esaurimento del potere[60].

A questo fine è stato teorizzato che l'elemento di individuazione della domanda nel processo costitutivo non sono i motivi di ricorso bensì il *petitum*, cioè l'effetto costitutivo che esplicherebbe il provvedimento richiesto al giudice se l'azione venisse accolta: a prescindere dai diversi fondamenti e fattispecie causali che siano stati o avrebbero potuto essere addotti dal richiedente[61].

[58] Cfr. A. Motto, *Poteri sostanziali*, cit., 103.

[59] Per altre critiche v. C. Consolo, *Domanda giudiziale*, cit., 82.

[60] Per un quadro critico delle concezioni del processo costitutivo animate dall'esigenza di stabilità del rapporto v. C. Consolo, *Domanda giudiziale*, cit., 79-82.

[61] A. Cerino Canova, *La domanda*, cit., 146 ss., il quale parte dalla premessa che la domanda nel processo costitutivo non è lo strumento di introduzione in giudizio del diritto potestativo; di conseguenza, l'effetto modificativo non è imputato all'accertamento del diritto ma alla sentenza e al giudicato sostanziale.

La tesi che assume l'effetto cassatorio (*petitum*) quale criterio di identificazione della domanda costitutiva è oggi accolta da Cons. Stato, ad. plen., n. 5/2015, dove si legge che, per stabilire se si è in presenza di una o più domande di annullamento, si deve guardare all'"effetto cassatorio avuto di mira" dal ricorrente. Se il provvedimento impugnato è uno solo, si è in presenza di un'unica domanda, eventualmente fondata su più ragioni, in quanto unico è appunto l'effetto cassatorio cui il ricorrente aspira; di pluralità delle domande si può invece parlare quando il ricorrente impugna più provvedimenti tra loro connessi, chiedendone l'annullamento. Cfr. A. Travi, *Recenti sviluppi sul principio della domanda nel processo amministrativo*, in *Foro. it.*, 2015, 286; M. Trimarchi, *Principio della domanda e natura del processo secondo l'adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 14 s.

Questa teorica è idonea a evitare la riproposizione dell'azione che sia stata rigettata (esigenza poco avvertita nel processo amministrativo, stante il termine decadenziale breve) perché in questo caso il giudicato si forma sulla mancata produzione dell'effetto richiesto; ma, se l'azione viene accolta, essa non è in grado di evitare la rinnovazione dell'atto annullato in quanto l'effetto di annullamento investe l'atto impugnato e non può certo riguardare un atto successivo alla sentenza. Sul piano teorico, inoltre, essa determina un distacco forse eccessivo tra processo e situazioni sostanziali, una sorta di autoreferenzialità del processo, in quanto il suo oggetto è individuato in un effetto della pronuncia stessa e non in una situazione giuridica sostanziale[62].

Secondo altra proposta ricostruttiva[63], per dare stabilità al giudicato è necessario porre quale oggetto della pronuncia "la situazione finale, ossia il rapporto giuridico che è sottoposto a modificazione dalla domanda dell'attore"; o, più esattamente, "*il regolamento delle relazioni giuridiche soggettive intorno al rapporto*, del quale è chiesta la costituzione, la modificazione o l'estinzione"[64].

Se il giudicato di annullamento si forma sull'assetto del rapporto, il criterio dell'incompatibilità preclude la proponibilità di successive azioni tendenti a rimettere in discussione l'assetto sostanziale del rapporto risultante dalla prima sentenza[65]. Nel caso in cui l'atto dichiarato illegittimo è esercizio di un diritto potestativo stragiudiziale, sempre in ragione del criterio dell'incompatibilità, "il giudicato fa stato nel successivo processo di impugnativa del nuovo provvedimento, poiché questo tende alla rimozione del rapporto giuridico (ad esempio, di lavoro) già dichiarato esistente, facendo leva su un fatto anteriore alla prima pronuncia"[66].

[62] Per questi rilievi critici S. Menchini, *I limiti oggettivi*, cit., 192.

[63] S. Menchini, *I limiti oggettivi*, cit., 359, il cui studio ha come motivo conduttore proprio l'esigenza, ritenuta prioritaria alla luce del principio di economicità dei giudizi e di certezza dei rapporti, di "garantire la stabilità dell'accertamento [giurisdizionale] per il futuro; proteggere il vincitore del processo nel godimento del bene della vita, a lui attribuito dalla sentenza".

[64] S. Menchini, *I limiti oggettivi*, cit., 191 ss., 365. Cfr. E. Picozza, *Connessione e cumulo (condizionale) di domande nel processo amministrativo: rilievi critici*, in *Dir. e proc. amm.*, 2016, 93 ss.

[65] Gravando dunque l'attore che afferma l'invalidità di un atto dell'onere di far valere nel giudizio tutti i profili di invalidità conosciuti.

[66] S. Menchini, *I limiti oggettivi*, cit., 313 ss., 365 s.

L'idea che nelle azioni di impugnativa l'oggetto del processo sia il rapporto giuridico, ovvero le situazioni giuridiche finali delle parti, è condivisa da I. Pagni, *Le azioni di impugnativa negoziale*, cit., 288-294, sia pur all'interno della peculiare concezione della tutela costitutiva (sostanzialmente, come tutela dichiarativa) già ricordata. La stessa A., peraltro, ricono-

Di questa impostazione non è in discussione la coerenza interna. Il punto è che essa si fonda su una premessa, quella per cui oggetto del processo e del giudicato sarebbe l'intero rapporto controverso, che non trova altra legittimazione teorica se non nella generica esigenza di stabilità del giudicato che si vuol perseguire. Denotando così una certa circolarità argomentativa.

Lo stesso ricorso al criterio dell'incompatibilità appare insufficiente a fondare la preclusione nei termini proposti[67], posto che l'efficacia preclusiva si collega non al giudicato in sé, bensì al giudicato in quanto espressione di un accertamento[68]: proprio quell'accertamento che nel processo amministrativo manca in relazione agli ambiti del rapporto rimasti estranei alla discussione processuale, in quanto non trasfusi in motivi di ricorso e, prima ancora, non posti espressamente a base della decisione annullata.

Bisogna allora riconoscere che, se si collega (come vuole l'opinione dominante e preferibile) il mutamento giuridico all'esercizio del potere (e non si accede alla concezione del potere come facoltà di avvalersi di un effetto preesistente), allora l'accertamento contenuto nella sentenza costitutiva "non potrebbe riflettere che lo stato del rapporto nel momento in cui esso accertamento viene compiuto, senza potere tenere conto e scontare (e così

sce che la scelta sull'oggetto del processo, e dunque anche l'opzione a favore del rapporto, dipende non tanto da ragioni logiche e teoriche quanto dalla opzione dell'interprete rispetto all'incidenza che la sentenza deve avere nei processi futuri; così anche M.S. Giannini - A. Piras, *Giurisdizione amministrativa*, cit., 255.

Il punto è messo in evidenza pure da G. Verde, *Considerazioni inattuali*, cit., 34, che ne coglie l'incidenza sulla tematica generale del ruolo del giudice in uno stato democratico in rapporto al principio di legalità. Sul tema v. altresì G. Tropea, *L'abuso del processo amministrativo. Studio critico*, Napoli, 2015, 380 ss., *passim*, 396, il quale ritiene che la tesi secondo cui il giudicato nel processo amministrativo copre il dedotto e il deducibile sia espressione di un approccio generale che considera il processo come uno strumento di diritto pubblico e la giurisdizione come un servizio pubblico: un approccio, perspicuamente criticato dall'A., che si basa su una esaltazione talora acritica dei principi di effettività della tutela e economia processuale. Sull'argomentare per valori nella costruzione del giudicato v. da ultimo S. Vaccari, *Il giudicato nel nuovo diritto processuale amministrativo*, cit., 222 ss., 231.

[67] Cfr. C. Consolo, *Oggetto del giudicato*, cit., 273 s.

[68] Scrive A. Falzea, *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 503 s.: "il fatto di accertamento è la risultante di un processo che, muovendo da una situazione iniziale di oggettiva incertezza, porta, mediante l'attività spirituale di chiarificazione della realtà, ad una dichiarazione di scienza munita di efficacia preclusiva. A differenza delle comuni dichiarazioni di scienza – nelle quali al contenuto, tutto concentrato nella realtà passata, corrisponde un effetto di tipo conservativo – nel fatto di accertamento si verifica una deviazione tra l'efficacia tendenzialmente indicata dalla struttura dell'atto (conservazione) e l'efficacia che la legge assegna all'atto medesimo (preclusione). Nella tendenza verso la conservazione si contiene l'aspirazione del diritto alla verità; nella preclusione si attua la prevalente esigenza di pace che la legge deve garantire ai consociati".

neppure precludere, in virtù di un effetto di giudicato) quelle modificazioni non ancora attuali perché discendenti dall'esercizio futuro di poteri modificativi, sostanziali e giudiziari, bensì esistenti, ma ancora non esercitati"[69].

La possibilità di una riedizione di vicende processuali e sostanziali sullo stesso rapporto (riproposizione dell'azione o nuovo esercizio del potere), "è un dato ineliminabile in ogni ricostruzione [del processo costitutivo] che non ricolleghi l'effetto modificativo direttamente al fatto normativamente rilevante (come fa Piras) per ancorarlo (direttamente o no) all'impulso della parte e cioè all'esercizio della situazione giuridica soggettiva"[70].

Né si può andare oltre appellandosi alla regola secondo cui il giudicato, per esser tale, deve coprire il dedotto e il deducibile[71]. Il significato di questa regola, infatti, è di salvaguardare l'immutabilità del *decisum* a fronte di tentativi di sovvertirlo con nuove deduzioni basate su fatti preesistenti al giudicato; essa non giustifica alcuna estensione dei limiti oggettivi del giudicato.

In altre parole, l'espressione secondo cui il giudicato copre anche il deducibile indica che quanto accertato in giudizio non può essere messo in discussione in via giudiziale o stragiudiziale sulla base di altri argomenti deducibili prima della sentenza, non già che la preclusione da questa deri-

[69] C. Consolo, *Oggetto del giudicato*, cit., 273; A. Attardi, *In tema di limiti oggettivi alla cosa giudicata*, cit., 526, in critica alla tesi di Menchini; A. Motto, *Poteri sostanziali*, cit., 98; L. Mazzarolli, *Il processo amministrativo come processo di parti*, cit., 471. G. Verde, *Considerazioni inattuali su giudicato e potere del giudice*, cit., 33: "la discussione in ordine al legittimo e corretto esercizio del permanente potere del soggetto, che si trova ad esercitare una inevitabile posizione di supremazia (si pensi, ai genitori, ai datori di lavoro, agli organi societari in relazione ai soci, alle pubbliche amministrazioni) riguarda il frammento di potere esercitato. Di conseguenza, l'accertamento (che si traduce in una invalidazione dell'atto illegittimo), una volta passato in giudicato, fissa definitivamente l'illegittimità dell'atto di esercizio del potere. Non può, tuttavia, impedire che il soggetto emani un nuovo atto o che continui ad esercitare il potere di cui è dotato".

[70] C. Consolo, *Oggetto del giudicato*, cit., 289; C. Cacciavillani, *Giudizio amministrativo e giudicato*, cit., 164-166.

Né le cose cambiano se si ritiene che attraverso l'impugnazione sia esercitato un potere sostanziale con il quale l'attore dà rilevanza ai fatti impeditivi dell'efficacia dell'atto impugnato, seguendo I. Pagni, *Le azioni di impugnativa negoziale*, cit., 295-298, in quanto resta fermo che nessun accertamento si forma sui fatti impeditivi cui il ricorrente non ha dato rilevanza.

[71] Regola che, secondo M.S. Giannini - A. Piras, *Giurisdizione amministrativa*, cit., 257, "deve ritenersi coessenziale al concetto di una giurisdizione istituita a tutela di situazioni giuridiche soggettive perché su di essa fonda l'intangibilità (del contenuto d'accertamento) della decisione in relazione all'immutabilità dell'attribuzione dell'utilità individuata dalla sentenza". Sostiene l'applicabilità della regola al processo di piena giurisdizione A. Police, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, II, Padova, 2001, 365 s.

vante si estende a profili che non sono stati oggetto dell'accertamento giudiziale (in ciò che invece consiste il giudicato implicito)[72]. Si tratta, come è stato detto efficacemente, di un principio che "attiene all'intangibilità del giudicato, e non all'individuazione dei suoi limiti oggettivi"[73].

Del resto, anche se nel processo di annullamento si riconoscesse all'amministrazione la facoltà di difendersi attraverso l'introduzione in giudizio di elementi non emersi nel provvedimento impugnato[74], non sembra proprio che questa facoltà potrebbe essere intesa come un onere il cui mancato assolvimento comporta la impossibilità di reiterare il provvedimento impugnato[75].

L'onere, difatti, è tale se il suo mancato assolvimento ha una conseguenza negativa per chi doveva agire in un certo modo e non lo ha fatto[76]. Nel processo di impugnazione la sanzione cui la pubblica amministrazione va incontro è costituita dall'annullamento del provvedimento. L'onere pertanto è solo quello di dimostrare l'inammissibilità del ricorso e l'infondatezza dei motivi; nulla di più, in quanto all'amministrazione non serve dedurre l'intero rapporto in giudizio per evitare l'annullamento (tranne nel caso previsto dall'art. 21-*octies*, comma 2, l. n. 241/1990, al fine di elidere la rilevanza dei vizi formali)[77].

[72] A. Attardi, *In tema di limiti oggettivi alla cosa giudicata*, cit., 511 ss. Il significato della regola secondo cui il giudicato copre non soltanto i fatti dedotti ma anche quelli deducibili in giudizio è soltanto quello di "salvaguardare solo l'immutabilità del *decisum* a fronte di tentativi di sovvertirlo con nuove deduzioni basate su fatti preesistenti al giudicato". Come osserva C. Consolo, *Oggetto del giudicato*, cit., 279, tale regola non impedisce al ricorrente di proporre una nuova azione sulla base di motivi diversi (sempre che non sia incorso in decadenza) e, soprattutto, all'amministrazione di reiterare l'atto sulla base di fatti costitutivi diversi. *Contra* B. Sassani, *Dal controllo del potere*, cit., 47-52 in nota. Secondo S. Valaguzza, *Il giudicato*, cit., 203 s., la regola del dedotto e del deducibile estende l'oggetto del giudicato, ma non trova applicazione nel processo amministrativo.

[73] A. Travi, *Il giudicato amministrativo*, cit., 75; cfr. S. Vaccari, *Il giudicato nel nuovo diritto processuale amministrativo*, cit., 207, 264.

[74] Per questa possibilità v. *infra*, cap. 4, sez. II.

[75] Segnala che si tratta di due profili diversi, dimodoché l'eventuale possibilità dell'amministrazione di integrare in giudizio la motivazione non consente di per sé di caricare la sentenza di annullamento della forza di definire il rapporto, occorrendo a tal fine che si tratti non di una facoltà ma di un onere, M. Clarich, *Il processo amministrativo «a rito ordinario»*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 1071 s.; Id., *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 561 ss.

[76] L'onere, peraltro, è tra le figure più controverse della teoria generale del diritto: per un quadro delle concezioni v. O. Scozzafava, *Onere*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, *ad vocem*.

[77] Ritiene invece che i canoni di imparzialità e buon andamento consentono di ritene-

Se ciò è esatto, dopo la sentenza di annullamento il deducibile non dedotto da parte dell'amministrazione è tutto ciò che sarebbe servito ad evitare l'annullamento (ed eventualmente l'effetto conformativo), non ciò che sarebbe servito ad evitare la definizione del rapporto in senso favorevole al ricorrente (come accade invece nel processo di condanna). E pertanto non si può costruire, con il semplice richiamo alla preclusione del deducibile, un onere di dedurre in giudizio l'intero rapporto con conseguente preclusione processuale al riesercizio del potere[78].

Né, ancora, si può estendere l'efficacia oggettiva del giudicato ricorrendo alla teoria della pregiudizialità logica, in base alla quale il giudicato copre non solo quanto effettivamente accertato nel processo ma anche le premesse logiche necessarie dell'accertamento (ad esempio, il giudicato relativo alla condanna all'adempimento dell'obbligazione contrattuale preclude di mettere in discussione in successivi processi la validità e l'efficacia del contratto, in quanto questa è questione pregiudiziale in senso logico rispetto alla domanda di adempimento)[79].

Infatti, anche a prescindere dalle riserve che una simile teoria può intrinsecamente suscitare[80], la questione logicamente pregiudiziale alla sentenza di annullamento può essere costituita, al più, dall'efficacia del provvedimento (se si preferisce, la non-nullità del provvedimento): una questione che, seppure si dovesse ritenere attratta al giudicato, non ne determinerebbe alcuna estensione nel senso della definizione del rapporto[81].

In conclusione, respinta la concezione del potere come facoltà di avvalersi di un effetto giuridico legale preesistente, sembra plausibile l'opinione dominante sia in dottrina che in giurisprudenza, secondo la quale il vincolo derivante dalla sentenza di annullamento (sia l'oggetto del processo costituito dalla affermazione dell'illegittimità del provvedimento in rapporto ai vizi, oppure dal diritto eterodeterminato all'annullamento) consiste nel

re che la facoltà di integrare la motivazione in corso di giudizio "non può essere rimessa all'arbitrio dell'amministrazione […] ma va considerata come contenente un elemento intrinseco di doverosità tale da consentirne una qualificazione in termini di onere in senso tecnico" M. Clarich, *Il processo amministrativo «a rito ordinario»*, cit., 1072.

[78] Anche per A. Motto, *Poteri sostanziali*, cit., 115, non è immaginabile una preclusione processuale sino a quando il potere è esercitabile stragiudizialmente.

[79] Cass. civ., Sez. Unite, 12 dicembre 2014, nn. 26242 e 26243.

[80] Osserva condivisibilmente G.Verde, *Considerazioni inattuali*, cit., 28 s., che la ricostruzione in chiave "logica" delle concrete vicende processuali è del tutto opinabile. Di una figura dai contorni sfumati parla S.Valaguzza, *Il giudicato*, cit., 219.

[81] Sostiene, con diversi argomenti, la inapplicabilità della pregiudizialità logica nel processo amministrativo S.Valaguzza, *Il giudicato*, cit., 227.

divieto per la pubblica amministrazione di adottare un atto di contenuto identico a quello annullato e affetto dal medesimo vizio.

Il vincolo derivante dal giudicato di annullamento – che può essere visto in negativo come una preclusione o in positivo come un ordine conformativo – ha questa estensione poiché (dipende ed) è limitato (d)a quanto accertato dal giudice e posto a base della sentenza[82]. A sua volta, l'accertamento del giudice non può riguardare profili del rapporto controverso che non siano emersi nel provvedimento impugnato[83].

Sugli ulteriori aspetti del rapporto il giudice non compie alcun accertamento e dunque in relazione ad essi non si forma alcuna regola vincolante per la riedizione del potere amministrativo[84] salvo che nei casi particolari individuati nel primo capitolo.

4. *Annullamento, giudizio di ottemperanza e definizione del rapporto*

Si è visto sin qui che la sentenza di annullamento non esaurisce il potere dell'amministrazione, salvo casi particolari, in quanto dà luogo ad un giudicato che non si estende ai profili del rapporto che non sono stati oggetto di discussione in giudizio e accertamento da parte del giudice.

Ciò, secondo una parte autorevole della dottrina, non consente di concludere che il potere sopravvive al processo in quanto i rapporti tra giudicato e potere amministrativo andrebbero ricostruiti tenendo in considerazione anche la fase successiva alla sentenza di cognizione, rappresentata dal giudizio di ottemperanza.

Il giudizio di ottemperanza costituisce, secondo l'opinione che dobbia-

[82] Si veda anche S. Valaguzza, *Il giudicato amministrativo*, cit., 121: l'annullamento giurisdizionale non comporta "alcuna innovazione, sul piano della relazione sostanziale tra privato e soggetto pubblico, diversa ed ulteriore rispetto all'eliminazione del provvedimento impugnato, nemmeno in relazione all'operare dell'effetto conformativo dell'annullamento, che crea obblighi in capo alla pubblica amministrazione, ma necessita di essere tradotto in concreto tramite l'esercizio dell'azione amministrativo; dunque, in questo senso, l'annullamento, non integra, *ex se*, l'ordinamento giuridico, e non nel momento in cui viene inverato per il tramite dell'attività di riedizione del potere pubblico, cui solo compete, anche in questo caso, l'introduzione di nuovi precetti".

[83] Sottolineano questo aspetto, con riferimento agli atti negativi, F. Ledda, *Il rifiuto di provvedimento amministrativo*, Torino, 1964, 150 ss., e soprattutto G. Greco, *L'accertamento autonomo del rapporto*, cit., 31 s.

[84] R. Villata, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, cit., 581. Cfr. l'invito alla prudenza di F. Ledda, *La giurisdizione amministrativa*, cit., 392, rispetto alle tesi che, per esigenze di giustizia sostanziale, sovraccaricano di contenuti impropri il giudicato di annullamento.

mo adesso esaminare, il momento processuale al termine del quale il ricorrente vittorioso in sede di cognizione ottiene la soddisfazione specifica del suo interesse finale, ossia quella diretta attribuzione del bene della vita che, in ragione della sopravvivenza del potere, rimane fuori dalla portata della sentenza di annullamento.

Il punto di partenza della tesi è l'insoddisfazione nei riguardi della tutela che il titolare dell'interesse legittimo pretensivo riceve dalla sentenza di annullamento, la quale non esprime una "regola sufficiente e conchiusa della successiva attività amministrativa"[85] e dunque rimette l'interesse del ricorrente nella disponibilità del potere amministrativo.

L'incompletezza della regola conformativa espressa dalla sentenza di annullamento è da addebitare alla struttura impugnatoria del giudizio di cognizione, nel quale il giudice non conosce del rapporto ma della legittimità dell'atto in relazione ai motivi di ricorso.

Si tratta allora di una carenza di tutela che può essere rimediata all'interno del giudizio di ottemperanza in quanto il giudice amministrativo in quella sede dispone di giurisdizione estesa al merito[86] ed è dotato di ampi poteri decisori che prevedono la possibilità di determinare il contenuto del provvedimento o di adottarlo in luogo dell'amministrazione, nominando ove occorra un commissario *ad acta*[87].

Il giudizio di ottemperanza così concepito non è mero giudizio di esecuzione ma anche un giudizio di cognizione[88]: una cognizione, non limita-

[85] M. Nigro, *Il giudicato amministrativo e il processo di ottemperanza*, cit.

[86] Art. 114, comma 4, lett *a*), c.p.a.

[87] Il giudice dell'ottemperanza può ordinare "l'ottemperanza, prescrivendo le relative modalità, anche mediante la determinazione del contenuto del provvedimento amministrativo o l'emanazione dello stesso in luogo dell'amministrazione", nominando ove occorra un commissario *ad acta* (art. 134, comma 1, lett. *a*) e *d*)).

Osserva A. Romano, *L'attuazione dei giudicati da parte della pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, 411 ss., par. 10, che il giudice amministrativo nel tempo si è dotato di "un armamentario di dispositivi di attuazione dei vari giudicati" che ha consentito di andare ben oltre quanto consentito tradizionalmente dalla giurisdizione di merito: "Sono le esigenze di svolgimento di quella funzione di garanzia, di cui è evidente il fondamento costituzionale, che sembrano essersi poste come fonte autonoma di legittimazione delle misure di volta in volta adottate; come fonte autonoma rispetto alla vecchia giurisdizione di merito, peraltro ormai esercitata come tale solo sporadicamente, tanto che talvolta se ne propone la soppressione".

[88] M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, cit., 321 s. Osserva lo stesso M. Nigro, Il *giudicato amministrativo e il processo di ottemperanza*, cit., 1188, che la costruzione del processo di ottemperanza come processo meramente esecutivo è certamente suadente in quanto più rigorosa, ma "rischia di inaridire l'apporto creativo e integrativo del giudizio di ottemperanza, e di bloccare lo sviluppo del processo amministrativo dal sindacato formale al sindacato sostan-

ta dall'atto impugnato e dai motivi di ricorso, che consente all'autorità giudiziaria di identificare la volontà di legge in relazione agli "spazi di azione amministrativa" che "residuano al giudicato ed eccedono il giudicato", così completando la regola conformativa sino a stabilire la definitiva spettanza al ricorrente del bene richiesto[89].

Altra dottrina ritiene che non sia necessario, né corretto, affermare la natura mista del giudizio di ottemperanza (esecutiva e cognitoria) per riconoscere a questa fase processuale l'attitudine ad attribuire al ricorrente vincitore in cognizione l'utilità spettante. Ciò sarebbe perfettamente compatibile con il carattere meramente esecutivo della fase di ottemperanza.

Questa dottrina non nega la presenza di elementi di cognizione nel giudizio di ottemperanza, necessari in quanto "il bene della vita dovuto dalla amministrazione di norma non è apprendibile con un'attività riducibile ad un modello standard con limitate variabili" e, soprattutto, poiché manca una "precisa ed univoca determinazione" del bene in quanto "la sentenza di accoglimento del giudice amministrativo non formalizza in un preciso capo di condanna, cioè in un dispositivo *ad hoc*, né diritti del privato né obblighi della p.a."[90].

ziale del conflitto d'interessi riconducendo il processo verso il tipo chiuso del giudizio di impugnazione"; anche secondo F.G. Scoca, *Aspetti processuali del giudizio di ottemperanza*, in AA.VV., *Il giudizio di ottemperanza. Atti del XXVII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Milano, 1983, 208 ss., "il giudizio di ottemperanza è un giudizio di cognizione, che si lega ad un altro giudizio di cognizione; si pongono due giudizi di cognizione logicamente successivi l'uno all'altro".

[89] Cfr. M. Nigro, *Il giudicato amministrativo e il processo di ottemperanza*, cit., 1178 ss., dove si sostiene che la sinergia tra l'effetto conformativo della sentenza, a sua volta derivante dal contenuto di accertamento della stessa, e il processo di ottemperanza può consentire di superare il modello della separazione tra giurisdizione amministrativa e amministrazione attiva, delineato dalla legge del 1889. Giunge alle medesime conclusioni circa l'attitudine del giudizio di ottemperanza a pervenire alla definizione dell'assetto di interessi, C. Calabrò, *L'ottemperanza come "prosecuzione" del giudizio amministrativo*, in AA.VV., *Il giudizio di ottemperanza*, cit., 174 ss., sebbene a seguito di un percorso argomentativo assai distante da quello di Nigro: secondo Calabrò la nozione di cosa giudicata sostanziale non si attaglia al giudicato amministrativo: tra la sentenza del giudice e l'ulteriore attività sussiste soltanto un nesso "di coerenza", non "di diretta conseguenzialità" (Id., *Giudicato. Diritto processuale amministrativo*, in *Enc. giur.*, Roma XV, 1989, 1). Cfr. altresì P.M. Vipiana, *Contributo allo studio del giudicato amministrativo*, Milano, 1990, 414 ss., secondo cui il giudicato non emerge dalla sola sentenza ma recepisce i propri contenuti anche da ulteriori attività amministrative; così da ultimo anche G. Pepe, *Giudicato amministrativo*, cit., 25.

[90] B. Sassani, *Dal controllo del potere*, cit., 60 ss. Cfr. altresì Id., *Relazione al convegno su* "cosa giudicata e processo amministrativo", in AA.VV., *Cosa giudicata e processo amministrativo*, cit., 56, dove si afferma che la sentenza di annullamento del giudice amministrativo "non è neppure comprensibile, definibile nel suo contenuto" senza il riferimento al giudizio di ot-

Tuttavia l'esperienza dell'esecuzione forzata civile, e in particolare dell'esecuzione forzata degli obblighi di fare, dimostra che nel processo esecutivo è del tutto normale la presenza di momenti di cognizione, volti a interpretare precisare e talora anche integrare il *decisum* da eseguire, senza che ciò naturalmente smentisca la natura appunto esecutiva del processo[91]. Non vi sarebbe dunque ostacolo a ritenere che il giudizio di ottemperanza sia un vero e proprio processo esecutivo volto alla realizzazione piena di quanto espressamente o implicitamente spettante al vincitore in legittimità, giacché i momenti cognitori in esso presenti sarebbero "strettamente funzionalizzati alla realizzazione forzata della sentenza inottemperata"[92].

5. (segue) *Discussione della tesi*

Le due tesi richiamate sono distanti nelle affermazioni di principio circa la natura del giudizio di ottemperanza, l'una volta inteso come giudizio misto di cognizione ed esecuzione e l'altra volta inteso come processo meramente esecutivo. Ne consegue un diverso modo di concepire la formazione del giudicato: secondo la prima tesi questo si forma progressivamente, per successive specificazioni dal giudizio di cognizione al giudizio di ottemperanza, e solo al termine di quest'ultimo può dirsi completo[93]; nell'ottica

temperanza, in quanto essa contiene "un accertamento fisiologicamente incompleto perché destinato ad essere completato in una fase successiva ed eventuale che definirei di *annäherung*, avvicinamento. La sentenza di annullamento è cioè lontana dal regolamentare il futuro esercizio del potere, ed ha bisogno di un anello di congiunzione a tale regolamentazione: il risultato della prima fase si rivela di senso compiuto solo all'esito della seconda, che è deputata (più che ad interpretare) ad individuare quello che è il giudizio per applicarlo ai fatti".

[91] B. Sassani, *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto*, Padova, 1989, 40; Id., *Dal controllo del potere*, cit., 20; L. Ferrara, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 2003, 246 ss. Già M. Nigro, *Il giudicato amministrativo e il processo di ottemperanza*, cit., 1189 e G.Verde, *Osservazioni sul giudizio di ottemperanza alle sentenze dei giudici amministrativi*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, 643 ss.

[92] B. Sassani, *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto*, cit., 40; Id., *Dal controllo del potere*, cit., 176 ss.

[93] Sui problemi teorici connessi alla nozione di giudicato a formazione progressiva v. L. Ferrara, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione*, cit., 49 ss.; C. Cacciavillani, *Giudizio amministrativo e giudicato*, cit., 299 ss., la quale osserva che questa ricostruzione lascia in bilico tra il giudizio di legittimità e quello di ottemperanza tanto la cognizione, che si protrae sino ad un oggetto indefinito (la spettanza del bene della vita), quanto gli effetti del giudicato, non essendo chiaro il momento in cui sorgono esattamente i vincoli a carico della azione amministrativa successiva; M. Clarich, *L'effettività della tutela nell'esecuzione*, cit., 550, secondo cui sia la tesi del giudicato a formazione progressiva sia quella del processo di

della seconda impostazione, invece, il giudicato è completo al termine del giudizio di cognizione e l'ottemperanza serve soltanto a individuare in concreto il bene spettante al ricorrente, che la pubblica amministrazione gli ha negato adottando un atto in violazione ed elusione del giudicato oppure rimanendo inerte.

Tra le due tesi esiste tuttavia una sostanziale continuità[94]. Entrambe partono dal presupposto, da condividere, che la sentenza di annullamento normalmente non attribuisce il bene finale al ricorrente vittorioso. Per entrambe ciò può avvenire tramite un supplemento di cognizione nel giudizio di ottemperanza: per la prima, questo supplemento di cognizione altera la natura stessa del giudizio di ottemperanza, il quale non sarebbe un mero giudizio esecutivo; per la seconda, la presenza di questo momento cognitorio non smentisce la natura esecutiva del giudizio di ottemperanza in quanto è fisiologico che nel processo di esecuzione vi sia una cognizione funzionale alla esecuzione[95].

Questa non è la sede per soffermarsi sulla nozione generale di esecuzione forzata, onde stabilire sino a che punto la presenza di elementi di cognizione sia compatibile con la natura esecutiva del processo.

Considerato però che nel processo amministrativo il giudicato di annullamento, salvo casi particolari, non definisce l'assetto del rapporto controverso, se si ammette che ciò possa avvenire nel giudizio di ottemperanza è giocoforza da escludere che all'interno di esso si realizzi un'attività "strettamente funzionalizzata alla realizzazione forzata della sentenza inottemperata"[96]: proprio perché, si ripete, si tratterebbe di un'attività diretta ad attri-

ottemperanza come prosecuzione del giudizio di cognizione rendono "ancor meno definiti i confini, già difficili da tracciare nel concreto, tra cognizione ed esecuzione" e fa "regredire in secondo piano la sentenza pronunciata in sede di cognizione"; S. Valaguzza, *Il giudicato*, cit., 179 ss.

[94] Per questo condivisibile rilievo L. Ferrara, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione*, cit., 64.

[95] B. Sassani, *Dal controllo del potere*, cit., 20-24, riconosce esattamente che "la sentenza di accoglimento del giudice amministrativo non formalizza in un preciso capo di condanna, cioè in un dispositivo ad hoc, né diritto del privato né obblighi della p.a.", ma poi afferma che oggetto del giudizio non è l'atto ma il potere "e, quindi, la sentenza comporta la fissazione della reciproca posizione delle parti" (116). La costruzione del giudizio di ottemperanza come processo esecutivo si gioca sulla sottile, e in vero sfuggente, distinzione tra attribuzione del bene della vita e sua individuazione: il bene della vita sarebbe attribuito dalla sentenza di cognizione in termini generici, il giudizio di ottemperanza conterrebbe quel tanto di cognizione necessaria ad individuarlo (118).

[96] Come invece ritiene B. Sassani, *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto*, cit., 40, cui si deve la frase riportata.

buire al ricorrente una utilità che non gli è riconosciuta dalla sentenza di cognizione[97].

Stando così le cose, la questione della natura meramente esecutiva o cognitoria del giudizio di ottemperanza appare veramente decisiva per stabilire se in seno ad esso possa trovare definizione un rapporto che la sentenza di accoglimento pronunciata in sede di cognizione ha rimesso al potere amministrativo.

Se si ritiene di dover risolvere tale questione alla luce della disciplina processuale, come pare metodologicamente corretto, allora si dovrà considerare che l'art. 134, comma 1, lett. *a*), c.p.a., prevede che il giudizio di ottemperanza serve all'attuazione delle pronunce giurisdizionali, a nulla di altro o di più[98]. Non può che esservi, dunque, una stretta correlazione tra

[97] L'interpretazione della sentenza di cognizione in sede di ottemperanza è senz'altro compatibile con la natura esecutiva del giudizio ma non può arrivare al punto di attribuire al ricorrente una utilità che la sentenza stessa non ha individuato neppure in termini generici: sul punto v. L. Ferrara, *Dal giudizio di ottemperanza*, cit., 65 s. Già in questo senso M. Nigro, *Il giudicato amministrativo e il processo di ottemperanza*, cit., 1190, dove si osserva che anche la più lata nozione di esecuzione non può essere impiegata quando nel processo "si tratti di identificare (o di completare la identificazione del) la volontà concreta della legge, oppure di stabilire (o di finir di stabilire) la normativa del caso concreto". Questo, secondo l'A., è ciò che accade nel processo di ottemperanza, il quale pertanto non è raffigurabile come processo di mera esecuzione ma come processo misto di esecuzione e cognizione.

[98] La funzione esecutiva del giudizio di ottemperanza non è smentita dalla possibilità di proporre al suo interno azioni di natura cognitoria: si fa riferimento all'azione risarcitoria e a quella volta a ottenere chiarimenti inerenti all'attuazione del giudicato, entrambe proponibili in seno al giudizio di ottemperanza.

Per quanto attiene alla prima questione, l'art. 112, comma 3, c.p.a., come modificato dal d.lgs. n. 195/2011, stabilisce che nel giudizio di ottemperanza può essere proposta azione di risarcimento dei danni "connessi all'impossibilità o comunque alla mancata esecuzione in forma specifica, totale o parziale, del giudicato o alla sua violazione o elusione". La giurisprudenza ha chiarito che i danni risarcibili non sono tutti quelli derivanti dall'illegittimità del provvedimento annullato e dalla mancata esecuzione violazione od elusione del giudicato, come invece si era talora ritenuto sulla base della formulazione originaria dell'articolo, bensì soltanto quelli intervenuti successivamente alla formazione del giudicato e connessi alla impossibilità di darvi esecuzione in forma specifica: Cons. Stato, ad. plen., 9 giugno 2016, n. 11; Cons. Stato, sez III, 4 novembre 2013, n. 5301; Cons. Stato, sez. IV, 27 gennaio 2015, n. 362; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. IV, 21 febbraio 2017, n. 360.

Essendo a ciò limitato il risarcimento ottenibile in sede di ottemperanza, è chiaro che la relativa azione non soltanto trova un presupposto nell'inesecuzione della sentenza, ma è anche funzionale all'esecuzione della stessa (*contra*, Cons. Stato, sez. VI, 16 maggio 2016, n. 1956). Opera qui un meccanismo analogo a quello previsto dall'art. 613 c.p.c. a proposito dell'esecuzione degli obblighi di fare e non fare, per il quale la pretesa del creditore si converte nell'equivalente pecuniario del risarcimento del danno se l'esecuzione in forma specifica si rende impossibile o eccessivamente onerosa (sul fenomeno in generale Cons. Stato,

l'estensione oggettiva dell'accertamento operato in sede di cognizione e

sez. VI, 2 febbraio 2017, n. 455; Cass. civ., sez. III, 5 giugno 2007, n. 13071). Il risarcimento del danno ottenibile con l'azione prevista dall'art. 112, comma 3, c.p.a è cioè nient'altro che una forma di monetizzazione dell'esecuzione della sentenza. Secondo Cons. Stato, ad. plen. 12 maggio 2017, n. 2, si tratta di "una forma di responsabilità civile che prescinde dall'inadempimento imputabile alla parte tenuta ad eseguire il giudicato" e che integra una "ottemperanza per equivalente […] che sostituisce l'ottemperanza in forma specifica nei casi in cui questa non sia più possibile". In dottrina già E. Follieri, *Risarcimento dei danni*, cit., 137, 180, aveva qualificato la reintegrazione per equivalente come modo di esecuzione del giudicato laddove l'esecuzione in forma specifica sia impossibile (ad esempio, a causa di una sopravvenienza di fatto o di diritto). Cfr. da ultimo S. Valaguzza, *Il giudicato*, cit., 185 s.

Venendo alla seconda questione, l'art. 112, comma 5, c.p.a. prevede la possibilità di proporre il ricorso per l'ottemperanza "anche al fine di ottenere chiarimenti in ordine alle modalità di ottemperanza". Questo ricorso, proponibile essenzialmente dall'amministrazione, secondo la giurisprudenza prevalente, non presenterebbe caratteristiche che consentano di ricondurlo in senso sostanziale al novero delle azioni di ottemperanza, avendo natura giuridica diversa tanto dall'azione finalizzata all'attuazione del comando giudiziale quanto dall'azione esecutiva in senso stretto e presupponendo dubbi od incertezze sull'esatta portata del comando giuridico oggetto dell'obbligo conformativo (Cons. Stato, ad. plen., 15 gennaio 2013, n. 2; Cons. Stato, sez. V, 7 settembre 2015, n. 4141; Cons. Stato, sez. V, 16 maggio 2017, n. 2324; Cons. Stato, sez. IV, 17 dicembre 2012, n. 6468). Inoltre, mentre l'azione di ottemperanza "è naturalmente esperita dalla parte già vittoriosa nel giudizio di cognizione o in altra procedura a questa equiparabile", ossia dalla parte che ha interesse ad ottenere l'esecuzione della pronuncia, il ricorso ex art. 112, quinto comma, è promosso dall'amministrazione, cioè da una parte che non ha alcun interesse all'esecuzione (Cons. Stato, sez. IV, 17 dicembre 2012, n. 6468).

In realtà, il ricorso dell'amministrazione avanti al giudice dell'ottemperanza per ottenere chiarimenti, pur presupponendo i poteri cognitori del giudice medesimo, si inscrive a pieno nella funzione esecutiva che caratterizza complessivamente il giudizio di ottemperanza, essendo evidentemente strumentale all'esatta attuazione del precetto contenuto nella sentenza che conclude il giudizio di cognizione.

La circostanza che ad attivare il giudizio sia l'amministrazione non deve essere sopravvalutata, perché non è vero che l'azione di ottemperanza può essere proposta esclusivamente dal ricorrente uscito vittorioso dal giudizio di cognizione. Anche il controinteressato soccombente infatti può farsi ricorrente in sede di ottemperanza "al fine di vedere rispettato il *dictum* giudiziale quando l'Amministrazione ne determini modalità attuative ingiustificatamente per (esso) sfavorevoli".

Il codice ammette che a farlo sia anche la pubblica amministrazione, la quale ha interesse a non subire un giudizio di ottemperanza avviato dal ricorrente, destinato a concludersi con una sentenza mediante la quale il giudice si sostituisce all'amministrazione nell'esecuzione anche attraverso la nomina del commissario. La novità, dunque, è che l'ordinamento considera rilevante e appresta protezione all'interesse dell'amministrazione a gestire in autonomia la fase dell'esecuzione.

Che vi sia: il rifiuto di ottemperare da parte dell'amministrazione; l'esecuzione in via amministrativa ingiustamente gravosa per la parte soccombente; l'intenzione dell'amministrazione di eseguire la pronuncia ma il rischio di commettere errori causa la non sufficien-

l'ambito del giudizio di ottemperanza, a conferma della quale si pongono anche elementi ulteriori.

Il primo è che il presupposto per la proposizione del giudizio di ottemperanza è pur sempre l'inesecuzione, in forma omissiva o commissiva (violazione o elusione del giudicato), della pronuncia di cognizione; gli altri eventuali vizi del provvedimento successivo all'annullamento devono essere conosciuti dal giudice nelle forme e con i poteri della giurisdizione generale di legittimità[99]. Se il compito del giudizio di ottemperanza fosse quello

te chiarezza della sentenza (ipotesi cui si riferisce l'art. 112, comma 5, c.p.a.): il giudizio di ottemperanza tende sempre e comunque a favorire l'esatta esecuzione del giudicato da parte dell'amministrazione e si presenta dunque unitario nei suoi tratti fondamentali.

Sull'istituto v. F. Volpe, *L'ottemperanza "di chiarimento". Un istituto inutile o dannoso?*, in *lexitalia.it*.; A. Squazzoni, *La richiesta di chiarimenti nel corso del giudizio di ottemperanza quale strumento di riforma e di correzione dei malfunzionamenti dell'agire amministrativo*, in A. Rallo - A. Scognamiglio (a cura di), *I rimedi contro la cattiva amministrazione. Procedimento amministrativo ed attività produttive e imprenditoriali*, Napoli, 2016, 329 ss.; e, con titolo infelice, M. Trimarchi, *Prime considerazioni sul giudizio di ottemperanza promosso dalla pubblica amministrazione*, in *Dir. e proc. amm*., 2013, 1127 ss., dove le argomentazioni qui riprese trovano maggiore sviluppo.

In conclusione, come esattamente osserva T.A.R. Milano, Lombardia, sez. III, 8 febbraio 2017, n. 308 "i momenti di cognizione ammessi nel giudizio di ottemperanza, possono essere solo quelli strettamente consequenziali al giudicato o con essi connessi: vale a dire domanda di interessi e rivalutazione maturati dopo il giudicato, domanda dei danni consequenziali all'inesecuzione o impossibilità di esecuzione del giudicato, chiarimenti sul giudicato. Non sono invece concepibili momenti di cognizione autonomi, in relazione a sopravvenienze o spazi lasciati bianchi dal giudicato, perché diversamente ragionando si altererebbero le regole sul riparto di giurisdizione, e l'ottemperanza diventerebbe la sede per attribuire al giudice amministrativo spazi di cognizione in ambiti riservati ad altre giurisdizioni (Cass., sez. un., 19 dicembre 2011, n. 27277; Cass., sez. lav., 23 aprile 2009, n. 9693; Cons. St., V, 30 ottobre 2015, n. 4977)".

[99] Secondo la giurisprudenza recente, il giudice dell'ottemperanza è chiamato, in primo luogo, a qualificare le domande prospettate, distinguendo quelle attinenti propriamente all'ottemperanza da quelle che invece hanno a che fare con il prosieguo dell'azione amministrativa, traendone le necessarie conseguenze quanto al rito ed ai poteri decisori: Cons. Stato, sez. IV, 8 maggio 2017, n. 2087.

Diversamente, secondo F. Francario, *Inerzia e ottemperanza*, cit., 746 ss., l'obbligo di conformarsi al giudicato si risolve nell'obbligo di agire legittimamente, per cui gli atti illegittimi concreterebbero, per il solo fatto della loro illegittimità, l'inottemperanza. Ad identica soluzione perviene, ma con diverse argomentazioni, S. Pajno, *Il giudizio di ottemperanza come processo di esecuzione*, in *Foro amm*., 1987, 1651, per il quale dopo il giudicato residua spazio soltanto per l'attività di esecuzione. Secondo l'A., ciò è vero non soltanto quando il giudicato esaurisca la discrezionalità dell'amministrazione ma anche quando la sentenza si limiti a indicare i criteri direttivi della decisione, che rimane discrezionale, in quanto pur sempre quella successiva al giudicato è attività "forzata", "posta in essere, cioè, solo in conseguenza della «forza» del giudicato che ha definitivamente eliminato dal mondo del diritto,

di definire il rapporto andando oltre la statuizione della sentenza, questo limite della sua operatività non avrebbe alcuna ragion d'essere[100]. Esso invece si giustifica perché la funzione del giudizio di ottemperanza è delimitata dall'estensione oggettiva del giudicato.

L'ancoraggio ai limiti oggettivi del giudicato non caratterizza soltanto la proponibilità del giudizio ma, coerentemente, si proietta lungo tutto il suo svolgimento: secondo il principio che "il *proprium* del giudizio di ottemperanza si risolve nell'interpretazione della sentenza ottemperanda, scomponendosi, invero, la decisione da assumere in tale sede in una triplice operazione logica: – di interpretazione del giudicato al fine di individuare il comportamento doveroso per la pubblica amministrazione in sede di esecuzione; – di accertamento del comportamento in effetti tenuto dalla medesima amministrazione; – di valutazione della conformità del comportamento tenuto dall'amministrazione rispetto a quello imposto dal giudicato"[101].

I possibili esiti decisori del giudizio di ottemperanza devono, a loro volta, essere ricostruiti tenendo presente i presupposti dello stesso e lo sviluppo delle valutazioni che in esso il giudice amministrativo svolge. In particolare, la previsione che attribuisce al giudice dell'ottemperanza il potere di determinare il contenuto del provvedimento esecutivo e di sostituirsi all'amministrazione nell'adozione dello stesso (art. 114, comma 4, lett. *a*) c.p.a.) va interpretata alla luce della funzione esecutiva del giudizio: il giudice non può esercitare la discrezionalità in luogo dell'amministrazione quale che sia il contenuto della sentenza da ottemperare[102]; ma soltanto "entro i limiti del

con effetto *ex nunc*, il provvedimento illegittimo". Il carattere forzato o dovuto dell'attività successiva al giudicato ne fa attività d'esecuzione e, nell'ottica ricostruttiva dell'A., giustifica la sottoposizione della stessa al giudice dell'ottemperanza.

[100] Non a caso, chi ritiene che tutte le questioni successive alla sentenza di annullamento debbano essere conosciute dal giudice dell'ottemperanza attribuisce a questo giudizio il compito di chiudere definitivamente la controversia tra cittadino e pubblica amministrazione. Cfr. F. Francario, *Inerzia e ottemperanza*, cit., 753, secondo cui l'atto propriamente esecutivo è soltanto quello legittimo: davanti a un simile atto il ricorrente "non potrebbe più lamentare fondatamente alcunché verso l'azione dei pubblici poteri: né la sussistenza di residue aree di adempimento, né un contrasto con il giudicato, né la illegittimità del provvedimento impugnato".

[101] Cons. Stato, ad. plen., 6 aprile 2017, n. 1; Cass., sez. un., 19 gennaio 2012, n. 736; 2 febbraio 2015, n. 1823; 31 marzo 2015, n. 6494.

[102] Così invece ritiene L. Ferrara, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione*, cit., 262 ss., sulla base di una particolare concezione della sentenza di cognizione: che, secondo l'A., esprime, o può esprimere, la condanna dell'amministrazione ad adottare un atto legittimo. Su questa tesi dovremo soffermarci in seguito, qui basta osservare che, salvo non porsi appunto nella prospettiva teorica delineata dall'A., la sostituzione del giudice dell'ottemperanza alla pubblica amministrazione oltre i confini tracciati dal giudicato pone neces-

giudicato formatosi sulla sentenza ottemperanda, […] con preclusione all'ingresso di aspetti cognitori non esaminati nel giudizio ordinario di cognizione definito con la sentenza ottemperanda"[103].

La funzione esecutiva del processo si riflette anche sulla configurazione del commissario *ad acta* nominato nell'ambito del giudizio di ottemperanza promosso a seguito dell'annullamento. Infatti, poiché il commissario è ausiliare del giudice dell'ottemperanza (art. 21 c.p.a.)[104], allora anche la sua attività non può essere che funzionalmente diretta all'esecuzione della senten-

sariamente il giudizio di ottemperanza fuori dall'ambito dell'esecuzione, come del resto lucidamente avvertito dalla dottrina che più convintamente si è fatta portatrice di questa soluzione (Nigro).

[103] Cons. Stato, ad. plen., 6 aprile 2017, n. 1. Diversamente M. Nigro, *Il giudicato amministrativo e il processo di ottemperanza*, cit., 1179 ss., 1187 ss., 1190, ritiene che spetta al giudice dell'ottemperanza, tra l'altro, di "identificare il vincolo gravante sui tratti di azione amministrativa non incisi direttamente dal giudicato", così concorrendo a "identificare la volontà concreta della legge o a formare la normativa del caso concreto".

[104] Per la ricostruzione della figura del commissario *ad acta* non quale organo straordinario di amministrazione attiva, bensì come organo ausiliario del giudice dell'ottemperanza, e per le relative implicazioni, v. per tutte, Cons. Stato, sez. VI, 15 settembre 2015, n. 4299.

Prima del codice la dottrina e la giurisprudenza dibattevano sulla natura del commissario, se si trattasse di ausiliare del giudice ovvero di organo sostitutivo della pubblica amministrazione; il rilievo pratico della discussione era notevole perché, a seconda della qualificazione del commissario, mutava il regime dei suoi atti e soprattutto il regime della tutela: in seno al giudizio di legittimità attraverso autonomo ricorso ovvero in seno al giudizio di ottemperanza con reclamo.

Sulla natura del commissario *ad acta* come ausiliare del giudice, prima del codice, tra gli altri, M. Nigro, *Il giudicato amministrativo e il processo di ottemperanza*, cit., 1187; M. Clarich, *L'effettività della tutela nell'esecuzione*, cit., 540 s.; B. Sassani, *Dal controllo del potere*, cit., 151 ss. Per la tesi dell'organo sostitutivo della pubblica amministrazione soprattutto G. Vacirca, *Riflessioni sulla natura giuridica del commissario giudiziale* ad acta, in *Foro amm.*, 1983, I, 379 ss. Cfr. altresì V. Caputi Jambrenghi, *Commissario* ad acta *e processo amministrativo*, in AA.VV., *Cosa giudicata e processo amministrativo*, cit., 11, che riconduce la figura del commissario alla funzione giustiziale dell'amministrazione, osservando che trattasi di "un organo amministrativo che opera in un caso e con un compito ben circoscritto per un fine di giustizia"; Id., *Commissario ad acta*, in *Enc. dir., Agg.* VI, Milano, 2002, 302.

A parere di chi scrive la prospettazione preferibile, in linea con quanto sostenuto nel testo circa le implicazioni della natura esecutiva del giudizio di ottemperanza, era quella secondo cui il commissario agisce come ausiliare del giudice quando mantiene la sua azione entro il confine dell'effetto conformativo della sentenza da ottemperare e come organo amministrativo quando eccede questo confine: in questo senso R. Villata, *Riflessioni in tema di giudizio di ottemperanza*, cit., 395 ss., il quale conseguentemente riteneva reclamabili davanti al giudice dell'ottemperanza gli atti del commissario riconducibili alla sua azione esecutiva e impugnabili in sede di legittimità tutti gli altri. In questo senso si era pronunciata anche Cass. civ., sez. un., 19 marzo 1999, n. 166 e sez. III, 18 giugno 2003, n. 9709.

za[105], esattamente come lo è quella del giudice che lo nomina (art. 114 comma 4 lett. *d*) c.p.a.) e che è competente a decidere su tutte le contestazioni sorte in relazione ai suoi atti (art. 114, comma 6, c.p.a.)[106].

L'attività del commissario deve trattenersi entro i confini segnati dalla regola conformativa espressa dalla sentenza di annullamento pronunciata in sede cognizione: per cui il commissario può procedere all'emanazione del provvedimento in sostituzione dell'amministrazione solo quando fosse il giudicato di annullamento a richiederlo[107]. Una attività che si ponga oltre questo limite, eventualmente definendo un rapporto lasciato aperto dalla sentenza da ottemperare, non può considerarsi funzionalmente diretta alla esecuzione della sentenza[108] ed è pertanto di dubbia compatibilità con la legislazione vigente che qualifica il commissario come ausiliare del giudice.

6. (segue) *Inidoneità del giudizio di ottemperanza a definire un rapporto non definito in sede di cognizione*

In conclusione, la natura esecutiva del giudizio di ottemperanza comporta una correlazione relativamente rigida tra l'estensione oggettiva dell'accertamento contenuto nella pronuncia rimasta ineseguita, i presupposti per l'avvio del giudizio di ottemperanza, lo svolgimento dello stesso e

[105] Il punto è chiarito da R. Villata, *Riflessioni in tema di giudizio di ottemperanza*, cit., 395, secondo cui il commissario nella veste di organo del giudice non ha alcun titolo a riconoscere alla parte "più di quanto il processo di cognizione abbia riconosciuto spettarle".

[106] Cfr. Cons. Stato, sez. III, 3 febbraio 2016, n. 432; sez.VI, 15 settembre 2015, n 4299, nonché T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. III, 2 novembre 2016, n. 2486. È significativo che il primo correttivo al codice del processo amministrativo (d.lgs. n. 195 del 2001) abbia modificato il comma 6, primo periodo, dell'art. 114 c.p.a., espungendo l'aggettivo "esatta" riferito all'ottemperanza: per effetto della elisione, il giudice dell'ottemperanza "conosce" oggi "di tutte le questioni relative all'ottemperanza". Come è stato osservato, "la *ratio* della modifica apportata può identificarsi nella intenzione di chiarire il superamento della teoria mista e di concentrare dinnanzi al giudice dell'ottemperanza ogni questione concernente gli atti commissariali, ancorché i vizi che vengano dedotti non si identifichino con i profili di contrasto rispetto alla pregressa statuizione giurisdizionale" cfr. T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 4 maggio 2017, n. 5335, Cons. Stato, Sez.VI, 14 febbraio 2012, n. 709.

L'ulteriore implicazione della configurazione del commissario quale ausiliare del giudice, tratta dalla giurisprudenza recente, è la soggezione dello stesso al regime della responsabilità civile dei magistrati per il risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie di cui alla l. 13 aprile 1988 n. 117: T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 4 maggio 2017, n. 5335.

[107] Cfr. Cons. Stato, ad. plen., 9 febbraio 2016, n. 2.

[108] R. Villata, *Riflessioni in tema di giudizio di ottemperanza*, cit., 395 ss. *Contra* B. Sassani, *Dal controllo del potere*, cit., 170 ss.

i poteri decisori[109]: la quale esclude che il potere amministrativo, preservato dall'annullamento, possa venire ad esaurimento per effetto dell'intervento del giudice dell'ottemperanza. Ciò – si ripete – non tanto perché vi si opponga una pretesa riserva di amministrazione oppure il principio della separazione dei poteri, quanto per la natura esecutiva del giudizio di ottemperanza che deriva dalla sua positiva configurazione[110].

[109] In questo ordine di idee R. Villata, *Riflessioni in tema di giudizio di ottemperanza*, cit., 374 ss., 378; anche P. Chirulli, *Tanto conformato quanto ottemperando*, cit., 138, secondo cui la regola conformativa espressa dal giudicato costituisce "il fondamento e al tempo stesso il limite dei poteri esercitabili dal giudice dell'esecuzione", per cui questo non potrà "definire ulteriori questioni che non rientrino fra quelle già disciplinate dal giudicato o che non siano ad esse necessariamente collegate"; E. Ferrari, *La decisione giurisdizionale amministrativa: sentenza di accertamento o sentenza costitutiva?*, in *Dir. proc. amm.*, 1988, 603; S. Vaccari, *Il giudicato nel nuovo diritto processuale amministrativo*, cit., 333 ss. Diversamente secondo C. Calabrò, *L'ottemperanza come "prosecuzione"*, cit., 174 ss., tra sentenza da ottemperare e attività successiva, eventualmente soggetta al giudizio di ottemperanza, vi sarebbe soltanto un nesso di coerenza e non di stretta conseguenzialità.

La necessaria correlazione tra limiti oggettivi del giudicato e giudizio di ottemperanza comporta che la sentenza di ottemperanza sia da ritenere in contrasto con il giudicato se attribuisce al ricorrente un'utilità ulteriore rispetto a quella riconosciuta come spettante in sede di cognizione. Su questo problema v. C. Deodato, *I possibili rimedi avverso la sentenza di ottemperanza contrastante con il giudicato*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2017, 4 ss., che qualifica in termini di nullità una simile sentenza e individua lo strumento processuale di tutela dell'amministrazione e del terzo nella revocazione per contrasto con una decisione precedente avente fra le parti autorità di cosa giudicata, ai sensi del combinato disposto degli artt. 106 c.p.a. e 395, n. 5, c.p.c.

[110] Si concorda perciò con R. Villata, *Riflessioni in tema di giudizio di ottemperanza*, cit., 378-380, per il quale la ricostruzione del giudizio di ottemperanza come processo costitutivo comporta i due seguenti corollari: "*a*) va escluso che tale processo abbia il compito indefettibile di costituire la prosecuzione del precedente giudizio, nel senso non di garantirne l'attuazione della decisione finale, ma di pervenire esso a una definitiva sistemazione degli interessi di parte, identificando completamente, si direbbe, nei tratti di legittimità e di merito, in che modo il potere debba essere esercitato nella specifica vicenda, pur se il ricorrente in origine abbia sollevato solo doglianze relative a vizi formali o procedimentali; compito del giudizio di ottemperanza è viceversa di tradurre in atto le statuizioni contenute nel giudicato, non di integrarlo con ulteriori, quasi che fosse lo strumento per la completa sostituzione (non soltanto *in executivis*) dell'Amministrazione nel singolo caso, indipendentemente dalle censure sollevate *ab origine* e dai limiti stessi della giurisdizione di legittimità; tra la decisione giudiziale e la successiva azione amministrativa intercorre non un generico rapporto di coerenza, sibbene un vincolo di ampiezza variabile sì ma per problemi inerenti ai limiti oggettivi del giudicato, che dà contenuto e sostanza all'obbligo di adempimento; *b*) la natura di merito attribuita dal legislatore al giudizio di ottemperanza si giustifica per la funzione sostitutiva dell'Amministrazione soccombente, non per la pretesa facoltà del giudice di valutare se in determinate ipotesi interessi pubblici preminenti consiglino – quantomeno – un'attenuazione dell'obbligo di esecuzione".

Questa conclusione corrisponde invero alla corrente interpretazione del giudizio di ottemperanza da parte della giurisprudenza: la cognizione, che il giudice amministrativo afferma di svolgere in questo giudizio[111], esiste effettivamente ma riguarda l'azione (o l'inazione) della parte pubblica a seguito del giudicato, di cui occorre verificare la conformità o difformità al giudicato. La cognizione, così intesa, è certamente necessaria nel giudizio di esecuzione ma evidentemente non è fonte di obblighi in capo all'amministrazione ulteriori rispetto a quelli derivanti dal giudicato[112].

Proprio per questa ragione, il giudice amministrativo, anche quando fa mostra di accogliere la malcerta nozione di giudicato a formazione progressiva, solitamente non addiviene in sede di ottemperanza a stabilire un assetto definitivo del rapporto attribuendo il bene della vita al ricorrente vittorioso in cognizione.

Accade così che il giudizio di ottemperanza, il più delle volte, si risolva nell'esplicitazione e nella reiterazione dell'ordine di ottemperare, dando luogo a quella che parte della dottrina non esita a definire una farsa[113]. Ma questa, se tale la si vuol definire, non dipende da un impiego poco accorto del giudizio di ottemperanza, cui il giudice correttamente assegna funzione esecutiva, quanto dalla sopravvivenza del potere amministrativo che solitamente non trova argine nella sentenza di cognizione.

Tale conclusione è confermata *a contrario* dal rilievo che il giudice dell'ottemperanza, quando ritiene di poter definire il rapporto, non lo fa sulla base di un supplemento di cognizione che si pone a completamento dell'ac-

Osserva esattamente S.Valaguzza, *Il giudicato amministrativo*, cit., 206, che "l'esecuzione di un giudicato di annullamento deve avvenire dando corso agli effetti (eliminatorio, ripristinatorio ed eventualmente conformativo) specifici che derivano dai motivi accolti nella sentenza che affermi le ragioni del ricorrente, al di fuori dei quali l'azione amministrativa può essere esercitata secondo gli ordinari canoni della discrezionalità; il che riguarda non tanto la regola del dedotto e del deducibile, ma il rapporto tra pronuncia di annullamento ed obblighi di esecuzione".

[111] Ad esempio Cons. stato, ad. plen., 15 gennaio 2013, n. 2.

[112] Per questi rilievi S.Valaguzza, *Il giudicato*, cit., 183-187, dove si osserva che la cognizione del giudice dell'ottemperanza nella maggior parte dei casi si risolve in "una verifica di compatibilità […] tra provvedimenti amministrativi successivi al giudicato (negativi rispetto all'interesse della parte vittoriosa nel merito) ed esame della sentenza da cui il giudicato (sostanziale) deriva".

[113] Cfr. la vicenda su cui si è pronunciata Cons. Stato, ad. plen., 9 giugno 2016, n. 11. Osserva in maniera condivisibile L. Ferrara, *Domanda giudiziale e potere amministrativo*, cit., 668, che "il giudizio di ottemperanza rischia, in concreto, di essere una farsa, grazie a quegli ordini ripetuti di ottemperare, che procrastinano all'infinito l'esecuzione". Su questo problema v. già R.Villata, *L'esecuzione*, cit., 338 ss.

certamento contenuto nella sentenza da eseguire, bensì sul rilievo che il giudicato ha riconosciuto la fondatezza della pretesa sostanziale esaurendo ogni margine di discrezionalità nel successivo esercizio del potere[114], o che l'amministrazione per qualche altra ragione ha esaurito il potere di negare al privato il provvedimento richiesto[115].

7. (segue) *Annullamento, condanna ad adempiere e definizione del rapporto*

Acquisito che di regola la sentenza di annullamento, anche integrata dal giudizio di ottemperanza, non esaurisce il potere amministrativo in ragione dei limiti strutturali della tutela costitutiva, occorre valutare se il potere possa essere esaurito nel processo amministrativo tramite la combinazione della tutela di annullamento con quella di condanna.

Si è già visto che l'accoglimento dell'azione di adempimento (ascrivibile al *genus* dell'azione di condanna), proposta unitamente all'azione di annullamento del provvedimento di diniego, determina per unanime convinzione l'estinzione del potere determinativo (ma non costitutivo) in capo all'amministrazione, la quale non può rifiutare l'atto richiesto dall'interessato.

[114] In questo caso "nasce *ex lege*, in capo all'amministrazione, un'obbligazione, il cui oggetto consiste nel concedere "in natura" il bene della vita di cui è stata riconosciuta la spettanza": Cons. Stato, ad. plen., 12 maggio 2017, n. 2.

[115] È interessante in questo senso un recente caso in cui il giudice dell'ottemperanza, dichiarando la nullità del diniego per violazione di un precedente giudicato di annullamento, si è effettivamente spinto sino ad assegnare al ricorrente il bene della vita richiesto: Cons. Stato, sez.VI, 11 gennaio 2016, n. 53. Ciò è stato possibile in ragione della dichiarata adesione da parte del giudice dell'ottemperanza all'orientamento giurisprudenziale secondo cui l'amministrazione, una volta annullato il primo diniego, ha l'onere "d'esaminare l'affare nella sua interezza, sollevando tutte le questioni rilevanti, dopo di ciò non potendo tornare a decidere sfavorevolmente neppure in relazione a profili ancora non esaminati". Il ragionamento del giudice dell'ottemperanza, nel caso di specie, è stato questo: se è vero che la p.a. ha l'obbligo dopo un giudicato di annullamento di esaminare la vicenda nella sua interezza non potendo in seguito tornare a decidere sfavorevolmente anche in relazione ai profili non ancora esaminati, "evidenti ragioni di ordine sistematico inducono a ritenere che sia a maggior ragione precluso all'amministrazione riprovvedere una terza volta sulla medesima fattispecie, laddove essa abbia già adottato provvedimenti negativi sempre dichiarati illegittimi in sede giurisdizionale e successivamente abbia riprovveduto in violazione ed elusione del primo giudicato (i.e. senza peritarsi di introdurre nella fattispecie nuovi elementi di diniego rispettosi del primo giudicato di annullamento)". Si tornerà sul significato dell'orientamento giurisprudenziale secondo cui l'amministrazione, annullati due dinieghi consecutivi ha l'obbligo di accogliere l'istanza del privato. In questa sede basta osservare che l'attribuzione al privato del bene finale da parte del giudice dell'ottemperanza è risultato che non viene raggiunto tramite un *surplus* di cognizione del rapporto ad integrazione dell'effetto conformativo dell'annullamento, bensì presupponendo l'avvenuto esaurimento del potere amministrativo.

Si tratta adesso di prendere in considerazione l'ipotesi che questo schema di tutela sia utilizzabile non soltanto quando l'azione amministrativa sia vincolata in astratto e in concreto (le sole ipotesi cui, almeno apparentemente, si riferisce l'art. 34, comma 1, lett. *c*), c.p.a., laddove prevede l'azione di adempimento), bensì anche quando il diniego illegittimo è espressione di un potere discrezionale.

Dal punto di vista strettamente normativo non ci sono ostacoli ad ammettere nel processo amministrativo l'azione (e quindi la sentenza) di condanna all'esercizio di poteri discrezionali[116]. È vero che il c.p.a. prevede l'azione di adempimento soltanto per la condanna al rilascio del provvedimento vincolato e che ciò potrebbe lasciare intendere che la scelta della legge sia di escludere i poteri discrezionali dall'area della condanna. L'argomento tuttavia non è conclusivo poiché la stessa legge processuale assegna carattere atipico alla azione (e, quindi, alla sentenza di) condanna (art. 30, comma 1)[117] e non vieta espressamente che la condanna abbia ad oggetto poteri discrezionali[118]. In sintesi, questo tipo di condanna non è espressamente previsto ma neppure vietato dalla legge, sicché potrebbe essere ammesso in ragione del principio della atipicità della relativa azione.

L'ostacolo è piuttosto di ordine logico concettuale e consiste nel fatto che la condanna presuppone l'esistenza di un obbligo rimasto inadempiuto da parte dell'amministrazione[119]. Tale obbligo, secondo la tesi oggi prevalente, sussiste soltanto quando l'attività amministrativa è vincolata e il rilascio del provvedimento è condizionato solo alla sussistenza dei presupposti stabiliti dalla norma: se quei presupposti sussistono, il cittadino ha diritto ad ottenere il provvedimento e l'amministrazione ha l'obbligo di adottarlo, per cui il diniego integra inadempimento. La previsione (art. 34, comma 1, lett. *c*), c.p.a.) dell'azione di condanna al rilascio dei provvedimenti vincolati (azione di adempimento) conferma che in questi casi esiste l'obbligo di provvedere favorevolmente.

Si possono individuare in dottrina due percorsi concettuali, tra loro di-

[116] L. Ferrara, *Domanda giudiziale e potere amministrativo*, cit., 641 s.; S. Vaccari, *Il giudicato nel nuovo diritto processuale amministrativo*, cit., 279; A. Carbone, *L'azione di condanna ad un* facere. *Riflessioni sul processo amministrativo fondato sulla pluralità delle azioni*, cit., 6.

[117] A. Carbone, *L'azione di adempimento*, cit., 187.

[118] L. Ferrara, *Domanda giudiziale e potere amministrativo*, cit., 642.

[119] Lo pone in rilievo M. Clarich, *Tipicità delle azioni*, cit., 576. Cfr. L. Ferrara, *Domanda giudiziale e potere amministrativo*, cit., 643; A. Carbone, *L'azione di adempimento*, cit., 227, secondo cui l'inammissibilità dell'azione di condanna in relazione a poteri discrezionali trova fondamento nell'esistenza di un'area di apprezzamenti che sono propri dell'agire amministrativo.

stanti, volti a superare il problema individuato e dunque ad ammettere l'azione di adempimento, o di condanna al *facere* consistente nell'emanazione del provvedimento, anche in relazione ai poteri discrezionali[120].

La prima soluzione interpretativa si basa su una particolare interpretazione dell'art. 34, comma 1, lett. *c*), c.p.a., secondo la quale sarebbe errato ritenere che tale disposizione limiti l'esperibilità dell'azione di adempimento ai rari casi in cui l'attività si presenta, al momento dell'impugnazione del diniego, vincolata in astratto (cioè dalla legge) o in concreto (in ragione dell'avanzamento del procedimento)[121].

Il significato della disposizione richiamata sarebbe piuttosto quello di richiedere la sussistenza di tali presupposti al momento della pronuncia giudiziale: infatti l'art. 34 comma 1, lett. *c*), dispone che "l'azione di condanna al rilascio di un provvedimento richiesto è esercitata nei limiti di cui all'art. 31, c. 3", limiti che questa seconda disposizione riferisce all'attività del giudice (e non a quella del ricorrente) statuendo che "il giudice può pronun-

[120] Si prescinde in questa sede dall'esaminare analiticamente le tesi, avanzate prima del codice del processo amministrativo, che facevano leva sull'istituto del risarcimento in forma specifica per ammettere un'azione di contenuto analogo all'azione di adempimento ma esperibile anche in presenza di atti discrezionali: in questo senso soprattutto L. Ferrara, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione*, cit., 172 ss., sulla base della Sua concezione dell'interesse legittimo come diritto di credito avente per oggetto la pretesa all'adozione di un provvedimento dalle caratteristiche predeterminate; cfr. altresì F. Trimarchi Banfi, *Tutela specifica e tutela risarcitoria*, Torino, 2001, 12; per la giurisdizione esclusiva, A. Police, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, II, cit., 125 ss., 227 ss.

Al fondo di queste prospettazioni vi era una forzatura dell'istituto del risarcimento del danno in forma specifica, il quale non rappresenta l'equivalente della condanna ad adempiere ma consiste in "una forma di reintegrazione dell'interesse del danneggiato mediante una prestazione *diversa* e succedanea rispetto al contenuto del rapporto obbligatorio", come tale da non confondersi "né con l'azione di adempimento (diretta ad ottenere la condanna del debitore all'adempimento dell'obbligazione) né con il diverso rimedio dell'esecuzione in forma specifica quale strumento per l'attuazione coercitiva del diritto": così Cons. Stato, sez. VI, 18 giugno 2002, n. 3338; A. Travi, *Tutela risarcitoria e giudice amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2001, 8 ss.; Id., *La reintegrazione in forma specifica nel processo amministrativo fra azione di adempimento e azione risarcitoria*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 222 ss.; A. Carbone, *L'azione di adempimento*, cit., 151 ss. Osserva I. Pagni, *Tutela specifica e tutela per equivalente. Situazioni soggettive e rimedi nelle dinamiche dell'impresa, del mercato, del rapporto di lavoro e dell'attività amministrativa*, Milano, 2004, 248, come il risarcimento del danno mediante reintegrazione in forma specifica *ex* art. 2058 cod. civ. "abbia, di per sé, al di là di una certa assonanza fonetica, ben poco a che vedere con la tutela in forma specifica".

[121] G. Greco, *Giudizio sull'atto, giudizio sul rapporto*, cit., 29 ss. In questo senso da ultimo anche A. Carbone, *L'azione di condanna ad un* facere. *Riflessioni sul processo amministrativo fondato sulla pluralità delle azioni*, cit., 43 ss., che prospetta altresì la possibilità di costruire l'intero processo amministrativo come processo di condanna.

ciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità".

Acquisito che l'esaurimento della discrezionalità può intervenire anche nel corso del giudizio, l'ulteriore passo del ragionamento è che nel processo amministrativo di condanna questa è una evenienza non soltanto possibile ma anche necessaria in considerazione dell'"onere (per le parti) di dedurre ogni possibile profilo di ragione, nonché in considerazione del principio di non contestazione e dei compiti di cui è investito il Giudice al fine di rendere "matura" la causa".

In altri termini "di fronte ad un'azione di adempimento, in cui il ricorrente […] chieda l'accertamento della fondatezza della pretesa, adducendo che non vi sono ragioni per impedire il conseguimento del bene della vita, quell'onere di dedurre ogni eventuale ulteriore motivo di diniego, che non sussiste in caso di azione di mero annullamento, diventa assolutamente attuale, in quanto attinente alla questione della fondatezza della pretesa, oggetto del giudizio"[122].

L'onere dell'amministrazione di dedurre in giudizio tutti i motivi ostativi all'accoglimento della domanda comporta che la discrezionalità si esaurisca sempre nel processo; per cui l'obbligo di provvedere in senso positivo al ricorrente, che è il presupposto della condanna, si forma dentro il processo se al termine del contraddittorio non emergono ragioni ostative: di conseguenza, a conclusione del dibattito processuale il giudice può ben adottare la sentenza di condanna all'adozione del provvedimento richiesto senza violare i limiti dell'art. 34, comma 1 lett *c*), c.p.a.

L'altra tesi volta ad ammettere la condanna anche in presenza di poteri discrezionali pone ad oggetto della condanna stessa non già il provvedimento favorevole richiesto (come nell'azione di adempimento), bensì l'esercizio legittimo del potere o, con espressione equivalente, l'appagamento del diritto soggettivo alla legittimità dell'atto[123].

La tesi in esame si basa su alcune premesse impegnative, riassumibili in questa sequenza: a) la giurisdizione amministrativa ha carattere soggettivo[124]; b) il carattere soggettivo della giurisdizione impone di concepire la domanda come affermazione in giudizio di una situazione giuridica soggettiva da parte del ricorrente[125]; c) esiste una identità tra oggetto della domanda ed

[122] G. Greco, *Giudizio sull'atto, giudizio sul rapporto*, cit., 29 ss.

[123] L. Ferrara, *Domanda giudiziale e potere amministrativo*, cit., 657 ss.

[124] L. Ferrara, *Domanda giudiziale e potere amministrativo*, cit., 634.

[125] L. Ferrara, *Domanda giudiziale e potere amministrativo*, cit., 634.
Per questa idea già M.S. Giannini, *La giustizia amministrativa - appunti delle lezioni*, Roma,

oggetto del giudizio, per cui questo è da identificare nella situazione giuridica dedotta con la domanda[126]; e) il giudicato si forma sull'accertamento della situazione fatta valere in giudizio, e non copre le ragioni e i modi dell'eventuale inadempimento[127]; f) la situazione giuridica in questione (che è al tempo stesso: oggetto della domanda, oggetto del giudizio, oggetto del giudicato) è l'interesse legittimo, che presenta la natura di un diritto di credito frontistante all'obbligo dell'amministrazione[128]; g) il fatto costitutivo

1964, 174 ss. *Contra* R. Villata, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, cit., 518 ss., e da ultimo S. Valaguzza, *Il giudicato amministrativo*, cit., 9 ss. la quale osserva che ciò che fa del processo amministrativo una giurisdizione soggettiva non è l'oggetto sostanziale, che si pretenderebbe di identificare nell'accertamento della situazione giuridica, bensì il fatto che si tratti di un processo di parti governato dal principio della domanda. L'A. ritiene, condivisibilmente, che "*oggetto* del processo e sue *finalità* esprimono due concetti differenti" (80).

[126] L. Ferrara, *Domanda giudiziale e potere amministrativo*, cit., 632 ss.

Così anche S. Valaguzza, *Il giudicato amministrativo*, cit., 61. La posizione contraria è ribadita da F.G. Scoca, *Osservazioni eccentriche*, cit., 852, secondo cui "l'oggetto del processo su interessi legittimi attiene strettamente al modo di esercizio del potere, dato che il pregiudizio sofferto dalla situazione giuridica soggettiva, di cui il cittadino chiede la tutela, si muta in violazione della stessa esclusivamente se il potere è stato esercitato in modo illegittimo. L'esercizio legittimo del potere, ove anche provochi effetti pregiudizievoli, non determina violazione delle contrapposte situazioni soggettive. In altri termini, la violazione della situazione soggettiva dedotta in giudizio non è legata semplicemente al contrasto con essa del comportamento del convenuto; dipende dal modo in cui il convenuto ha utilizzato la sua situazione soggettiva, il potere". Cfr. anche G. Verde, *Considerazioni inattuali su giudicato e potere del giudice*, cit., 32, secondo cui nel processo costitutivo l'accertamento di regola riguarda "una situazione di potere per il quale un soggetto è in grado di incidere nella sfera di autonomia di un altro soggetto".

[127] Che sono oggetto soltanto di un accertamento incidentale: L. Ferrara, *Domanda giudiziale e potere amministrativo*, cit., 657 s. Così A. Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2014, 62. Sul punto cfr. S. Valaguzza, *Il giudicato amministrativo*, cit., 64 s.

Contra una lunghissima tradizione giurisprudenziale, secondo cui la decisione acquista autorità di giudicato "sia circa l'accertamento dei fatti sia sulla idoneità loro a legittimare il provvedimento": così già Cons. Stato, sez. IV, 4 maggio 1906, in *Giur. it.*, 1906, III, c. 311 ss., con nota di F. Cammeo.

Nella dottrina processo civile cfr. S. Menchini, *I limiti oggettivi*, cit., 327 ss. e nota 68, secondo cui l'accertamento giudiziale nel caso dell'annullamento del licenziamento copre anche i motivi, cioè la soluzione dei giudizi di fatto o di diritto sui quali si regge la decisione. In questo senso, sia pure entro una diversa cornice ricostruttiva, A. Attardi, *In tema di limiti oggettivi alla cosa giudicata*, cit., 525 s., e da ultimo A. Motto, *Poteri sostanziali*, cit., 171-178, 576-579, con adesione alla teoria del motivo portante della decisione di Zeuner.

[128] L. Ferrara, *Domanda giudiziale e potere amministrativo*, cit., 643. V. le osservazioni critiche di S. Valaguzza, *Il giudicato amministrativo*, cit., 103, che però considera favorevolmente l'ipotesi che la situazione sostanziale (o meglio il "diritto al rilascio del provvedimento richiesto) sia oggetto del processo nei limitati casi in cui il ricorrente è ammesso a proporre l'azione di adempimento.

del diritto (interesse legittimo) e del frontistante obbligo si ricava dalle regole sostanziali che disciplinano l'attività amministrativa[129]; h) l'oggetto del diritto (interesse legittimo) è (per quanto qui interessa, cioè nell'attività discrezionale) l'attuazione della *chance* legale o, con altra espressione, lo scioglimento del privato dall'incertezza circa la spettanza del bene finale da eseguirsi attraverso un atto legittimo[130].

Da queste premesse si deduce coerentemente che: a) il giudicato non concerne i modi di riesercizio del potere bensì accerta incontrovertibilmente l'esistenza dell'interesse legittimo, esistenza che non può più essere messa in discussione perché opera la preclusione del dedotto e del deducibile[131]; b) la condanna ad adempiere riguarda la soddisfazione dell'interesse legittimo, cioè si tratta di condanna ad adottare un atto legittimo che sciolga il privato dall'incertezza giuridica circa la spettanza del bene finale[132]; c) qualsiasi atto illegittimo adottato dopo la condanna, riconosca o meno la spettanza del bene della vita, è da ritenere in contrasto con il giudicato e deve essere contestato davanti al giudice dell'ottemperanza[133]; d) sarà quest'ultimo a provvedere in sostituzione dell'amministrazione, decidendo circa la spettanza del bene della vita richiesto dal ricorrente[134].

La condanna così costruita è ammissibile anche nell'ambito della attività discrezionale e ad essa coerentemente non sopravvive il potere: dopo la condanna "rileva, e dunque sussiste, solo l'obbligo sottoposto a coercizione, perché l'esercizio del potere permane esclusivamente come strumento di attuazione di quell'obbligo"[135].

Bisogna inoltre tenere in considerazione che, nella logica di questa costruzione, l'obbligo rimasto inadempiuto dall'amministrazione, rispetto al

[129] L. Ferrara, *Domanda giudiziale e potere amministrativo*, cit., 645.

[130] L. Ferrara, *Domanda giudiziale e potere amministrativo*, cit., 646.

[131] L. Ferrara, *Domanda giudiziale e potere amministrativo*, cit., 657 s.

[132] L. Ferrara, *Domanda giudiziale e potere amministrativo*, cit., 659 s.

[133] L. Ferrara, *Domanda giudiziale e potere amministrativo*, cit., 659 ss.

L'introduzione dell'azione di condanna al *facere* nel processo amministrativo consentirebbe dunque di accogliere, per le ipotesi in cui tale azione sia stata vittoriosamente esperita, la tesi cui F. Francario, *Inerzia e ottemperanza*, cit., 746 ss., era pervenuto sulla base di considerazioni di sistema anche quando l'azione di annullamento era l'unica ammessa: ossia che l'atto da considerarsi esecutivo è soltanto quello che, oltre a rispettare le prescrizioni del giudicato, sia legittimo e opportuno, con la conseguente devoluzione al giudice dell'ottemperanza di tutte le questioni attinenti all'attività amministrativa successiva al giudicato di annullamento. Su questa linea, anche se con diversi argomenti, S. Pajno, *Il giudizio di ottemperanza come processo di esecuzione*, cit., 1651.

[134] L. Ferrara, *Domanda giudiziale e potere amministrativo*, cit., 660 ss.

[135] L. Ferrara, *Domanda giudiziale e potere amministrativo*, cit., 665.

quale il giudice pronuncia la condanna, ha ad oggetto l'adozione di un atto legittimo. Di conseguenza, ai fini dell'esecuzione della condanna è sufficiente che l'amministrazione adotti un atto legittimo: ciò che, indipendentemente dal contenuto dell'atto stesso, soddisfi il diritto del creditore (il privato) alla legittimità dell'azione amministrativa (violato con il primo atto).

8. (segue) *Discussione della tesi*

La logica stessa dell'azione di condanna, dando luogo a un giudicato che copre il dedotto e il deducibile, presuppone l'onere dell'amministrazione di dedurre in giudizio i fatti ostativi alla pretesa del ricorrente. Per questa ragione sembra cogliere nel segno la dottrina[136] secondo cui, al termine del contraddittorio processuale, non v'è potere che possa essere considerato discrezionale: o emergono in giudizio fatti ostativi, oppure il provvedimento favorevole è vincolato.

Tuttavia non sembra che questa argomentazione possa condurre ad una generalizzata ammissibilità dell'azione di adempimento a tutela degli interessi legittimi pretensivi. Ciò in quanto l'art. 34, comma 1, lett. *c*), richiede il carattere vincolato (in astratto o in concreto) dell'attività come presupposto di ammissibilità dell'azione, e non come elemento che deve sussistere al momento della decisione della causa[137].

È vero che l'art. 34, comma 1, lett. *c*), fa rinvio all'art. 31 comma 3, ai sensi del quale "il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità". Ma è altresì vero che l'art. 34, comma 1, lett. *c*), rinvia all'altra disposizione per definire i "limiti" nei quali "l'azione

[136] G. Greco, *Giudizio sull'atto, giudizio sul rapporto*, cit., 29 ss.

[137] La discrezionalità, cioè, deve essersi esaurita prima dell'avvio processo, come osserva da ultimo F.G. Scoca, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017, 418-420. Il che, tuttavia, non significa che all'amministrazione resistente sia vietata la deduzione in giudizio di fatti impeditivi della pretesa azionata ulteriori rispetto a quelli che risultano dalla motivazione del diniego, in quanto ciò non è (da intendere come) esercizio nel processo della discrezionalità bensì (come) attività difensiva tesa ad evitare l'adozione della sentenza di condanna (v. *infra*, cap. 4, sez. II).

Altra questione, veramente decisiva, è se la condizione di ammissibilità dell'azione di adempimento ai sensi dell'art. 34, comma 1, lett. *c*), c.p.a., sia l'effettiva e materiale spendita della discrezionalità nel procedimento (un dato storico, cioè, come ritiene F.G. Scoca, *L'interesse legittimo*, cit., 418, quando afferma che il giudizio di condanna presuppone che la decisione di merito sia interamente definita), ovvero la (sopravvenuta) impossibilità giuridica di esercitarla. Per la seconda lettura v. *infra*, cap. 4, sez. II.

di condanna al rilascio di un provvedimento è esercitata". È naturale dunque ritenere che il requisito dell'attività vincolata (in astratto o in concreto) sia richiesto ai fini della proponibilità dell'azione.

Per questa interpretazione milita altresì il fatto che la legge giustapponga l'attività vincolata in astratto a quella vincolata in concreto: se il vincolo rilevante fosse quello che sorge al termine del contraddittorio processuale, la distinzione non avrebbe senso perché si tratterebbe sempre di un vincolo in concreto.

L'altra tesi esposta, invece, non può essere accolta in ragione del peculiare presupposto di diritto sostanziale da cui si diparte; di questo pertanto si dirà, prescindendo da una discussione delle ulteriori premesse che, sebbene molto stimolante, ci porterebbe lontano dagli obiettivi del presente studio.

Il presupposto in questione è che l'adozione da parte dell'amministrazione di un atto illegittimo rilevi sempre e comunque come violazione di un obbligo: l'obbligo di adottare l'atto legittimo.

La sussistenza di un simile obbligo non può essere desunta dalle norme del codice del processo amministrativo che prevedono l'azione atipica di condanna, in quanto esse come si è visto non impediscono di ritenere ammissibile l'azione di condanna all'adozione del provvedimento discrezionale, ma neppure lo impongono[138].

Sul piano generale, poi, il contrasto di un comportamento programmatico o atto precettivo (quale è il provvedimento amministrativo) con le norme che ne regolano la formazione non determina la violazione di un obbligo (nella specie, dell'obbligo di provvedere legittimamente), bensì l'invalidità dell'atto medesimo.

I due profili non possono essere sovrapposti: altro sono le norme primarie, le quali distribuiscono diritti e obblighi suscettibili di adempimento e violazione tramite comportamenti materiali o meri atti; altro sono le norme secondarie, le quali pongono condizioni di validità e qualificano i comportamenti programmatici o atti precettivi ad essi sottoposti nei termini appunto della validità e dell'invalidità, dando luogo a reazioni dell'ordinamento sul piano dell'efficacia di questi atti.

Non è irragionevole ritenere che le regole sulla validità del provvedimento vengono in rilievo anche come vincoli a carico dell'azione amministrativa intesa come comportamento materiale: in questa prospettiva si può ritenere che esse creino un rapporto giuridico scandito da obblighi a carico dell'amministrazione e corrispondenti diritti in capo al cittadino, suscettibili di adempimento e inadempimento e quindi, ricorrendone i presupposti,

[138] Così, invece, L. Ferrara, *Domanda giudiziale e potere amministrativo*, cit., 643 s.

generatori di responsabilità[139]. Ma codeste qualificazioni giuridiche possono assumere un significato concreto sul piano dell'illecito, e dunque della responsabilità, e non possono invece essere trascinate sul terreno del potere e del comportamento precettivo, rispetto al quale non è immaginabile inadempimento e condanna ma soltanto validità, invalidità e reazione in termini di inefficacia dell'atto[140].

Per queste ragioni non si può convenire con l'affermazione che l'adozione di un atto illegittimo da parte dell'amministrazione viene in rilievo come inadempimento (all'obbligo di adottare un atto legittimo)[141]. E così

[139] A. Romano Tassone, *Giudice amministrativo e interesse legittimo*, in *Dir. amm*., 2006, 291-296; G.D. Comporti, *Torto e contratto nella responsabilità civile delle pubbliche amministrazioni*, Torino, 2003, 56 s.: le norme che regolano il procedimento "per un verso pongono a carico dell'autorità procedente un vero e proprio obbligo di «presa in considerazione» degli interessi coinvolti, per altro verso – e in misura corrispettiva – configurano in capo ai rispettivi titolari «una sorta di diritto all'incolumità personale e patrimoniale», che costituisce la sintesi di una serie nutrita ed articolata di più puntuali diritti procedimentali: quello alla comunicazione di avvio del procedimento, alla presentazione di memorie e documenti ed al loro esame da parte dell'amministrazione, all'accesso agli atti del procedimento ed ai documenti amministrativi in generale, al non aggravamento degli adempimenti istruttori ed alla collaborazione tra le parti nella acquisizione dei relativi dati, alla motivazione della decisione finale, ad una risposta certa e tempestiva, ad un rapporto funzionalmente unitario con le amministrazioni competenti a provvedere, alla stabilità della disciplina procedimentale"; v. altresì M. Trimarchi, *Responsabilità della p.a. per lesione di interessi "pretensivi" e vizi formali*, in *Foro amm. C.D.S.*, 2009, 162 s.; Id., *L'art. 41 della Carta europea dei diritti fondamentali*, cit., 557 ss., dove si sostiene la tesi che le regole dell'attività hanno un doppio rilievo giuridico: sotto un primo aspetto, si riferiscono all'amministrazione come soggetto dell'ordinamento, soggetto tra i soggetti, e pongono obblighi in capo ad essa, così disciplinando i conflitti tra la sua sfera soggettiva e quella degli amministrati (non diversamente dalle norme che attribuiscono il potere alla p.a.); sotto un secondo aspetto, svolgono la funzione di regolare il processo di produzione giuridica. La doppia qualificazione delle norme regolatrici dell'azione amministrativa è legata biunivocamente alla doppia natura del procedimento, che per un verso è "forma della funzione", e per altro verso "forma del rapporto giuridico tra amministrazione pubblica e soggetto privato": cfr. W. Gasparri, *Violazione delle regole formali tra invalidità degli atti e responsabilità risarcitoria. Una comparazione*, in *Dir. pubbl.*, 2007, 722 s., che efficacemente distingue tra "schema del potere" e "schema del rapporto". Cfr. altresì E. Zampetti, *Contributo allo studio del comportamento amministrativo*, Torino, 2012, 226 s.

[140] P. Virga, *Illiceità e illegittimità: rapporti tra giurisdizione penale e giurisdizione amministrativa*, in AA.VV., *Studi in onore di F. Benvenuti*, Modena, 1986, IV, 1735 ss.; R. Villata - M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 380.

[141] Affermare che l'amministrazione ha l'obbligo di adottare il provvedimento legittimo porta coerentemente a concepire l'interesse legittimo come diritto alla legittimità del provvedimento o dell'azione amministrativa (per tutti, A. Orsi Battaglini, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa"(Sonntagsgedanken)*, Milano, 2005, 160 ss., 169; C. Marzuoli, *Diritti e interessi legittimi: due categorie in cerca di identità*, in *Quest. Giustizia*, 2009, 43 ss.) o come diritto del privato allo scioglimento dell'incertezza circa la spettanza

viene meno il presupposto concettuale di diritto sostanziale sulla cui base è generalizzata l'ammissibilità dell'azione di condanna.

A margine di ciò, va anche osservato che la tesi in discussione finisce per dar luogo ad una sorta di paradosso: dal punto di vista formale, l'amministrazione dopo la condanna non ha più il potere ma soltanto l'obbligo di eseguire il provvedimento del giudice; dal punto di vista sostanziale, l'attuazione della condanna è una attività più libera di quanto lo sia, secondo la prospettazione tradizionale, l'esercizio del potere a seguito dell'effetto conformativo. Ciò in quanto il giudicato non statuisce sui modi di riesercizio

del bene della vita tramite un provvedimento legittimo (L. Ferrara, *Domanda giudiziale e potere amministrativo*, cit., 643).

Non è questa la sede per inoltrarsi nel dibattito sull'interesse legittimo e tantomeno per abbozzarne una definizione. Basti dire, però, che la concezione dello stesso come diritto alla legittimità non pare poter essere accolta per le ragioni da ultimo indicate da G. Greco, *Potere e situazioni giuridiche soggettive*, in *Dir. pubbl.*, 2016, supplemento, 100 ss., il quale osserva che alla stregua di questa impostazione "dovrebbe considerarsi soddisfatto colui che pur subisce un sacrificio e una limitazione della propria sfera giuridica, sol perché tale sacrificio e limitazione siano operati da un atto perfettamente legittimo (il che pare di per sé bizzarro). Ma ancor più bizzarra è la ulteriore implicazione che dovrebbe considerarsi insoddisfatto il soggetto che, pur avendo acquisito o conservato il bene della vita, abbia raggiunto tale risultato attraverso un atto illegittimo, perché inficiato da vizi formali o procedimentali. Ritenere in tal caso che vi sia lesione della propria situazione giuridica soggettiva, anziché eventualmente quella di un terzo controinteressato, appare paradossale". L'A. richiama inoltre, quali ulteriori argomenti che impediscono di individuare nella legittimità dell'azione amministrativa l'oggetto della pretesa del privato: il ridimensionamento del rilievo dei vizi formali e procedimentali determinato dall'art. 21-*octies*, comma 2, l. n. 241/1990; la risarcibilità dell'interesse legittimo, come riconosciuta originariamente dalla sentenza n. 500/1999 e incentrata sull'interesse al bene della vita; l'azione di adempimento introdotta nel processo amministrativo, anch'essa strumento di tutela dell'interesse finale. Una netta presa di posizione a favore dell'interesse legittimo come interesse finale, avente ad oggetto il bene della vita e non la legittimità dell'azione amministrativa, è in Cass. civ., sez. un., ordinanza 4 settembre 2015, n. 17586.

Si veda altresì, entro una diversa prospettiva teorica F.G. Scoca, *L'interesse legittimo*, cit., 266-271, secondo cui "che la tutela del privato sia limitata alla (verifica della) legittimità dell'azione (o inazione) dell'amministrazione è senz'altro vero sul piano del processo, ma è opinione riduttiva sul piano sostanziale: con riferimento al procedimento, dove le "facoltà" del privato di influenzare le scelte di (puro) merito è pienamente riconosciuta e garantita". Nell'impostazione dell'A., l'interesse legittimo è l'interesse al provvedimento favorevole in vista della conservazione o dell'acquisto di un bene della vita (concezione strumentale), mentre nell'impostazione di Greco l'oggetto dell'interesse legittimo è direttamente l'interesse al bene della vita. La differenza tra le due tesi (l'interesse legittimo come situazione strumentale o finale) è discussa da F.G. Scoca, *L'interesse legittimo*, cit., 410 ss., e già da A. Romano Tassone, *Situazioni giuridiche soggettive (Diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, Agg. II, 1998, 966 ss.; L. Benvenuti, *Dell'autorità e del consenso*, in Id., *Diritto e amministrazione*, Torino, 2011, 129 ss.

del potere ma condanna l'amministrazione a provvedere legittimamente: dire che l'atto esecutivo è solo quello legittimo significa anche che qualsiasi atto legittimo è esecutivo.

9. (segue) *Inidoneità della condanna a definire il rapporto in presenza di poteri discrezionali*

L'impossibilità di accogliere le prospettazioni esaminate induce a ritenere che, nei casi di attività discrezionale, l'azione di condanna atipica proponibile congiuntamente all'azione di annullamento "è destinata ad ottenere che il giudice espliciti nel dispositivo il contenuto ordinatorio del c.d. "effetto conformativo""[142].

Questa prospettazione ha alcune importanti implicazioni d'ordine processuale. Innanzitutto, la qualificazione dell'effetto conformativo come dispositivo di condanna comporta che la regola conformativa rientri nel dispositivo della sentenza e non vada più ricavata in via interpretativa dalla motivazione. Inoltre, la scelta se esplicitare o meno la regola conformativa viene sottratta alla disponibilità del giudice: questi, se accoglie la domanda, è vincolato dal principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato ad esplicitare la regola conformativa nel dispositivo della sentenza.

Fatte salve queste importanti implicazioni, l'azione così costruita dà luogo a una preclusione di estensione identica a quella indotta dall'effetto conformativo dell'annullamento[143]: per cui, mentre l'azione di adempimento è idonea ad esaurire il potere amministrativo, lo stesso non può dirsi con riguardo alla sentenza di condanna se il potere è discrezionale. L'amministrazione potrà legittimamente reiterare il diniego, alla sola condizione che vi ponga a fondamento ragioni diverse da quelle giudicate illegittime dalla prima sentenza.

In conclusione, l'accoglimento dell'azione di condanna, proposta contestualmente all'azione di annullamento del diniego, esaurisce il potere amministrativo soltanto se l'attività ha carattere vincolato (in astratto o in concreto) e dunque assume le vesti dell'azione di adempimento tipica. Un analogo effetto non produce la condanna riferita all'esercizio di poteri discrezionali perché questa, stante i limiti nei quali è ammissibile, non crea una

[142] A. Romano Tassone, *Sulla disponibilità dell'ordine di esame dei motivi di ricorso*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 814; F. Luciani, *Processo amministrativo e disciplina delle azioni: vecchi problemi e qualche lacuna nella tutela dell'interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 523.

[143] In questo senso anche P. Cerbo, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo ed i suoi confini*, cit., 41 s.

preclusione superiore a quella derivante dall'effetto conformativo della sentenza di annullamento[144].

10. *Osservazioni di sintesi*

La discussione delle teorie che attribuiscono al processo amministrativo la funzione di stabilire l'assetto definitivo del rapporto controverso tra amministrazione e cittadino ha indotto a riconoscere la maggiore solidità della prospettazione tradizionale, secondo cui l'amministrazione dopo il processo può nuovamente esercitare il proprio potere e modificare il rapporto.

L'annullamento determina una preclusione rispetto al successivo esercizio del potere ma, in ragione della struttura stessa della tutela costitutiva, l'estensione di questa preclusione è commisurata al motivo di ricorso accolto. L'amministrazione, dunque, non si pone in contrasto con il giudicato se reitera il provvedimento annullato emendandolo del vizio riscontrato e, se si tratta di vizio sostanziale, adducendo nuovi fatti costitutivi a sostegno della decisione in precedenza annullata[145]. Soltanto in casi eccezionali l'annullamento esclude la riedizione del potere.

La natura esecutiva del giudizio di ottemperanza comporta che neppure esso possa pervenire alla determinazione definitiva dell'assetto del rapporto, se la sentenza di cognizione l'aveva rimessa al potere amministrativo.

L'esaurimento del potere (sebbene soltanto di quello determinante l'assetto degli interessi, non anche di quello costituivo degli effetti) consegue invece all'accoglimento dell'azione di adempimento, proponibile contestualmente all'azione di annullamento dell'atto di diniego. Ma tale forma di condanna, nonostante gli sforzi della dottrina, non sembra ad oggi ammissibile a fronte di poteri ampliativi discrezionali.

[144] La possibilità di concepire l'effetto conformativo come statuizione di condanna era già stata espressa da G. Miele, *Note sull'ammissibilità di decisioni di condanna da parte del giudice amministrativo*, in AA.VV., *Problemi del processo amministrativo (Atti del IX Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna, 19-22 settembre 1963)*, Milano, 1964, 517 ss.; nonché da M. Nigro, *Il giudicato amministrativo*, cit., 1163, che però segnala l'esigenza di accogliere una nozione di condanna in senso ampio, dal momento che "se per sentenza di condanna s'intende la pronuncia che costituisce la (o è strettamente collegata alla) possibilità di esecuzione forzata nelle forme disciplinate dal III libro c.p.c., la sentenza amministrativa non è certo una sentenza di condanna". V. anche P. Cerbo, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo ed i suoi confini*, cit., 41.

[145] Cfr. in questo senso S. Valaguzza, *Il giudicato amministrativo*, cit., 109 ss.; F. Francario, *La sentenza: tipologia e ottemperanza nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm*, 2016, 1025 ss.; G. Tropea, *Motivazione del provvedimento e giudizio sul rapporto*, in *Dir. proc. amm*., 2017, 1291 s.

Sezione III. Inesauribilità del potere e inerzia

1. *La distinzione tra termine di adempimento dell'obbligo di rispondere e termine di esercizio del potere*

La possibilità di esercitare il potere in ogni tempo senza che l'inerzia dell'amministrazione lo consumi è, tra le manifestazioni dell'inesauribilità del potere, quella di cui tradizionalmente la dottrina ha meno avvertito la consistenza problematica.

Il principale modello ricostruttivo proposto in alternativa alla opinione dominante, che qualifica i termini per provvedere quali termini ordinatori salvo che a questa qualificazione non sia posta una deroga dalla legge, assume come modelli interpretativi di riferimento del termine di conclusione del procedimento le categorie del diritto civile, in luogo appunto della distinzione processualistica tra termini perentori e ordinatori[146].

Si sostiene, in particolare, che il termine per l'adozione dell'atto sia riconducibile, nei procedimenti ad istanza di parte, al termine previsto dalle parti per l'esecuzione delle obbligazioni e, nei procedimenti d'ufficio, al termine di esercizio delle situazioni potestative.

Nei procedimenti ad impulso di parte sorge, a seguito della presentazione dell'istanza, un rapporto obbligatorio tra privato e amministrazione strutturalmente identico a quello che intercorre rispettivamente tra creditore e debitore nei rapporti interprivati[147]: "sotto il profilo strutturale, infatti, in entrambe le fattispecie vi è una pretesa in capo al soggetto attivo del rapporto (creditore o istante) nei confronti del soggetto passivo (debitore o pubblica amministrazione competente a emanare l'atto) che ha per oggetto una particolare prestazione (per esempio, pagamento di una somma di danaro o consegna di un bene, da un lato, emanazione di un provvedimento amministrativo sia esso di accoglimento o di rigetto dell'istanza, dall'altro)"[148].

Nelle due fattispecie si pone un identico problema di adempimento, inadempimento o ritardo, in quanto l'emanazione del provvedimento costi-

[146] M. Clarich, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, cit., 22 ss., *passim*.

[147] M. Clarich, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, cit., 31.

[148] M. Clarich, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, cit., 32. Analogamente F. Gaffuri, *Il rapporto procedimentale*, Milano, 2013, 178; D. Vese, *Termine del procedimento e analisi economica*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2017, 795 ss., 800. *Contra* F. Ledda, *Il rifiuto*, cit., 78, il quale esclude che l'atto negativo possa essere ritenuto come mero adempimento dell'obbligo di pronuncia in quanto oggetto dell'aspettativa del cittadino "non è una semplice pronuncia ma un provvedimento positivo favorevole" e, da ultimo, S. Vernile, *Il provvedimento amministrativo in forma semplificata*, Napoli, 2017, 102 ss.

tuisce "una forma particolare di adempimento dell'obbligo di provvedere che sorge in capo all'amministrazione in seguito alla presentazione dell'istanza da parte del privato"[149].

Tra le due ipotesi intercorre però una differenza, attinente alla funzione del termine per eseguire la prestazione. Quando le parti di un contratto individuano un termine per l'adempimento, la previsione opera a favore del debitore in deroga alla regola generale secondo cui il creditore può esigere immediatamente la prestazione[150]. In diritto amministrativo, invece, la regola generale è che il debitore (l'amministrazione) può decidere discrezionalmente quando adempiere (discrezionalità nel *quando*)[151]. Per cui, quando la legge fissa un termine per la conclusione del procedimento amministrativo, si deve ritenere che "esso abbia la funzione di tutela del privato che ha presentato l'istanza, nel senso che la pubblica amministrazione non deve emanare il provvedimento dopo la scadenza del termine"[152].

Trattandosi di un termine posto a tutela del privato che ha presentato l'istanza, l'inadempimento non comporta il venir meno dell'obbligo di adempiere[153] tranne che il privato stesso ritiri l'istanza[154], anche se può generare la responsabilità dell'amministrazione per gli eventuali danni derivanti dal ritardato adempimento dell'obbligo di provvedere[155].

Di conseguenza, nei procedimenti amministrativi a istanza di parte vige il principio della inesauribilità del potere, il quale trova "una perfetta corrispondenza nella regola del perpetuarsi in capo al debitore del dovere di adempiere anche quando, scaduto il termine o a causa di altro fatto o comportamento del debitore, si sia in presenza di un inadempimento"[156].

Nei procedimenti d'ufficio, che si concludono con provvedimenti re-

[149] M. Clarich, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, cit., 22.

[150] M. Clarich, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, cit., 36 s.

[151] M. Clarich, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, cit., 34.

[152] M. Clarich, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, cit., 37.

[153] In realtà questa sembra essere una conseguenza del carattere non essenziale del termine previsto per la prestazione: essenziale, infatti, è il termine trascorso il quale viene meno l'interesse del creditore all'adempimento specifico e il contratto si risolve (art. 1457 c.c.). Del resto, non sembra che il termine previsto dall'art. 2 l. n. 241/1990 nei procedimenti amministrativi a istanza di parte sia qualificabile, alla stregua delle categorie civilistiche, come un termine posto a tutela del creditore: tale è infatti il termine prima del quale il debitore non ha il potere di eseguire la prestazione (cfr. C.M. Bianca, *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, Milano, 1993, 219), mentre la p.a. può adottare il provvedimento prima della scadenza del termine.

[154] M. Clarich, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, cit., 41.

[155] M. Clarich, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, cit., 172.

[156] M. Clarich, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, cit., 39.

strittivi, il rapporto giuridico intercorre invece tra potere e interesse legittimo (oppositivo) e non assume la struttura del rapporto obbligatorio perché non vi è una pretesa del privato all'adozione del provvedimento. Non si pone una questione di adempimento (e quindi di tempo dell'adempimento), ed è pertanto da escludere che il termine attenga all'esecuzione dell'obbligo di provvedere (che neppure sussiste).

Il termine qui "si inserisce nella dinamica dei rapporti intersoggettivi tra pubblica amministrazione e cittadino" con "la funzione di tutelare la posizione di quest'ultimo, circoscrivendo entro limiti temporali predeterminati la possibilità da parte della pubblica amministrazione di emanare un provvedimento che incide negativamente nella sfera giuridica di un soggetto che è posto in una posizione di soggezione e che è titolare di un interesse legittimo di tipo oppositivo"[157]. La previsione del termine comporta il sorgere in capo al cittadino di "una pretesa avente per oggetto la garanzia di integrità della propria sfera giuridica, una volta decorso il termine per l'esercizio del potere senza che l'amministrazione abbia emanato il provvedimento"[158].

Il termine nei procedimenti d'ufficio è allora assimilabile a quello che il codice civile prevede per l'esercizio dei diritti potestativi, che consentono al titolare di determinare in via unilaterale un mutamento della situazione giuridica soggettiva altrui. Ciò in quanto la situazione potestativa di cui è titolare l'amministrazione presenta una struttura analoga ai diritti potestativi privati. E anche perché, come in diritto amministrativo il termine è posto dalla legge per tutelare il soggetto che versa in una situazione di soggezione[159], così nei rapporti sostanziali di diritto privato esso ha la funzione di delimitare il potere di un soggetto di incidere sulla sfera giuridica di un altro (decadenza), oppure di adeguare lo stato di diritto a uno stato di fatto costi-

[157] M. Clarich, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, cit., 53.

[158] M. Clarich, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, cit., 125. Adesivamente, da ultimo, D. Vese, *Termine del procedimento e analisi economica*, cit., 800.

[159] M. Clarich, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, cit., 43, si può trattare di diritti potestativi ad esercizio extragiudiziale, come ad esempio il diritto di riscatto nel contratto di compravendita (che può essere esercitato nel termine di due anni, se si tratta di beni mobili, o di cinque anni, se si tratta di immobili), ovvero di diritti potestativi a necessario esercizio giudiziale, come ad esempio l'annullamento o la rescissione di un contratto, in relazione ai quali l'effetto costitutivo richiede un previo accertamento giurisdizionale dei fatti costitutivi del diritto stesso (ad esempio, annullamento o rescissione di un contratto).

Il termine, secondo l'A, ha carattere decadenziale e non prescrizionale, atteso che "mentre la prescrizione determina l'estinzione di un diritto, la decadenza determina l'impossibilità di esercitare nel singolo caso un potere che, di per sé, in quanto estrinsecazione immediata e diretta della capacità giuridica, è inesauribile e persistente" (45).

tuito dall'inerzia del titolare del diritto (prescrizione), senza che vi sia spazio per termini di tipo ordinatorio "intesi come termini il cui decorso non comporta l'estinzione del potere"[160].

Da questo accostamento vien fatto derivare che nei procedimenti d'ufficio opera la regola che trova applicazione in relazione alle situazioni potestative di diritto privato, per cui "l'atto di esercizio del potere emanato fuori termine non è idoneo a produrre nella sfera giuridica del soggetto passivo del rapporto il mutamento giuridico tipizzato dalla norma attributiva del potere"[161].

Nei procedimenti d'ufficio non trova dunque giustificazione il principio tradizionale del diritto amministrativo secondo cui il decorso del termine non estingue di regola il potere della pubblica amministrazione. "Il principio dell'inesauribilità del potere amministrativo, che nei procedimenti a istanza di parte trova una perfetta corrispondenza nella regola del perpetuarsi in capo al debitore del dovere di eseguire la prestazione anche dopo la scadenza del termine, riferito ai procedimenti d'ufficio appare privo di una giustificazione razionale, coerente con la struttura e la dinamica delle situazioni giuridiche potestative"[162].

2. (segue) *Discussione della tesi*

La proposta ricostruttiva esposta è di particolare interesse nell'ottica della discussione critica all'inesauribilità del potere perché, pur essendo stata sviluppata con riferimento al termine di conclusione del procedimento previsto dall'art. 2, l. n. 241/1990, colloca tale termine al di fuori della stretta logica del procedimento e dunque fornisce una chiave di interpretazione di carattere generale astrattamente utilizzabile in relazione a tutte le previsioni che stabiliscono termini per l'adozione di provvedimenti amministrativi. Essa, in particolare, consentirebbe di formulare la conclusione generale che i poteri ampliativi sono inesauribili, mentre quelli restrittivi si estinguono con il decorso infruttuoso del termine per provvedere.

Nondimeno vi sono ragioni che non consentono di accogliere la tesi esposta sia nell'ambito dei procedimenti ad istanza di parte sia nell'ambito dei procedimenti ad avvio d'ufficio.

Innanzitutto, se si accoglie l'idea che le norme sul procedimento creano un rapporto di carattere obbligatorio tra l'amministrazione e il cittadino (al

[160] M. Clarich, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, cit., 49.
[161] M. Clarich, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, cit., 47.
[162] M. Clarich, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, cit., 53.

quale restano comunque esterne la pretesa al bene finale e il potere discrezionale, e dunque la sequenza interesse legittimo – potere discrezionale, che si inscrive tutt'al più in un altro rapporto)[163], allora non sembra possibile ritenere che il diritto ad ottenere il provvedimento espresso entro un determinato termine (e il correlativo obbligo dell'amministrazione) sussista soltanto nei procedimenti ad istanza di parte.

Assunta la logica del rapporto, infatti, parrebbe coerente ritenere che l'art. 2, l. n. 241/1990, nei procedimenti ad istanza di parte riconosce al cittadino il diritto ad ottenere un provvedimento entro il termine (quale che sia il contenuto della decisione) e, nei procedimenti d'ufficio, il diritto ad essere liberato entro un tempo definito dall'incertezza giuridica derivante dal possibile esercizio di un potere limitativo da parte dell'amministrazione[164]. In altre parole: se l'art. 2 è fonte di una obbligazione, per ogni aspetto riconducibile a quella di diritto civile, allora non v'è ragione per negare che il diritto e l'obbligo sussistano anche nei procedimenti d'ufficio.

Proseguendo il ragionamento bisognerebbe riconoscere che un problema di adempimento e inadempimento rispetto all'obbligazione principale (l'adozione del provvedimento entro il termine) si pone in modo identico nei procedimenti ad istanza di parte e d'ufficio. Il che al fine imporrebbe la contraddittoria conclusione di ammettere l'adempimento tardivo anche nei secondi, così trovando conferma la tesi che l'inerzia dell'amministrazione non ne esaurisce il potere[165].

Venendo poi ai procedimenti officiosi, nei quali il decorso infruttuoso del termine estinguerebbe il potere, va subito rilevato che in essi talora trovano esplicazioni poteri di contenuto ampliativo: con la conseguenza che non sempre sussistono quelle esigenze di tutela del privato cui si connette la logica decadenziale. Ma questo rilievo non smentisce sul piano generale la validità del modello proposto; semmai ne circoscrive la capacità euristica.

Il punto critico è allora l'assimilazione del potere amministrativo ai di-

[163] Cfr. A. Romano Tassone, *Situazioni giuridiche soggettive*, cit., 985; M. Renna, *Obblighi procedimentali e responsabilità dell'amministrazione*, cit., 566 s.; A. Scognamiglio, *Il diritto di difesa nel procedimento amministrativo*, Milano, 110, 240 ss. Per una più ampia discussione di questo indirizzo dottrinale in chiave adesiva, nonché per ulteriori riferimenti bibliografici sul tema, sia consentito il rinvio a M. Trimarchi, *La validità del provvedimento amministrativo*, cit., 238-241, nonché *L'art. 41 della Carta europea dei diritti fondamentali*, cit., 550 ss. Di diverso avviso S. Vernile, *Il provvedimento in forma semplificata*, cit., 95 ss.

[164] Lo stesso M. Clarich, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, cit., 125, del resto, riconosce che nei procedimenti d'ufficio la previsione del termine fa sorgere nell'interessato "una pretesa avente per oggetto la garanzia di integrità della propria sfera giuridica".

[165] Cfr. L. Ferrara, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione*, cit., 190 s.

ritti potestativi di diritto privato per il cui esercizio è previsto un termine: assimilazione dalla quale si vorrebbe desumere che, come il decorso infruttuoso del termine impedisce al privato di esercitare il diritto potestativo e comporta la nullità dell'atto tardivo, così il decorso infruttuoso del termine per concludere il procedimento d'ufficio determina (o dovrebbe determinare) la decadenza dell'amministrazione dal relativo potere con la conseguente nullità del provvedimento tardivo[166].

L'ipotetica identità strutturale riscontrabile tra il diritto potestativo privato e il potere amministrativo restrittivo riguarda il meccanismo di produzione degli effetti, che si producono unilateralmente, e non consente di individuare analogie sul versante del regime giuridico delle due situazioni soggettive.

I diritti potestativi privati che il codice civile sottopone a termini decadenziali danno sì luogo ad atti unilaterali come il potere amministrativo, ma la loro esistenza presuppone il consenso dei soggetti passivi: mentre la legge che disciplina il potere amministrativo non esprime se non indirettamente il consenso della collettività. Quest'ultimo inoltre è ordinariamente discrezionale, mentre i primi sono vincolati.

Di poi, i diritti potestativi privati di cui si discorre sono strumentali alla cura di un interesse del loro titolare, mentre il potere amministrativo è funzionale alla cura di un interesse pubblico individuato dalla norma: e da ciò discende, sul piano del regime giuridico, che solo il secondo (o meglio, il suo esercizio) è censurabile per sviamento[167].

Ancora, i diritti potestativi privati danno luogo ad atti unilaterali di carattere negoziale soggetti alla disciplina del contratto per quanto compatibile (art. 1324 c.c.), mentre l'efficacia e l'invalidità dei provvedimenti amministrativi è disciplinata dal capo IV della l. n. 241/1990[168].

[166] La tesi della omogeneità strutturale tra poteri privati e poteri pubblici, entrambi intesi come diritti potestativi, è argomentata in M. Clarich, *Giudicato e potere amministrativo*, cit., 173-176.

[167] Per questo rilievo in particolare G. Corso, *Manuale*, cit., 198.

[168] Cfr. M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2013, 107; F.G. Scoca, *Il provvedimento*, in Id. (a cura di) *Diritto amministrativo*, cit., 298, secondo cui "non è convincente che il potere esercitato dall'amministrazione abbia le stesse caratteristiche dei poteri privati (diritti potestativi), per una doppia ragione. Da un lato il diritto potestativo presuppone di norma la preesistenza di un rapporto giuridico tra titolare del potere e colui che è ad esso soggetto; rapporto preesistente, nell'ambito del quale il potere è nato con il consenso della controparte. In secondo luogo è diversa la disciplina (dell'esercizio) del potere e del diritto potestativo, e diversa è la situazione soggettiva che fronteggia l'uno e l'altro: il potere è funzionalizzato, il diritto potestativo di norma non lo è; al potere amministrativo si contrappone l'interesse legittimo, al diritto potestativo sta di fronte la mera soggezione".

Queste differenze dimostrano che l'eventuale identità strutturale del potere amministrativo e del diritto potestativo privato non reca con sé, automaticamente, una identità di disciplina delle due situazioni. Per cui appare una forzatura stabilire un automatismo in ragione del quale le conseguenze dell'inutile decorso del termine per l'esercizio del potere amministrativo dovrebbero essere le stesse di quelle che derivano dalla scadenza del termine previsto per l'esercizio del diritto potestativo privato. Tanto più se si tratta di affermare che il decorso del termine comporta la perdita del potere in capo all'amministrazione e la nullità dell'atto tardivo, ossia conseguenze coerenti con la disciplina dell'invalidità del contratto, applicabile agli atti unilaterali di diritto privato, ma dissonanti rispetto alla regola generale vigente in diritto amministrativo che è quella della annullabilità dell'atto in contrasto con la legge.

3. *Conclusioni sulle dottrine critiche nei riguardi dell'inesauribilità del potere*

Al termine di questo capitolo l'inesauribilità del potere sembrerebbe resistere alle critiche che le sono state rivolte o ai tentativi di farvi fronte.

Essa fornisce un fondamento generale dei poteri di ritiro preferibile rispetto alla teoria dell'autotutela decisoria e che non pare in contrasto con il principio di legalità, come invece sostenuto dai teorici della tassatività dei poteri di ritiro.

I tentativi della dottrina di individuare nel processo amministrativo il luogo di definizione del rapporto controverso, sia quelli di ordine più puramente teorico sia quelli che traggono spunto dalle novità introdotte dal codice del processo amministrativo, paiono doversi arrestare davanti alla realtà di un potere che sopravvive al suo esercizio e che dunque dispone del rapporto dopo la sentenza.

La tesi secondo cui il potere deve essere esercitato entro un termine, scaduto il quale l'amministrazione incorre in decadenza, non pare in sintonia con le regole di diritto pubblico che governano l'esercizio del potere amministrativo.

Nonostante tutto ciò, sarebbe sbagliato confondere l'erroneità delle critiche con l'esattezza del fenomeno criticato, desumere la seconda dalla prima. Il significato da attribuire alla discussione svolta in questo capitolo non è di convalidare l'ipotesi dell'inesauribilità del potere, quanto di indirizzare il prosieguo della riflessione su strade parzialmente diverse da quelle sino a qui prese in considerazione.

Capitolo III

IL DOGMA DELL'INESAURIBILITÀ DEL POTERE AMMINISTRATIVO: PREMESSE TEORICHE E METODOLOGICHE

Sommario: 1. Il fondamento concettuale dell'inesauribilità del potere. 1.1. L'inesauribilità del potere nel pensiero di Santi Romano. 1.2. L'inesauribilità del potere nel pensiero di Cannada Bartoli. – 2. (*segue*) Rilievi critici. – 3. Sul concetto di potere amministrativo. – 4. (*segue*) Il potere come concetto definitorio della soggettività. Potere giuridico e capacità d'agire. – 5. (*segue*) Il potere nella dinamica giuridica concreta. Potere giuridico e schema di validità degli atti. – 6. (*segue*) L'eventuale inesauribilità del potere come problema di diritto positivo. Metodo dell'indagine. – 7. Impossibilità di desumere l'inesauribilità del potere dalla sua presunta necessità. – 8. Impossibilità di fondare l'inesauribilità del potere sui principi costituzionali.

1. *Il fondamento concettuale dell'inesauribilità del potere*

1.1. *L'inesauribilità del potere nel pensiero di Santi Romano*

L'inesauribilità è assunta dalla dottrina e dalla giurisprudenza come un dato *a priori*, un carattere che il potere amministrativo possiede per natura e che fonda e giustifica istituti e interpretazioni del diritto positivo.

Se questa è la conclusione raggiunta nel primo capitolo, diviene urgente la domanda sul fondamento concettuale dell'inesauribilità del potere: ha senso fondare istituti e interpretazioni sull'inesauribilità del potere soltanto se questa è a sua volta una costruzione solida sotto il profilo concettuale.

Il maggior contributo sul tema si deve a Santi Romano: che presenta l'inesauribilità come una implicazione della propria concezione generale del potere giuridico, sulla quale dunque occorre soffermarsi.

Il concetto di potere giuridico delineato da Santi Romano è "nettamente distinto da quelli di altre figure soggettive, e specialmente dal concetto di diritto soggettivo"[1].

Le due figure, potere e diritto, appartengono al *genus* dei poteri in senso ampio, ambedue "manifestazioni o esplicazioni di capacità"[2]. Il potere, però,

[1] S. Romano, *Poteri. Potestà*, in Id., *Frammenti di un dizionario giuridico*, 1947, rist. Milano, 1983, da cui si cita, 173. Cfr. dello stesso A., *Corso di diritto costituzionale*, Padova, 1926, 60 ss.; *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1937, 139 ss.

[2] S. Romano, *Poteri. Potestà*, cit., 174.

"si svolge in una direzione o aspetto generico", non ha "oggetti singolarmente determinati", non si risolve "in pretese verso altri soggetti" e perciò non è "correlativo ad obblighi"; mentre il diritto soggettivo "si svolgerebbe sempre in un concreto e particolare rapporto giuridico o con una data cosa o verso date persone che viceversa avrebbero obblighi corrispondenti"[3].

La concezione di Romano è antitetica a quella degli autori che intendono il potere come diritto potestativo[4]. Questi collocano la figura all'interno del rapporto perché individuano il carattere specifico del potere giuridico nella forza della volontà del soggetto che ne è investito di affermarsi unilateralmente nella sfera giuridica di un altro soggetto, il quale versa in una posizione di obbligo o di soggezione rispetto al primo.

Romano, al contrario, sostiene che il carattere essenziale del potere sia la sua estraneità rispetto ai concreti rapporti giuridici.

Innanzitutto, "ci sono dei poteri i cui soggetti attivi non hanno di fronte soggetti passivi". È questo il caso dei poteri normativi supremi dello Stato, i cui soggetti passivi sono individuati soltanto dagli atti che ne costituiscono esplicazione e quindi non sono tali di fronte al potere in sé e per sé[5]. Neppure ha soggetti passivi il potere che si esplica tramite atti produttivi di effetti favorevoli per i destinatari, i quali peraltro con un atto libero della volontà possono solitamente evitare che tali effetti si producano[6]. Infi-

[3] S. Romano, *Poteri. Potestà*, cit., 174. Cfr. A. Romano, *I soggetti e le situazioni giuridiche soggettive del diritto amministrativo*, cit., 295 s.

[4] E. Zitelmann, *Internationales Privatrecht*, Leipzig, 1898, II, 36 ss.; E. Seckel, *Die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Recht*, Bern, 1903, 205 ss.; G. Messina, *Diritti potestativi*, in *Nuovo dig.it.*, IV, Torino, 1938, ristampato in *Noviss. Dig.it.*, V, Torino, 1964, 737 ss.

[5] S. Romano, *Poteri. Potestà*, cit., 181.

[6] S. Romano, *Poteri. Potestà*, cit., 182, dove si precisa che "probabilmente è inesatto definire soggetti passivi coloro che beneficiano di una grazia, di un indulto, di un'amnistia, nonostante che essi non potrebbero rifiutare siffatti benefici, ma sarebbe certamente inesatto o improprio qualificare come passivi i soggetti chiamati da un testamento ad una eredità o coloro cui si concede la cittadinanza, che essi possono anche non accettare".

Sul punto cfr. le ampie considerazioni di G. Miele, *Principi di diritto amministrativo*, I, Padova, 1953, 48 s., il quale osserva che il potere giuridico non determina sempre la restrizione della sfera giuridica altrui, "onde non sempre fa riscontro in altri una soggezione al potere stesso, se per questa s'intende la condizione giuridica del soggetto di fronte agli effetti limitativi che si producono nella propria sfera giuridica per opera del potere giuridico di un terzo". L'A. peraltro prospetta la possibilità di accogliere una nozione più ampia di soggezione, per tale intendendo la generica impossibilità per il soggetto di sottrarsi agli effetti provocati "dall'esercizio di un potere altrui". Così intesa, la soggezione sarebbe indipendente dal carattere favorevole o sfavorevole delle conseguenze giuridiche subite e quindi non ci sarebbe motivo per negare che essa sia il correlativo del potere. Lo stesso Miele ritiene tuttavia che un tale ampliamento della nozione finisca per smarrirne l'utilità nella siste-

ne il potere non ha soggetti passivi quando chi ne è titolare decide di non esercitarlo, con la precisazione che "questo uso negativo è anch'esso esercizio del potere"[7].

Santi Romano non nega che talora i soggetti che "stanno di fronte" al titolare del potere possano essere qualificati "passivi" in quanto risentono di effetti svantaggiosi "senza possibilità giuridica di non risentirli"[8]. Ma spiega questa impossibilità nei termini di una necessità giuridica di carattere oggettivo connessa alla coattività del diritto nel suo complesso[9] ed esclude che in tali casi la posizione dei soggetti passivi costituisca un obbligo: in quanto "l'obbligo vincola la volontà, ma non la sopprime, anzi presuppone sempre che essa intervenga" per soddisfare il diritto contrapposto, mentre il potere raggiunge il suo effetto nonostante l'eventuale volontà contraria di colui che lo subisce[10].

Quanto alla presunta soggezione del soggetto passivo del potere rispetto al titolare, Romano osserva che "ci sono effettivamente dei poteri che non possono esplicarsi se non verso persone che si trovano di fronte al loro titolare in uno stato di soggezione: così, ad esempio, la patria potestà, la potestà maritale, molti poteri degli enti pubblici. Ma ci sono anche numerosi poteri, specialmente nel campo del diritto privato, che si esercitano verso persone che sono in posizione di uguaglianza rispetto al loro titolare. Anzi, c'è di più: altri poteri ancora possono esercitarsi verso soggetti che sono in posizione di superiorità, come in genere sono quelli che i privati hanno di fronte allo Stato, ad esempio quando si cita quest'ultimo in giudizio o lo si istituisce erede o legatario"[11].

Da ciò il corollario che pure la soggezione non è un elemento da prendere in considerazione per la definizione del potere, "sia perché essa può anche mancare, sia perché, quando esiste, non è che un presupposto del potere, il titolo su cui esso si fonda, rimanendone però fuori, mentre in altri casi si ha un titolo diverso"[12].

matica giuridica e quindi preferisce confermare che assoggettato a un potere è soltanto colui che ne subisce gli effetti sfavorevoli.

[7] S. Romano, *Poteri. Potestà*, cit., 181.

[8] S. Romano, *Poteri. Potestà*, cit., 182.

[9] S. Romano, *Poteri. Potestà*, cit., 182.

[10] S. Romano, *Poteri. Potestà*, cit., 182.

[11] S. Romano, *Poteri. Potestà*, cit., 183.

[12] S. Romano, *Poteri. Potestà*, cit., 184 s. L'A. precisa che sebbene il potere non si svolga all'interno di un rapporto, il suo esercizio può ben costituire la fonte di un rapporto. Questo non avviene sempre, dal momento che l'esercizio del potere può avere conseguenze quali il conferimento di capacità, di altri poteri, di posizioni, di qualità giuridiche, etc.: in tali ipo-

In definitiva, il titolare di un potere non si trova necessariamente in rapporto con altri soggetti: "Questi possono mancare del tutto; possono non trovarsi in una posizione di soggezione verso il primo e, se ci si trovano, essa non è correlativa al potere, ma soltanto un suo presupposto e, comunque, non un rapporto vero e proprio; possono essere dei soggetti che si avvantaggiano dell'esercizio del potere e quindi non passivi; e, in fine, se appaiono soggetti di obblighi, questi obblighi […] li riguardano in quanto dall'esercizio di quest'ultimo [del potere] è sorto un rapporto giuridico di cui il potere non è che un antecedente, che perciò non si può identificare con esso"[13].

La dimostrazione che il titolare del potere non si trova in rapporto con altri soggetti sospinge il potere stesso ad un livello di maggiore generalità rispetto ai diritti e agli obblighi e lo configura come una entità che "è per sua natura più o meno generale rispetto alle persone o alle cose verso le quali può esplicarsi"[14].

tesi non sorge alcun rapporto giuridico. Quando invece il rapporto sorge, dando luogo a diritti e obblighi in capo a soggetti, non bisogna ritenere che il potere entri a fare parte del rapporto stesso; esso ne rappresenta piuttosto l'antecedente, la fonte. L'estraneità del potere al rapporto è un dato facilmente riscontrabile nei rapporti derivanti dall'esercizio del potere legislativo o di quello giurisdizionale, e talora è riscontrabile anche in relazione agli atti del potere esecutivo. Sempre a dimostrazione dell'alterità tra il momento del potere e quello del rapporto, vi sono infine casi in cui il soggetto attivo del potere figura come titolare di obblighi all'interno del rapporto: il che avviene "quando si fa uso del potere di disporre dei propri beni, obbligandosi ad una prestazione in favore di altri" oppure "quando con disposizioni normative si attribuiscono diritti o con atti amministrativi si prestano servizi, si fanno concessioni e cosi via".

[13] S. Romano, *Poteri. Potestà*, cit., 189.

[14] S. Romano, *Poteri. Potestà*, cit., 189. Da qui la prossimità della nozione di potere a quella di capacità, che definisce "gli aspetti più generici con cui le persone si affermano nel mondo giuridico" (191), atteso che "tutte le manifestazioni giuridiche soggettive fanno capo ad una capacità" (190).

Nell'impostazione di Santi Romano si parla di capacità generale, o senza aggettivazione, quando si ha riguardo alla estensione massima del soggetto giuridico; di capacità speciali, quando si fa riferimento ad una determinata "cerchia giuridica", e a questo proposito si può far questione di capacità di dettare leggi, di fare testamento, di contrattare, e via di seguito, per indicare il "complesso delle condizioni che deve possedere chi tali capacità possiede" (191).

La capacità costituisce un presupposto dei poteri (190) nel senso che del potere può essere titolare solo chi è capace giuridicamente. Tra i due termini tuttavia non è ammessa confusione poiché il potere è "lo svolgimento di una capacità, in quanto implica una più o meno larga signoria della volontà" (191); "la capacità in sé e per sé, nel suo aspetto più comprensivo, è statica, ferma e, quindi, astratta, mentre il potere, che è una manifestazione della capacità, si muove, agisce, si esplica in una data direzione e per un dato fine" (191).

Con ciò Romano non intende dire che il potere va colto soltanto nel momento del suo

Il carattere generale e astratto della nozione comporta anche che "la natura di ogni potere deve determinarsi considerandolo in sé e per sé, nella sua unità, nella efficienza di cui è suscettibile, e non soltanto nelle infinite accidentalità del suo esercizio, anche perché è ovvio che il potere sussiste pieno e integro pure nella eventualità che non abbia occasione di esercitarsi"[15].

Di ciò è immediato corollario il carattere dell'inesauribilità. La considerazione in termini unitari del potere, come entità che "sovrasta a singoli rapporti"[16], conduce infatti ad affermare che esso "è generale, come si è visto anche riguardo ai casi in cui si esercita, rimanendo unico e inesauribilmente identico, cioè non risolvendosi in tanti poteri diversi quanti tali casi, che sono indefiniti"[17].

Il carattere dell'inesauribilità del potere indica allora che il potere, poiché non si frantuma in tante situazioni giuridiche soggettive quanti sono i casi in cui viene esercitato, sopravvive ad essi quale forza astrattamente generatrice di (potenzialmente infinite) modificazioni giuridiche.

1.2. *L'inesauribilità del potere nel pensiero di Cannada Bartoli*

Una ricostruzione alternativa del fondamento concettuale dell'inesauribilità del potere si può individuare in seno alla concezione del potere come energia giuridica, diffusasi nella seconda parte del novecento soprattutto nella dottrina del diritto pubblico.

Il collegamento tra la definizione del potere amministrativo come energia e il carattere della inesauribilità si deve soprattutto ad Eugenio Cannada Bartoli, secondo cui il potere non "si risolve in tanti poteri diversi e distin-

esercizio, il che apparirebbe gravemente contraddittorio con l'intera impostazione del discorso, quanto che la dinamicità è il modo di realizzarsi del potere, mentre la capacità rimane statica.

Sul punto cfr. A. Romano, *I soggetti e le situazioni giuridiche soggettive del diritto amministrativo*, cit., 295 s.

[15] S. Romano, *Poteri. Potestà*, cit., 180, 187: chi ragiona diversamente incorre nell'errore "di trasformare il momento in cui un potere si esercita nel momento in cui esso avrebbe vita". V. anche A. Romano, *I soggetti e le situazioni giuridiche soggettive del diritto amministrativo*, cit., 295, secondo cui il potere si definisce su un piano più generale e dunque superiore alle altre situazioni giuridiche: ad esempio, "il potere negoziale di un soggetto privato in ordine a diritti reali, va delineato come estrinseco a questi diritti stessi; come essenzialmente unitario, pur essendo esercitabile nei confronti di tutti loro; quindi, come determinabile solo ad un livello più elevato rispetto ad essi".

[16] S. Romano, *Poteri. Potestà*, cit., 202.

[17] S. Romano, *Poteri. Potestà*, cit., 190. Cfr. A. Romano, *I soggetti e le situazioni giuridiche soggettive del diritto amministrativo*, cit., 295 s.

ti quanti i casi in cui si esplica e si fa valere, ma rimane sempre il medesimo; la sua natura deve essere determinata in sé e per sé, nella efficienza di cui è capace, prescindendo dalle indefinite accidentalità del suo esercizio"[18]. In ciò consiste – osserva l'Autore – il "principio fondamentale" dell'inesauribilità del potere, illustrato dal Romano[19].

La posizione sembra in effetti identica a quella assunta da Santi Romano: ancora una volta l'inesauribilità del potere è presentata come un corollario dell'impossibilità di risolverlo nei casi in cui esso si esplica e, quindi, viene sostenuta in base ad una considerazione del potere stesso in termini unitari.

Il percorso argomentativo tuttavia è diverso perché qui la considerazione in termini unitari del potere, cioè l'impossibilità di frazionarlo in tante situazioni quante sono le occasioni del suo esercizio, deriva non tanto dal suo posizionamento esterno al rapporto, ossia da un elemento estrinseco al concetto del potere e di carattere relazionale, bensì dalla natura stessa che si riconosce al potere giuridico.

Cannada Bartoli accede alla definizione di Miele, secondo cui il potere è "la forza attiva di eventualmente produrre o concorrere a produrre una modificazione giuridica mediante un proprio comportamento volontario"[20].

Sulla base di questa definizione, l'Autore esclude che il potere di emanare atti giuridici possa essere considerato "come una delle facoltà che compongono il diritto e che al difuori di questo non hanno autonomia"[21]. Infatti il diritto soggettivo è una sintesi di facoltà che indicano altrettante possibilità di agire, mentre il potere di porre in essere atti giuridici è una situazione giuridica strumentale all'esercizio delle facoltà racchiuse nel diritto o all'adempimento di un dovere[22].

[18] E. Cannada Bartoli, *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Milano, 1950, 94.

[19] E. Cannada Bartoli, *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, cit., 94, nota.

[20] La definizione del potere di Miele, quasi testualmente riportata da E. Cannada Bartoli, *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, cit., 83, si trova in G. Miele, *Principi di diritto amministrativo*, cit., 45: "potere giuridico è non già una posizione, ma una forza attiva di cui è investito un soggetto dell'ordinamento giuridico per produrre o concorrere a produrre, mediante un suo comportamento volontario, una modificazione giuridica". L'A. precisa che per "modificazione giuridica deve intendersi non solo quella consistente nella nascita, modificazione o estinzione di un rapporto giuridico, ma in genere ogni particolare effetto che si produca come conseguenza dell'esercizio del potere"; inoltre non occorre che la modificazione sia prodotta unilateralmente "perché potere giuridico è anche quello di concorrere a produrre una modificazione giuridica"; infine, la modificazione può risolversi "tanto nell'accrescimento quanto nella limitazione degli elementi attivi" della sfera del titolare del potere (48).

[21] E. Cannada Bartoli, *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, cit., 88.

[22] E. Cannada Bartoli, *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, cit., 90.

L'idea della staticità del diritto (definito come "posizione"), in opposizione alla dinami-

Il potere viene allora concepito come forza giuridica il cui uso è necessario per la realizzazione delle possibilità di agire insite nel diritto soggettivo e per l'adempimento dei doveri; distinto dalla capacità, che è una posizione statica e ricettiva delle determinazioni dell'ordinamento[23].

Così inteso il potere è inesauribile in quanto "è nel concetto stesso di energia, che questa non si esaurisca nei casi in cui di volta in volta si specifica". Per chiarire questo punto essenziale, l'A ricorre al paragone con il lancio della pietra: "non esistono tante forze da lanciare, quanti sono i lanci che si compiono, ma ogni lancio rappresenta la realizzazione dell'unica forza, la quale rimane sempre la medesima, indipendentemente dal numero delle pietre lanciate"[24].

In conclusione, l'inesauribilità deriva dall'essere il potere una energia giuridica, non già dalla sua astrattezza rispetto alla concretezza dei rapporti giuridici come nel pensiero di Santi Romano[25]. E l'inesauribilità del potere, così intesa, non va confusa con la "diversa inesauribilità che può ravvisarsi in ogni schema astratto di comportamento concreto": qualsiasi fattispecie normativa, essendo costruita attraverso la riduzione in tipi dei comportamenti concreti, presenta infatti una sorta di inesauribilità che consiste nel fatto di trascendere le corrispondenti realizzazioni concrete.

2. (segue) *Rilievi critici*

La prima tesi esposta desume l'inesauribilità del potere dal suo posizionamento all'esterno dei concreti rapporti giuridici. Poiché "sovrasta a singoli rapporti"[26] il potere non si frantuma in tanti poteri quanti sono i casi

cità del potere (definito come "forza attiva") è anche in G. Miele, *Principi di diritto amministrativo*, cit., 45.

[23] E. Cannada Bartoli, *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, cit., 90, infatti esclude che il potere costituisca lo svolgimento della capacità, in quanto la seconda, essendo una condizione ricettiva e statica, non presenta tensione verso alcun tipo di svolgimento.

Analogamente G. Miele, *Principi di diritto amministrativo*, cit., 45, sostiene che "la capacità è una delle condizioni per la titolarità e l'esercizio del potere giuridico (quella attinente all'idoneità del soggetto), non il germe da cui si svolgono i poteri giuridici".

[24] E. Cannada Bartoli, *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, cit., 95.

[25] D'altra parte Cannada Bartoli attribuisce al potere il carattere della concretezza per distinguerlo dalla capacità. Ad una concezione del potere come entità concreta, che non sovrasta i rapporti secondo la tesi di Santi Romano, sembra aderire anche G. Miele, *Principi di diritto amministrativo*, cit., 46, laddove critica recisamente la distinzione tra titolarità del potere ed esercizio dello stesso, che sembra costituire una implicazione necessaria della concezione del potere come entità astratta.

[26] S. Romano, *Poteri. Potestà*, cit., 202.

in cui viene esercitato e si colloca a un livello "più o meno generale rispetto alle persone o alle cose verso le quali può esplicarsi"[27]. Come tale, esso rimane "unico e inesauribilmente identico" a fronte dei plurimi atti di esercizio[28]. In sintesi, il fondamento logico dell'inesauribilità risiede nella considerazione unitaria del potere come diretta emanazione della capacità giuridica del soggetto.

Questa teorizzazione è ancora attuale nella misura in cui una definizione generale del potere giuridico probabilmente non si può basare sulla sua collocazione all'interno di rapporti giuridici, in quanto vi sono appunto poteri che non presentano questa caratteristica[29].

Sembra tuttavia che, nell'avversare la tesi secondo cui la presenza del rapporto costituirebbe un carattere costante nella fenomenologia del potere giuridico, Romano ecceda nella direzione opposta allorché nega risolutamente che il potere giuridico abbia qualche inerenza al rapporto e individua in tale specifica caratteristica l'elemento decisivo per distinguere il potere stesso dal diritto soggettivo.

Taluni poteri, infatti, sorgono e si esplicano all'interno di preesistenti relazioni giuridiche tra il loro titolare e colui che è destinato a subirne gli effetti o a beneficiarne. Sono poteri collocati all'interno di rapporti e che non esistono al di fuori di essi[30].

A questo genere di poteri appartiene proprio il potere amministrativo: esso vive all'interno di un rapporto giuridico preesistente tra amministrazione e privato, posto che il procedimento non è soltanto una sequenza di atti strumentali al provvedimento, bensì anche il modulo normativo generale di riconoscimento della rilevanza giuridica delle pretese del cittadino nei riguardi dell'azione amministrativa.

L'adozione del provvedimento si innesta in una relazione giuridica qualificata tra l'amministrazione procedente (e le eventuali ulteriori amministrazioni coinvolte nella decisione) e i privati interessati all'esercizio del potere, la cui fonte normativa è nella disciplina generale del procedimento.

[27] S. Romano, *Poteri. Potestà*, cit., 189.

[28] S. Romano, *Poteri. Potestà*, cit., 190.

[29] Basta pensare ai poteri normativi supremi dello Stato, a proposito dei quali Romano osserva che gli eventuali soggetti passivi sono individuati soltanto dagli atti con cui essi si esplicano, e quindi non sono tali di fronte al potere prima che sia esercitato.

[30] Per rapporto giuridico intendiamo qui, in senso lato, "una relazione tra più persone determinata da una regola di diritto" secondo la classica definizione di F.K. Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, trad. it. di V. Scialoja, I, Torino, 1886, 337. Ma, come nota S. Palazzolo, *Rapporto giuridico*, in *Enc. Dir.* XXXVIII, Milano, 1987, 290 ss., il rapporto, inteso come il conflitto tra le libertà degli individui, è anche il presupposto della disciplina giuridica.

Si può discutere se tale relazione presenti natura obbligatoria o meno, ma non è in dubbio che si tratti di un rapporto giuridico (e non di mero fatto) in quanto al suo interno gli interessi del privato vengono presi in considerazione e qualificati dalla norma come facoltà dell'interesse legittimo o, secondo una diversa opinione, come autonome situazioni procedimentali[31].

In definitiva, se è esatto che l'inerenza a un rapporto non è elemento costante dei poteri giuridici, si deve dire che neppure lo è l'estraneità al rapporto: posto che la fenomenologia giuridica è ricca non soltanto di poteri che generano rapporti ma anche di poteri che presuppongono rapporti e in essi si collocano.

In tutti i casi in cui il potere si colloca all'interno di un rapporto, la tesi di Santi Romano sull'inesauribilità del potere non può essere seguita perché ad essere smentito è il suo presupposto concettuale. Se l'inerenza al rapporto fosse l'elemento decisivo per affermare o negare l'inesauribilità del potere, si dovrebbe al più dire che alcuni poteri sono soggetti ad esaurimento mentre altri sono inesauribili, e in questa logica il potere amministrativo andrebbe annoverato tra i primi.

Nella tesi di Cannada Bartoli il fondamento concettuale dell'inesauribilità del potere deriva dalla sua natura di "energia giuridica": il potere sarebbe ontologicamente inesauribile poiché "è nel concetto stesso di energia, che questa non si esaurisca nei casi in cui di volta in volta si specifica"[32].

[31] L'esistenza di un rapporto giuridico tra amministrazione e cittadino (inteso come relazione tra soggetti determinata da una regola di diritto) è un dato acquisito al dibattito e, a quasi trent'anni dalla l. n. 241/1990, non richiede dimostrazioni di sorta. Basti considerare che l'esistenza del rapporto è implicita in tutte le impostazione teoriche, oggi dominanti, che riconoscono al cittadino la titolarità di situazioni giuridiche attive all'interno del procedimento: per il quadro delle teorie v. F.G. Scoca, *L'interesse legittimo*, cit., 229 ss. Dove non vi è consenso, invece, è sulla struttura e sui caratteri del rapporto, nonché sulla consistenza delle situazioni giuridiche in esso implicate: sulle diverse qualificazioni delle pretese partecipative come interessi procedimentali, facoltà dell'interesse legittimo (tesi sostenuta dall'A.) o diritti soggettivi autonomi v. ancora F.G. Scoca, *L'interesse legittimo*, cit., 238 ss., anche per i necessari riferimenti bibliografici

Sul rapporto giuridico amministrativo, a livello monografico, V. Antonelli, *Contatto e rapporto nell'agire amministrativo*, Padova, 2007; M. Protto, *Il rapporto amministrativo*, Milano, 2008; F. Gaffuri, *Il rapporto procedimentale*, cit. Prima della legge generale sul procedimento A. Piras, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, cit., 409, *passim*; di rapporto dinamico parlano M.S. Giannini - A. Piras, *Giurisdizione amministrativa*, cit., 254 s. Di recente una complessiva risistemazione delle categorie dell'attività amministrativa intorno alla categoria del rapporto amministrativo dinamico è prospettata da E. Follieri, *Il rapporto amministrativo dinamico*, in *www.giustamm.it*, 2017; sulle vicende del rapporto, G. Greco, *Il rapporto amministrativo e le vicende della posizione del cittadino*, in *Dir. amm.*, 2014, 585 ss.

[32] E. Cannada Bartoli, *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, cit., 95.

La descrizione del potere come energia giuridica è un motivo ricorrente nell'ambito delle teoriche volte a impostare una distinzione netta tra il potere giuridico e il diritto soggettivo. L'immagine dell'energia indica che il potere è una entità dinamica, mentre il diritto è una posizione statica: il diritto consiste in una situazione di appartenenza, mentre il potere appunto in una energia giuridica che trasforma l'ordinamento attraverso gli atti giuridici che ne sono esplicazione[33].

La descrizione del potere come energia giuridica ha riscontrato un certo successo nella scienza giuspubblicistica, dove è stata condotta ad ulteriori svolgimenti dagli Autori che hanno negato ogni dimensione soggettiva del potere, sino a definirlo come una energia obiettiva promanante dall'ordinamento[34].

Il successo dell'immagine non può tuttavia far velo al fatto che di questo pur sempre si tratta: di una metafora, appunto, che serve a esplicitare il carattere dinamico del potere e a distinguerlo dal diritto soggettivo (che apparterrebbe invece al momento statico del diritto)[35]. La tesi che desume l'inesauribilità dalla natura energetica del potere si rivela dunque un costrutto integralmente fondato su una metafora, e come tale non occorre una approfondita dimostrazione per affermarne l'inconsistenza teorica e concettuale.

L'analisi svolta conduce a ritenere che l'inesauribilità del potere, pur essendo un fenomeno assolutamente rilevante nella realtà del diritto positivo e nella ricostruzione dogmatica dello stesso, non ha sin qui trovato un fondamento concettuale persuasivo.

Non sono infatti apparse convincenti le tesi, pur autorevolmente sostenute, che riconoscono nell'inesauribilità un carattere intrinseco del potere

[33] Da ultimo F.G. Scoca, *L'interesse legittimo*, cit., 449, nota 120.

[34] Scomparsa del soggetto e (conseguente) derivazione degli effetti giuridici dal potere, inteso come energia promanante dall'ordinamento, sono i punti cardine della teoria di G. Berti, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968, 154 ss., 266 ss., secondo cui il potere, inteso come "l'energia – colta nella sua attualità – che determina la trasformazione dell'ordinamento, è generato dallo scontro, che si consuma all'interno del procedimento, tra il valore normativo, proveniente dall'ordinamento generale, e quello organizzativo, proveniente invece dall'amministrazione intesa come ordinamento particolare".

[35] Si afferma ciò indipendentemente dal dissenso che si avrà modo di argomentare rispetto alle concezioni c.d. oggettive del potere giuridico. Ritiene alquanto "misteriosa" la definizione del potere quale forza o energia giuridica E. Casetta, *Attività ed atto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, 296. Cfr. al riguardo A. Romano Tassone, *Note sul concetto di potere giuridico*, in *Ann. Fac. Ec. e Comm. Università di Messina*, 1982, 423, il quale osserva che dal punto di vista tecnico-giuridico la definizione del potere come energia o forza possiede "più forza evocativa che valore esplicativo".

giuridico, inscindibilmente connesso alla sua stessa definizione. In particolare, non sembra che l'inesauribilità possa essere fondata (almeno non sempre, come carattere generale del potere giuridico) nella pretesa estraneità del potere al rapporto, in quanto vi sono poteri che si collocano sotto ogni aspetto all'interno di rapporti giuridici. Parimenti fuorviante sembra l'idea secondo cui il potere è inesauribile in quanto energia giuridica, posto che quella dell'energia giuridica è soltanto una metafora della dimensione dinamica del potere.

Inoltre si può osservare un certo sfasamento tra il significato attribuito all'inesauribilità del potere dalle dottrine esposte nei precedenti paragrafi e il fenomeno rappresentato nel primo capitolo.

Innanzitutto è estranea alle tesi qui discusse l'idea che il potere amministrativo, essendo inesauribile, può essere esercitato in ogni tempo sicché all'inerzia dell'amministrazione non può essere attribuita efficacia preclusiva.

Santi Romano in effetti sostiene che i poteri giuridici, poiché esistono sempre e soltanto per disposizione del diritto oggettivo, possono venir meno solo col venir meno dei presupposti individuati dalla legge per il loro sorgere[36], e non in ragione del comportamento commissivo o omissivo del loro titolare. Da ciò discende che il mancato esercizio non può dar luogo alla prescrizione del potere e dunque che esso non si perde per effetto del decorso del tempo[37] (per la stessa ragione i poteri, secondo Romano, non sono trasmissibili e rinunciabili[38]).

[36] Presupposto è sempre la capacità giuridica, talora il possesso di una qualche qualità o posizione particolare, come ad es. la qualità di funzionario, di padre o di marito, altre volte infine la titolarità di un certo diritto, come ad es. il diritto di proprietà sui beni è presupposto per la titolarità del potere disposizione. Secondo S. Romano, *Poteri. Potestà*, cit., 197 s., in questo ultimo caso sarebbe errato ritenere che il potere è una manifestazione del diritto, in quanto esso è più generale e preesiste al diritto in forza della disposizione dell'ordinamento oggettivo. Quel che deve dirsi, piuttosto, è che lo stesso ordinamento che prevede il potere può condizionarlo al verificarsi di determinate fattispecie, tra cui l'acquisto di un diritto.

Lo stesso ordine di idee è espresso, in termini semplificati, da G. Miele, *Principi di diritto amministrativo*, cit., 47, tramite la distinzione tra le ipotesi in cui il diritto soggettivo è "titolo al sorgere d'un potere giuridico", quelle in cui il titolo è costituito da un obbligo e infine quelle in cui il potere giuridico sussiste "da solo, senza appoggiarsi a un diritto e senza che sia obbligatorio esercitarlo".

[37] S. Romano, *Poteri. Potestà*, cit., 201.

[38] S. Romano, *Poteri. Potestà*, cit., 199 s. I casi di presunta trasmissione di un potere, che darebbero luogo alla figura della concessione, si spiegano secondo Romano in termini di nascita di un nuovo potere in capo al concessionario che determina la restrizione del potere del concedente; l'atto di concessione è il presupposto per l'acquisto a titolo originario del diritto. Quanto alla rinuncia, il titolare di un potere potrà non esercitarlo, tranne che non si

Lo stesso Autore però ammette espressamente che il decorso del tempo possa avere come sua conseguenza la decadenza, ossia "l'impossibilità di esercitare un potere in casi singoli, quando si son lasciati trascorrere i termini prefissi per il suo esercizio, ma il potere rimane sempre integro e potrà sempre esercitarsi in tutti gli altri casi"[39].

Pertanto, quando si richiama l'inesauribilità del potere a dimostrazione della natura meramente ordinatoria dei termini previsti dalla legge per l'adozione del provvedimento non si tiene nella dovuta considerazione che non vi è incompatibilità tra inesauribilità del potere e decadenza dal suo esercizio: una cosa è connettere all'inesauribilità del potere la permanenza dello stesso in capo al suo titolare nonostante il decorso del tempo, come fa Santi Romano quando ne afferma l'imprescrittibilità, altra è desumere meccanicamente dall'inesauribilità la possibilità di esercitare il potere nei confronti di una persona o di una cosa anche dopo la scadenza del termine previsto per l'adozione dell'atto che ne è espressione.

Si può anche sollevare il dubbio che il carattere della inesauribilità, essendo desunto dalla collocazione del potere all'esterno dei rapporti e quindi dalla sua considerazione in termini unitari, non sia altro che il riflesso sulla nozione del potere del carattere generale ed astratto della norma attributiva.

L'inesauribilità a questo punto indicherebbe soltanto che uno stesso potere è suscettibile di esplicazione in una serie indeterminata di fattispecie. Così intesa, tuttavia, l'inesauribilità non costituirebbe un carattere specifico del potere bensì un aspetto comune a tutte le fattispecie astratte di comportamenti concreti. In ogni caso, l'inesauribilità del potere non potrebbe essere invocata a fondamento dei fenomeni che nel diritto positivo solitamente trovano spiegazione proprio attraverso il riferimento ad essa[40].

tratti di una funzione, potrà persino rinunciare a esercitarlo in relazione a fattispecie e persone singole, "ma non mai disporre la perdita assoluta".

Contra G. Miele, *Principi di diritto amministrativo*, cit., 47.

[39] S. Romano, *Poteri. Potestà*, cit., 201; A. Romano, *Note in tema di decadenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, 222 ss.; A. Marra, *Il termine di decadenza nel processo amministrativo*, Milano, 2012, 72. Sull'imprescrittibilità delle potestà pubbliche, il cui esercizio però può essere sottoposto a decadenza v. M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, I, Milano, 1970, 506.

[40] In questa generica accezione l'inesauribilità indicherebbe soltanto che il potere assegnato al Comune di espropriare le aree site all'interno del suo territorio in presenza dei presupposti individuati dalla legge non si esaurisce con l'espropriazione del terreno alfa e può quindi essere nuovamente esercitato determinando l'espropriazione del terreno beta ove ne sussistano i presupposti. E in ciò, ovviamente, non vi sarebbe alcun fondamento concettuale della facoltà dell'amministrazione di rivedere in ogni tempo le proprie decisioni ovvero dell'incompatibilità tra potere e logica decadenziale del termine.

3. *Sul concetto di potere amministrativo*

I rilevi critici svolti nel paragrafo precedente potrebbero indurre ad affermare recisamente che il potere amministrativo non presenta il carattere dell'inesauribilità. Si tratterebbe tuttavia di una conclusione affrettata: il fatto stesso che la formula dell'inesauribilità del potere abbia fatto breccia nella giurisprudenza amministrativa deve quantomeno alimentare il dubbio che sia possibile individuarne un fondamento alternativo, sulla base di argomenti diversi da quelli sin qui esaminati e criticati.

L'obiettivo immediato della ricerca, pertanto, non è di negare il carattere dell'inesauribilità del potere amministrativo, bensì di individuare in termini più soddisfacenti la posizione del relativo problema. A questo fine è necessario soffermarsi ancora sul concetto di potere giuridico e di potere amministrativo in particolare, individuato in termini generici nella situazione che l'amministrazione esplica attraverso l'adozione di provvedimenti unilaterali e, se si ammette la figura, attraverso atti consensuali di diritto pubblico[41].

È noto che il potere giuridico fu originariamente concepito quale componente del diritto soggettivo, definito come il potere che la legge riconosce al singolo per la realizzazione di un suo interesse[42]. In un secondo momento, due percorsi concettuali tra loro non coincidenti hanno condotto all'individuazione del potere come figura autonoma dal diritto soggettivo.

Un primo indirizzo teorico è quello che, assunto il potere in senso lato come figura di genere comprensiva del diritto soggettivo e del potere in senso stretto, distingue le due situazioni sulla base del criterio dell'interesse: il potere è diverso dal diritto perché consiste in una situazione giuridica soggettiva attiva che il titolare esercita nell'interesse di un soggetto terzo (in questa accezione, il potere è denominato anche potestà)[43].

[41] Sul presupposto che per ravvisare un potere giuridico "non occorre che la modificazione sia prodotta unilateralmente dall'esercizio del potere, perché potere giuridico è anche quello di concorrere a produrre una modificazione giuridica": così G. Miele, *Principi di diritto amministrativo*, cit., 48.

[42] Cfr. F.K. Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, cit., 335 ss.; B. Windscheid, *Diritto delle Pandette*, Torino, 1902, I, 179; O. Ranelletti, *Principi di diritto amministrativo*, I, Napoli, 1912, 420. Su queste concezioni, tra gli altri, A. Lener, *Potere*, cit., 636; M. Clarich, *Giudicato e potere*, cit., 159.

[43] S. Pugliatti, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, (1935) ora in Id., *Scritti giuridici*, I, Milano, 2008, 763 s., 815 ss.; Id., *Gli istituti del diritto civile*, Milano, 1943, 239; V.M. Trimarchi, *Atto giuridico*, cit., 54; E. Silvestri, *L'attività interna della pubblica amministrazione*, Milano, 1950, 104; M.S. Giannini, *Diritto ammnistrativo*, I, cit., 124, 502 s., secondo cui la potestà è la

Parallelamente, ma in via del tutto autonoma, si è progressivamente delineato un secondo indirizzo che ha spostato la distinzione tra diritto e potere dal piano funzionale (cioè in base al criterio dell'interesse) a quello strutturale, tracciando così un solco più profondo tra le due entità.

La distinzione strutturale si è imposta quale sviluppo del dibattito, inizialmente tutto interno alla teoria del diritto soggettivo, che ha portato ad isolare nell'ambito dei diritti soggettivi la sottospecie dei diritti potestativi[44], che si caratterizzano per il potere del loro titolare di modificare o estinguere situazioni preesistenti e crearne di nuove mediante un atto unilaterale espressione di volontà[45].

Si è infatti progressivamente acquisita la consapevolezza che la figura così individuata non potesse essere considerata una sottospecie del diritto soggettivo, trattandosi di situazione giuridica attiva strutturalmente diversa: la denominazione di potere giuridico è andata così sostituendosi a quella di diritto potestativo, anche se questa non è del tutto scomparsa dal lessico, essendo ancor oggi spesso impiegata in ambito processualcivilistico[46].

La differenza strutturale tra il potere giuridico e il diritto soggettivo consiste nel fatto che il potere è attribuito al soggetto da norme strumentali che non risolvono direttamente un conflitto di interessi, come invece

situazione soggettiva propria al soggetto investito di un *munus*, oppure dell'*officium*, la cui attività è rivolta all'interesse alieno che gli viene affidato dall'ordinamento (lo stesso A., però dichiara di utilizzare il termine "potere" per indicare il contenuto di ogni situazione di vantaggio, alludendo così alla facoltà compresa nel diritto); R. Ferrara, *La pubblica amministrazione fra autorità e consenso: dalla "specialità" amministrativa a un diritto amministrativo di garanzia?*, in *Dir. amm.*, 1997, 226; anche V. Cerulli Irelli, *Il potere amministrativo e l'assetto costituzionale delle funzioni di governo*, in AA.VV., *Studi in onore di Alberto Romano*, I, Napoli, 2011, 121-124, individua come caratteristica essenziale del potere la sua "finalizzazione alla cura di interessi altrui, o collettivi, dei quali il soggetto agente non ha la disponibilità (ciò che si traduce in un'esigenza di controllo esterno circa i modi di esercizio del potere)", mentre l'autoritatività, intesa come l'idoneità a modificare unilateralmente la sfera giuridica dei terzi senza il loro consenso, sarebbe soltanto una caratteristica eventuale del potere rimessa alla disponibilità del legislatore.

[44] Gli sviluppi di questa vicenda teorica sono ripercorsi da M. Clarich, *Giudicato e potere*, cit., 159-164.

[45] L. Ennecerus, *Rechtgeschäft bedingung und anfangstermin*, II, Marburg, 1889, 600 ss. e, soprattutto, E. Zitelmann, *Internationales privatrecht*, cit., 36 ss.; E. Seckel, *Die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts*, Bern, 1903, 205 ss.; G. Messina, *Diritti potestativi*, cit., 737 ss.

[46] La dottrina del processo civile è infatti solita affermare, come si è visto più volte nel corso dello studio, che a fondamento dell'azione costitutiva vi sia un diritto potestativo ad accertamento giurisdizionale. Questa prospettiva fu aperta da K. Hellwig, *Anspruch und Klagerecht*, Jena, 1900, 443 ss., e in Italia da G. Chiovenda, *Principi di diritto processuale civile*, cit., 179 ss., 195.

accade per il diritto, ma consentono al soggetto di emanare un comando destinato a comporre il conflitto stesso[47].

La norma che statuisce la doverosità di un determinato comportamento crea diritti e obblighi in capo ai soggetti coinvolti dall'effetto giuridico, la norma che statuisce la possibilità giuridica di adottare un atto precettivo è fonte del potere. Il diritto indica dunque una situazione di appartenenza, afferente alla statica del diritto, mentre il potere si colloca nell'ambito della dinamica, cioè della produzione di nuovo diritto[48].

Una parte della dottrina, specie amministrativistica[49], ha esaltato il momento dinamico ed è così pervenuta alla già vista definizione del potere come forza o energia giuridica[50], talora nell'intento di portare la figura oltre il campo delle situazioni giuridiche soggettive e offrirne una rappresentazione in termini rigorosamente oggettivi[51].

La concezioni oggettive del potere però incontrano un ostacolo insormontabile nel momento in cui sono costrette a prendere in considerazione il profilo della titolarità del potere stesso, che viene così a riproporsi come situazione giuridica soggettiva, e non possono non riconoscere che esso si esplica tramite atti riconducibili alla volontà o comunque all'iniziativa del soggetto titolare[52].

[47] G. Auletta, *Poteri conformativi e diritti potestativi*, in *Riv. dir. comm.*, 1939, 557 ss., 564 s. Nella dottrina amministrativistica soprattutto M. Clarich, *Giudicato e potere*, cit., 162-165.

[48] Cfr. A. Romano, *I soggetti e le situazioni giuridiche soggettive del diritto amministrativo*, cit., 294 s.

[49] La diffusione della concezione obiettiva del potere tra i cultori del diritto pubblico non è casuale: come osserva A. Romano Tassone, *Note sul concetto di potere*, cit., 449 ss., 458, vi è un "collegamento tra la teoria oggettiva del potere giuridico e le istanze, assai diffuse nella cultura contemporanea, per una legittimazione razionale ed obiettiva del potere politico". Più esattamente, "la svalutazione della componente soggettiva della dinamica giuridica […] appare, principalmente, come il diretto risultato dell'esigenza di configurare l'esercizio del potere in termini di assoluta razionalità e neutralità, di negare, o comunque di porre in secondo piano, il carattere soggettivo e contingente della decisione e del potere politico che in essa s'esprime".

[50] G. Miele, *Potere giuridico, diritto soggettivo e interesse*, in *Riv. dir. comm.*, 1944, 116 ss.; Id., *Principi di diritto amministrativo*, cit., 45; E. Cannada Bartoli, *L'inapplicabilità*, cit., 97 ss.

[51] Il motivo è comune alle tesi di G. Guarino, *Potere giuridico e diritto soggettivo* (1949), rist. Napoli, 1990, 9 ss. e di G. Berti, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit., 167 s., sia pur da diverse prospettive: rispettivamente, normativistica e istituzionalistica.

[52] Per questi rilievi A.M. Sandulli, *Per la delimitazione del vizio di incompetenza degli atti amministrativi*, in *Rass. dir. pubbl.*, Napoli, 1948, III, 25-44 e 101-115, e in Id., *Scritti giuridici*, III. *Diritto amministrativo*, Napoli, 1990, 64, da cui si cita; per un'ampia discussione critica di queste dottrine si rinvia ad A. Romano Tassone, *Note sul concetto di potere giuridico*, cit., 420 ss., che manifesta altresì l'impressione di inconsistenza tecnico-giuridica della concezione

Appare pertanto più solida la tesi che, in continuità con la tradizione del diritto potestativo, considera il potere come situazione giuridica attribuita al soggetto mediante un effetto derivante da una norma[53]. Più esattamente, il potere si definisce come la situazione giuridica che sorge per effetto di una norma che statuisce non già la doverosità di un comportamento, bensì la sua potenzialità[54]; questo comportamento consiste in un atto precettivo a sua volta produttivo di effetti nella sfera giuridica altrui. Il potere giuridico, in sintesi, è l'effetto di una norma che attribuisce a un soggetto la *potestas* di adottare atti a loro volta produttivi di effetti giuridici[55].

obiettiva del potere; analogamente S. Civitarese Matteucci, *Funzione, potere amministrativo e discrezionalità in un ordinamento liberal-democratico*, in *Dir. pubbl.*, 2009, 744 ss.; F. Bassi, *Contributo allo studio delle funzioni dello Stato*, Milano, 1969, 101 ss., il quale però ritiene che la concezione oggettiva può essere preservata sottolineando il "carattere puramente potenziale e non già effettuale" del potere. Secondo l'A., "l'idea di potere serve ad esprimere soltanto l'astratta possibilità di porre in essere un comportamento dotato di una particolare rilevanza per l'ordinamento, quale è appunto quella di produrre (quanto meno di concorrere a produrre) una sua modificazione. Solo in questa prospettiva può sostenersi che la figura prescinda totalmente da qualsiasi riferimento soggettivo" (102). Il momento soggettivo infatti acquista "una propria ben precisa rilevanza nella fattispecie normativa dell'atto precettivo, che, a ben vedere, è poi la fattispecie normativa dell'atto di attuazione del potere" (102). La prospettata distinzione tra la fattispecie normativa del potere e quella dell'atto comporta di delineare una articolazione tra potere e uso del potere che sostituisce quella tra titolarità ed esercizio del potere, la quale presuppone la concezione del potere medesimo come situazione giuridica soggettiva (103 s.). Secondo questa diversa articolazione, il termine "potere" indica l'astratta possibilità prevista dall'ordinamento di porre in essere un comportamento giuridicamente rilevante a contenuto precettivo; mentre il sintagma "uso del potere" designa "la astratta possibilità per una o più ben individuate figure soggettive di porre in essere quell'atto che costituisce attuazione di quel potere" (104). La distinzione tra il potere e l'uso del potere risponde all'esigenza concettuale di salvaguardare la concezione obiettiva del primo in quanto si chiarisce una volta per tutte che "è soltanto nella fase della sua attuazione che esso tende a subbiettivizzarsi mediante l'imputazione dell'atto all'organo che sia competente alla sua emanazione" (104).

[53] Sullo stretto nesso che intercorre tra l'idea dell'effetto giuridico e quella della situazione giuridica v. A. Falzea, *Efficacia giuridica*, cit., 477, che concepisce la situazione giuridica come "ogni situazione attribuita a determinati soggetti mediante un effetto giuridico".

[54] Sul dovere e sul potere come situazioni giuridiche fondamentali, rispecchianti rispettivamente la necessità assiologica e la possibilità assiologica (assiologica, nel senso di propria dei valori giuridici di un determinato ordinamento) dell'azione v. ancora A. Falzea, *Efficacia giuridica*, cit., 477, 479.

[55] L. Ferrajoli, *Principia iuris*, cit., 588, definisce il potere come "la situazione attiva che, ove non sia costituente, è prodotta da una decisione e consiste nella modalità di un atto precettivo i cui effetti si producono nella sfera giuridica altrui e la cui validità dipende dalla sua legittimità". Viene così chiarito che il potere, essendo costituito da norme, è legittimo solo se la norma che lo costituisce è valida e può dar luogo ad atti validi solo se è legittimo.

Nella dottrina amministrativistica A. Romano, *I soggetti e le situazioni giuridiche soggettive*

Questa definizione, apparentemente chiara e convincente, presenta una ambiguità di fondo: al suo interno si possono isolare due nozioni di potere che corrispondono a concetti e fenomeni giuridici diversi. E su ciò è venuto il tempo di soffermarsi, onde evitare le sovrapposizioni indebite e le conseguenti dispute di carattere prevalentemente terminologico che spesso caratterizzano il dibattito sul potere giuridico.

4. (segue) *Il potere come concetto definitorio della soggettività. Potere giuridico e capacità d'agire*

In una prima accezione, il potere è l'astratta capacità che il soggetto riceve dalla norma (attributiva) di porre in essere un atto di contenuto precettivo che costituisce modifica o estingue una situazione giuridica altrui[56].

Il potere così inteso individua una posizione del soggetto all'interno dell'ordinamento di riferimento[57]. Con il linguaggio della teoria analitica si

del diritto amministrativo, cit., 289, definisce il potere giuridico del soggetto come "la sua possibilità di determinare la dinamica delle concrete situazioni giuridiche […] ossia la sua possibilità di costituirle, modificarle o estinguerle".

Per la costruzione del potere come situazione giuridica soggettiva preesistente al compimento dell'atto v. anche F.G. Scoca, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, cit., 88 ss., 91 ss. L'A. muove dalla premessa che per convalidare la comune definizione dell'atto come "fatto riferibile all'uomo" occorre trovare un "criterio giuridico di collegamento del fatto al suo autore" che non può consistere nel dato naturalistico della volontarietà. Questo criterio è piuttosto ravvisato dall'A. nell'essere l'atto giuridico un fatto d'esercizio di una situazione giuridica preesistente, sorta per effetto dell'operatività di una precedente norma (diversamente dal mero fatto, il quale "rimane il risultato dell'operare di un soggetto, non rapportabile all'esercizio di alcuna situazione soggettiva"). La situazione in questione, che assicura il collegamento giuridico dell'atto al soggetto, è il potere giuridico.

In questa prospettiva già D. Donati, *Atto complesso, autorizzazione, approvazione*, Modena, 1903, 5, secondo cui "ogni atto giuridico presuppone un diritto o, più comprensivamente, un potere nella persona (fisica o morale) o nell'organo (semplice o complesso) che lo compie o può o deve compierlo, cioè la appartenenza a quella persona o a quell'organo della potestà di compiere l'atto. L'idea di atto giuridico, in altri termini, non è un *prius*, ma è un *posterius*; il *prius* è costituito dalla corrispondente potestà, la quale, se legittima, rappresenta un'appartenenza giuridica del soggetto o dell'organo che ne è investito, il suo diritto o il suo potere".

[56] L. Ferrajoli, *Principia iuris*, cit., 594. A quest'ordine di idee è imputabile la concezione di Santi Romano già esaminata.

[57] Sulle posizioni giuridiche S. Pugliatti, *Gli istituti del diritto civile*, Milano, 1943, 183 ss., che utilizza il concetto per descrivere i rapporti della persona con lo Stato (laddove la posizione essenziale è la cittadinanza) e nei rapporti con la famiglia (e qui le posizioni sono la parentela, il coniugio, l'affinità); la nozione di posizione giuridica è sviluppata, con riguardo agli enti pubblici, da M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, I, cit., 496, 502, secondo cui la

direbbe che il potere è l'effetto di una norma tetica, e non ipotetica: una norma, cioè, che non prefigura situazioni giuridiche soggettive destinate a venir in essere in presenza dei fatti rilevanti prescritti dalla norma ma che configura direttamente tali situazioni in capo al proprio destinatario[58]. La norma (tetica) costituisce direttamente in capo al soggetto lo *status* di titolare di un potere; il soggetto, per effetto di questa norma, si qualifica nell'ordinamento come titolare del potere da essa attribuito[59].

La dottrina impiega questa nozione di potere quando, per fare qualche esempio, inquadra tra i poteri l'autonomia privata oppure il potere legislativo o quello amministrativo o quello giudiziario[60]. Ma, limitando il campo di osservazione all'amministrazione, è questa stessa nozione di potere che viene in gioco quando si afferma la titolarità in capo ad un dato ente del potere di autorizzare, di concedere o di espropriare.

È sottile la distinzione tra il potere giuridico, così inteso, e la capacità d'agire[61]. La distinzione può essere impostata dicendo che la capacità consi-

posizione soggettiva dell'ente pubblico, da non confondere con la capacità, è l'autorità di limitare la libertà dei singoli in ragione del bene comune: si tratta di una posizione "che è l'esatto corrispondente della posizione del soggetto persona fisica privata come titolare di autonomia privata o come cittadino dello Stato, dell'ente privato in quanto avente nazionalità dello Stato, della persona in quanto appartenente all'ente territoriale, e simili". Da ultimo F.G. Scoca, *L'interesse legittimo*, cit., 448 s., dopo aver distinto le situazioni giuridiche tra quelle concernenti l'essere del soggetto, quelle concernenti il suo avere e infine quelle concernenti il suo agire, precisa il Suo pensiero nel senso che le situazioni soggettive concernenti l'essere del soggetto sono quelle che Giannini denominava posizioni soggettive, ossia situazioni che si risolvono in attributi identificativi e qualitativi del soggetto a prescindere dai suoi comportamenti o interessi specifici. L'A. colloca il potere tra le situazioni di agire, in quanto implica "comportamenti giuridicamente efficaci"; con il che si può senz'altro convenire, solo che il potere considerato da Scoca non è quello astratto di cui si sta facendo questione adesso, bensì il potere concreto di cui si dirà oltre nel testo.

[58] La diversa struttura logica di questi due tipi di regole è messa in evidenza da L. Ferrajoli, *Principia iuris*, cit., 233, dove di legge "'Regole tetiche' sono le regole che dispongono modalità o aspettative positive o aspettative negative o status", mente "'Regole ipotetiche' sono le regole che predispongono modalità, o aspettative positive o aspettative negative o status".

[59] Il punto è chiaro in D. Donati, *Atto complesso*, cit., 5.

[60] Cfr. F. Benvenuti, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 121, laddove costruisce il concetto di funzione per designare il processo di "concretizzazione di quell'entità astratta, obbiettiva, che è il potere". E, per esemplificare, dichiara di pensare a "l'indifferenziato potere di legiferare", il quale si differenzia nella funzione e dà luogo alla legge. Cfr. altresì, sebbene in tutt'altro contesto teorico, A. Romano, *I soggetti e le situazioni giuridiche soggettive del diritto amministrativo*, cit., 294-296.

[61] Tanto che talora le due nozioni si sovrappongono e il potere viene a costituire un duplicato, di dubbia utilità, della capacità di agire. Si espone a questa critica la concezione di

ste nell'astratta attitudine del soggetto al compimento di tutti gli atti giuridici[62], mentre il potere designa l'astratta attitudine del soggetto al compimento di atti che presentano caratteri speciali in quanto funzionalizzati[63] o in quanto incidenti sulla sfera giuridica altrui[64]; in entrambi i casi, atti che alterano la naturale eguaglianza tra i soggetti dell'ordinamento e dunque richiedono un puntuale fondamento normativo e limiti appositi[65].

A. Lener, *Potere*, cit., 614, che per potere intende "la dimensione soggettiva della possibilità accordata dall'ordinamento al soggetto privato di operare nella realtà giuridica, cioè di agire conseguendo un risultato utile, per se o per altri, che può consistere tanto nella modificazione di questa realtà, quanto nella sua conservazione-attuazione". Secondo l'A., il potere così definito si distingue comunque dalla capacità di agire poiché sussiste anche in capo ai soggetti privi della capacità di agire "in quanto sia consentito ad altri di sostituirli conseguendo per loro il medesimo risultato". Ma è intuitivo quanto vi sia d'arbitrario nel ritenere che il sostituto utilizzi "insieme col potere strumentale a lui attribuito (il potere di sostituzione), il potere materiale del soggetto sostituito (il potere del risultato)".

[62] L. Ferrajoli, *Principia iuris*, cit., 356, definisce la capacità d'agire come lo *status* "consistente nell'idoneità a compiere atti", mentre la capacità giuridica è lo *status* consistente "nell'idoneità ad essere titolare di situazioni". Con il linguaggio di A. Falzea, *Capacità (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, 10, 16, la capacità d'agire concerne la "possibilità del soggetto, di porre in essere fatti giuridici e provocare la costituzione di effetti giuridici, di rivelare interessi pratici previsti dal diritto o incidere su di essi, mettendo in moto i meccanismi con cui la legge garantisce la loro tutela", mentre la capacità giuridica è l'astratta idoneità del soggetto ad essere destinatario di tutti gli effetti previsti dall'ordinamento. U. Forti, *Diritto amministrativo. Parte generale*, I, Napoli, 1931, 204, intende la capacità giuridica come "l'attitudine ad essere soggetto di rapporti, di diritti, di facoltà, di doveri e di obblighi" e la capacità d'agire come "l'attitudine all'esercizio dei diritti e delle facoltà stesse".

Solitamente si ritiene che la capacità giuridica non può essere estesa a chi non può essere materialmente autore di atti, come le persone giuridiche alle quali gli atti vengono imputati attraverso la rappresentanza organica: L. Ferrajoli, *Principia iuris*, cit., 375-379, 612 s., ritiene peraltro che anche l'organo sia incapace di agire, non meno che la persona giuridica cui appartiene, in quanto entrambi sono soggetti artificiali, per cui l'organo non è un rappresentante ma a sua volta un rappresentato dall'unico vero e proprio rappresentante che è il funzionario; per A. Falzea, *Capacità*, cit., 31 s., 34, la persona giuridica non ha capacità di agire ma possiede la capacità di imputazione giuridica di fattispecie (e non solo di effetti) tramite il meccanismo del rapporto organico. Così anche M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, I, cit., 122 s., dove anche la precisazione che l'imputazione può riguardare non soltanto conseguenze giuridiche ma anche risultati pratici (c.d. imputazione di risultati).

[63] Si può a questo proposito parlare di una capacità speciale, secondo il lessico di V. Cerulli Irelli, *Il potere amministrativo e l'assetto costituzionale delle funzioni di governo*, loc. cit., che però, individuando il *proprium* del potere nella funzionalità, lo qualifica come capacità speciale in quanto appartenente soltanto a determinati soggetti che ricoprono determinati uffici.

[64] Anche A. Lener, *Potere*, cit., 627, precisa che i poteri di conformazione della sfera giuridica altrui non sono "manifestazioni di una generica potenzialità dell'agire giuridico".

[65] Gli atti che esprimono quella parte della capacità che si definisce potere, infatti, sono

In questa chiave di lettura le nozioni di capacità di agire e di potere giuridico riflettono due diversi approcci alla tematica generale della soggettività[66]: la prima rimanda ad una concezione organica che contempla il soggetto quale potenziale punto di collegamento di tutti gli effetti e le fattispecie giuridiche presenti nell'ordinamento[67], mentre la seconda presuppone un approccio atomistico perché la valenza dinamica del soggetto si esaurisce all'interno delle singole norme che lo considerano come autore degli atti, isolatamente considerate[68].

La teoria generale del diritto pubblico tradizionalmente privilegia l'approccio atomistico, descrivendo la dimensione soggettiva degli enti (non come una generale attitudine al compimento degli atti giuridici, bensì) come attitudine al compimento di atti specificamente individuati e tipizzati dalle norme[69]: cui corrispondono altrettanti poteri che si raggruppano in competenze degli organi e in attribuzioni degli enti[70]. E il successo che la nozione di potere giuridico riscontra nel diritto pubblico trova una spiegazione plausibile proprio nell'essere espressione della concezione atomistica della soggettività, che rispetto a quella organica appare maggiormente idonea a dar conto dell'"ambito rigorosamente limitato in cui è costretto l'agire dei soggetti pubblici"[71].

sottoposti a regole di validità sconosciute agli atti non precettivi. Il punto è messo in evidenza da L. Ferrajoli, *Principia iuris*, cit., 595.

[66] Cfr. A. Romano Tassone, *Note sul concetto di potere*, cit., 418 ss.

[67] Per questa concezione soprattutto A. Falzea, *Capacità*, cit., 10 ss.

[68] Questo approccio risale essenzialmente a H. Kelsen, *La teoria pura del diritto*, Torino, 1953, 64 ss. È interessante notare la posizione intermedia di G. Miele, *Principi di diritto amministrativo*, cit., 40 s., secondo cui "la capacità, e quindi la personalità, è relativa ai singoli poteri, diritti e obblighi, ma più spesso il legislatore la definisce in termini generali subordinandola all'esistenza di certi requisiti (ad es. artt. 1 e 2 del C. C.) e considerando eccezioni i casi in cui la capacità è esclusa ovvero è concessa in base a requisiti minori (p. es. art. 3 C. C.)".

[69] Lo osserva anche A. Romano Tassone, *Note sul concetto di potere*, cit., 419, che in proposito richiama la posizione di C. Lavagna, *Capacità di diritto pubblico*, in *Enc. dir.*, VI, cit., 91. Ma è chiarissimo in questo senso U. Forti, *Diritto amministrativo. Parte generale*, II, Napoli, 1934, 139 s., secondo cui "a differenza di quanto avviene nel campo del diritto privato, non si può, nel nostro campo, parlare di una generica capacità, bensì di una capacità che abbraccia una serie più o meno ampia di rapporti giuridici a seconda che dallo Stato si passi agli enti autarchici territoriali e da questi agli enti istituzionali […] La capacità è dunque circoscritta ad una zona di rapporti".

[70] Da ultimo F. Follieri, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, cit., 408 ss., e *ivi* ulteriori riferimenti bibliografici. Sulla valenza garantistica del principio che vuole il potere pubblico come un potere diviso in attribuzioni e competenze G. Corso, *Manuale*, cit., 11.

[71] A. Romano Tassone, *Note sul concetto di potere*, cit., 14 s.

Non si può qui verificare se l'approccio atomistico e quello organico alla soggettività degli enti pubblici siano incompatibili ovvero se essi possano convivere per una convincente spiegazione dei fenomeni del diritto positivo[72]. Di certo, il potere giuridico nella accezione sin qui presa in considerazione è una entità congenere alla capacità di agire[73]: una posizione "preliminare ai singoli fatti attraverso i quali si svolge la soggettività giuridica", esattamente e negli stessi termini in cui lo è la capacità di agire[74].

Non pare esatto, allora, sostenere che il potere si distingue qualitativamente dalla capacità in quanto ne rappresenta lo svolgimento attraverso l'atto giuridico[75]: questa distinzione è impossibile perché sia la capacità d'agire sia il potere sono concetti definitori della soggettività, astratti rispetto

[72] Come oggi appare preferibile, dal momento che, secondo l'opinione maggioritaria, le amministrazioni sono soggette innanzitutto al diritto comune, e pertanto sono titolari di capacità giuridica e capacità di agire (non importa qui stabilire se questa spetti agli enti o ai funzionari che agiscono per essi sulla base del rapporto organico) al pari dei soggetti privati, e sono in aggiunta titolari dei poteri amministrativi autoritativi conferiti e disciplinati dalle singole norme di diritto pubblico. Per l'affermazione della capacità generale della pubblica amministrazione v. M.S. Giannini, *L'attività amministrativa*, Roma, 1962, 20 ss., ma già U. Forti, *Diritto amministrativo. Parte generale*, II, cit., 140 s., accanto alla capacità di diritto pubblico poneva la capacità di diritto privato degli enti pubblici precisando che tale compresenza non dà luogo a uno sdoppiamento della soggettività. Da ultimo ricostruisce l'evoluzione del dibattito anche più recente A. Moliterni, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, cit., 57 ss., cui si rinvia per ulteriori riferimenti bibliografici.

Si vuole qui soltanto precisare che la capacità generale dell'amministrazione, con la sua conseguente soggezione al diritto comune, non ha come unico significato la idoneità degli enti pubblici a stipulare contratti (il che costituisce senz'altro un aspetto saliente della loro generale capacità di agire), ma anche la soggezione alle regole civilistiche in materia di fatti illeciti e, più in generale, ai principi che regolano l'attività dei privati in quanto compatibili: sul punto, per tutti, A. Romano, *I soggetti e le situazioni giuridiche soggettive del diritto amministrativo*, cit., 284.

[73] Lo osserva condivisibilmente A. Romano Tassone, *Note sul concetto di potere*, cit., 417. Lo esclude per le persone giuridiche M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, I, cit., 502, partendo dal presupposto che queste sono prive di capacità di agire. Resta il fatto che questa obiezione non vale per le persone fisiche, e che anche la teoria negatrice della capacità di agire delle persone giuridiche deve ammettere, se vuol essere coerente con le proprie premesse, che ad operare per esse sia una persona fisica (così Ferrajoli), alla quale pertanto si può riferire il potere.

[74] A. Falzea, *Capacità*, cit., 17.

[75] Così invece S. Romano, *Poteri. Potestà*, cit., 189; v. anche A. Romano, *I soggetti*, cit., 296, che parla del potere come di una "espressione immediata" della capacità, distinguendolo chiaramente dalla capacità giuridica ma non altrettanto, a parere di chi scrive, dalla capacità d'agire, con cui il potere finisce per identificarsi. Per questa critica alla concezione del potere come svolgimento della capacità v. A. Falzea, *Capacità*, cit., 17.

alle singole vicende produttive del diritto: per cui il secondo non può rappresentare lo svolgimento dell'altro[76].

5. (segue) *Il potere nella dinamica giuridica concreta. Potere giuridico e schema di validità degli atti*

Nella seconda possibile accezione il potere non è una posizione giuridica astratta e si distingue nettamente dalla capacità d'agire, la quale è soltanto una delle condizioni per la sua titolarità e per il suo esercizio[77]. A questa stregua non sono poteri giuridici il c.d. potere di legiferare, l'autonomia privata o quella pubblica: aspetti che rimangono appunto collocati nell'ambito della capacità di agire del soggetto[78].

Il potere è piuttosto una situazione giuridica soggettiva che si pone sul terreno della dinamica giuridica concreta: concerne non la definizione del soggetto come soggetto di diritto ma il suo agire[79]. Come tale, il potere esiste soltanto quando (a condizione che) divengano operative le norme ipotetiche che lo prefigurano in capo al soggetto, cioè soltanto in presenza dei c.d. fatti costitutivi del potere, prefigurati dalle stesse norme[80]. Fatti che,

[76] Come osserva (criticamente nei riguardi di questa concezione del potere) A. Romano Tassone, *Note sul concetto di potere giuridico*, cit., 415-420, se il tratto caratteristico del potere è quello di non svolgersi all'interno di rapporti concreti, allora a rigor di logica non ne è configurabile l'esercizio tramite atti giuridici puntuali.

Esclude che il potere sia lo svolgimento della capacità anche E. Cannada Bartoli, *L'inapplicabilità*, cit., 91, sulla base dell'argomento opposto, sostenendo cioè che sono entrambe posizioni concrete. La differenza, secondo l'A., è che la capacità è una posizione passiva e recettiva, mentre il potere è energia attiva. A prescindere dalla inesattezza della definizione del potere come energia, questa prospettazione non tiene in considerazione la distinzione tra capacità giuridica e capacità d'agire, il cui significato è proprio di distinguere l'attitudine del soggetto a essere destinatario degli effetti giuridici (capacità giuridica) e di operare attivamente nel diritto (capacità di agire).

[77] I due piani, sui quali si articola il discorso sul potere, erano ben presenti a D. Donati, *Atto complesso*, cit., 5, che distingueva il potere come "appartenenza esclusiva di una data sfera di attività (potere nudo)" dal "potere di esercitare l'attività riconosciuta, nei limiti di quella sfera (facoltà d'esercizio del potere)". Cfr. A. Romano Tassone, *Note sul concetto di potere*, cit., 415, che della concezione del potere come situazione preliminare ai rapporti, e dunque astratta e generale, osserva proprio l'inidoneità "a farsi carico dell'interpretazione della dinamica di produzione dell'atto giuridico, proprio perché tale dinamica si situa certamente nella sfera della concreta fenomenologia giuridica".

[78] Cfr. A. Falzea, *Capacità*, cit., 17.

[79] Questi profili sono messi in rilievo da G. Miele, *Principi di diritto amministrativo*, cit., 45. Il potere, così inteso, è una situazione concernente l'agire del soggetto, per usare il lessico di F.G. Scoca, *L'interesse legittimo*, cit., 448 s.

[80] Cfr. A. Piras, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, cit., 184: "perché si possa

va precisato, non sono soltanto quelli che consentono di individuare il soggetto competente ad adottare l'atto, ma tutti quelli richiesti dalla norma per legittimarne l'adozione in concreto[81].

Il potere dunque sorge nella situazione concreta, al venire in essere dei fatti costitutivi descritti dalla norma, e trova esplicazione nell'atto precettivo. Ma il momento della sua esistenza, condizionata alla presenza dei fatti costitutivi, non si confonde con quello del suo esercizio attraverso l'atto, perché questo può mancare nonostante l'esistenza del potere[82].

La dottrina prevalente ravvisa una stretta connessione tra il potere giuridico, così inteso, e l'efficacia dell'atto che ne costituisce espressione: secondo l'opinione comune, infatti, è il fondamento normativo del potere a consentire all'atto di produrre effetti giuridici[83]. Questa posizione teorica riflette la rappresentazione della dinamica del diritto, assolutamente prevalente tra i giuristi, alla stregua di una catena di nessi di derivazione normativa[84]. In questa catena, l'atto precettivo è efficace in quanto una norma precedente ha costituito in capo a quel soggetto la situazione giuridica soggettiva del potere, che funge da ideale anello di congiunzione tra l'efficacia della norma attributiva e quella dell'atto precettivo. Il potere come situazione giuridica soggettiva è così naturalmente posto in relazione con l'efficacia giuridica dell'atto che ne costituisce esplicazione.

Non ci si può qui attardare sui fondamenti di una simile rappresentazione della dinamica del diritto[85]. Basti dire che essa è contraddetta dall'effica-

parlare del potere come di una situazione del soggetto occorre […] che non si tratti di una possibilità così affatto generale da identificarsi addirittura con la possibilità stessa, connaturata al carattere astratto della norma, che questa trovi esplicazione nel caso concreto e subbiettivi in una data fattispecie". In generale sulla nascita delle situazioni giuridiche soggettive, legata al venir in essere del fatto giuridico generatore dell'effetto, v. A. Falzea, *Efficacia giuridica*, cit., 486.

[81] A.M. Sandulli, *Per la delimitazione del vizio di incompetenza*, cit., 66: "fin quando manchi la possibilità di esercitarlo effettivamente, non è sufficiente, perché possa parlarsi dell'esistenza di un potere, la circostanza che esso possa esser considerato concretamente attribuito a un certo titolare […]".

[82] Sulla distinzione tra titolarità del potere e esercizio dello stesso v. A. Romano, *I soggetti e le situazioni giuridiche soggettive del diritto amministrativo*, cit., 296, che però sembra ritenere possibile questa distinzione soltanto se si accede ad una definizione del potere che lo pone al di sopra delle situazioni giuridiche soggettive.

[83] Per la chiara enunciazione di questo legame, presupposto da gran parte della dogmatica tradizionale, v. G. Miele, *Principi di diritto amministrativo*, cit., 46.

[84] Cfr. da ultimo S. Perongini, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016, 114 ss.

[85] Dovuta essenzialmente alla crisi del soggetto quale fattore determinante della dinamica giuridica e al prevalere della concezione per cui la potestà dinamica dello stesso nel

cia degli atti invalidi: se l'efficacia giuridica dell'atto precettivo dipendesse dalle norme che lo regolano, oppure dalla situazione giuridica di cui è espressione (il potere, appunto) – fosse, comunque, una virtù che si trasmette all'interno dell'ordinamento attraverso la cinghia di trasmissione rappresentata dalle norme – allora ne dovrebbero essere sprovvisti gli atti difformi dalle norme oppure non integralmente riferibili a un potere giuridico normativamente fondato[86]. La realtà giuridica è invece colma di atti invalidi ma perfettamente efficaci[87].

La dottrina, ben consapevole di questa difficoltà ricostruttiva, prova ad aggirarla sostenendo che l'atto invalido ma efficace è, sì, difforme dal suo modello normativo, ma conforme ad un altro schema che gli riconosce l'efficacia provvisoria[88]. Questo diverso modello normativo è tuttavia un espediente soltanto immaginato dall'interprete, spesso senza fondamento nel diritto positivo.

Altre volte, e apparentemente con maggiore ragione, si sostiene che la conformità alle norme richiesta ai fini dell'efficacia dell'atto sia soltanto parziale, mentre ai fini della validità sia integrale: da qui la distinzione tra i requisiti di esistenza e requisiti di validità dell'atto[89] o, con altro vocabola-

mondo del diritto è niente altro che una "mera proiezione soggettiva di una entità normativa preminente": così A. Romano Tassone, *Note sul concetto di potere giuridico*, cit., 447.

[86] Osserva A. Falzea, *Efficacia giuridica*, cit., 456 ss., che nella produzione degli effetti giuridici "sul profilo assiologico-formale prende legittimamente il sopravvento il profilo assiologico-materiale". Ciò, secondo l'A., si deve al principio della adattabilità dell'effetto, in base al quale "ogni norma di legge contiene oltre il suo rigido modello formale un criterio sostanziale più elastico di orientamento dell'efficacia e che nei limiti volta per volta più o meno ampi in cui è consentito lo scarto del criterio sostanziale dal modello formale l'effetto deve potersi adattare alle variazioni della fattispecie". In diritto amministrativo il principio dell'adattabilità dell'effetto al fatto è impiegato da V. Fanti, *Tutela demolitoria e risarcitoria dell'interesse legittimo innanzi al giudice ordinario e al giudice amministrativo*, Milano, 2006, 79, per spiegare in punto di teoria generale l'equiparazione degli effetti del provvedimento invalido a quelli del provvedimento valido.

[87] Sia consentito rinviare, per una più ampia esposizione del tema e della posizione teorica che si esprimerà nel testo, a M. Trimarchi, *La validità del provvedimento amministrativo*, cit., 81 ss., *passim*, e ai relativi riferimenti bibliografici.

[88] M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, I, cit., 609; in un'ottica peculiare, tendente a valorizzare la funzione ratificante dell'invalidità, A. Romano Tassone, *Tra diversità e devianza. Appunti sul concetto di invalidità*, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, II, Milano, 1993, 1135.

Muovendo dal presupposto che l'atto annullabile è comunque conforme a un modello normativo (sia pur diverso da quello "ordinario") si arriva talora ad affermarne la validità, il che del resto è coerente con le premesse di chi identifica la validità con l'efficacia: cfr. F. Modugno, *Annullabilità e annullamento (diritto pubblico)*, in *Enc. giur.*, II, Roma, 1988, 1.

[89] Cfr., *ex plurimis*, A.M. Sandulli, *Il procedimento amministrativo*, cit., 314-317; E. Caset-

rio[90], tra le norme attributive del potere (che definiscono i requisiti di esistenza) e le norme regolatrici del potere (che definiscono i requisiti di validità)[91].

Sennonché, sul piano teorico è impossibile tracciare una distinzione sicura tra ciò che è prescritto ai fini dell'esistenza/efficacia e ciò che è prescritto ai fini della validità, ovvero tra la norma che attribuisce il potere e quella che ne regola l'esercizio. Più esattamente, non v'è criterio di teoria generale che possa distinguere i limiti del potere che derivano dalla norma attributiva (la quale, proprio in quanto attribuisce, contestualmente delimita il potere[92]) da quelli posti dalle norme regolatrici[93]. La distinzione è pos-

TA, *Diritto soggettivo e interesse legittimo: problemi della loro tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 611 ss., spec. 640 s.

[90] Sulla confluenza delle due teoriche v. G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto*, cit., 118 s.

[91] Da ultimo, A. ROMANO, *Nullità del provvedimento*, in ID. (a cura di), *L'azione amministrativa*, cit., 816 ss., la cui posizione si riannoda a una gloriosa tradizione concettuale che deriva dalla distinzione posta da Guicciardi tra norme di azione e norme di relazione. Per l'esposizione e la discussione critica di queste dottrine sia consentito rinviare a M. TRIMARCHI, *La validità del provvedimento amministrativo*, cit., 178 ss., 237 s.

[92] A. ROMANO, *op. loc. ult. cit.*

[93] Ne sono prova i mobili confini della tormentata categoria della carenza di potere in concreto, ora ammessa ora disconosciuta dalla dottrina quale posizione intermedia tra la carenza di potere, determinata dalla violazione della norma attributiva, e il cattivo uso dello stesso, determinato dalla violazione della norma regolatrice. Cfr., per tutti, G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto*, cit., 118 ss. 124.

A conferma di quanto sostenuto nel testo è utile prendere in considerazione il poderoso sforzo sistematico di A.M. SANDULLI, *Per la delimitazione del vizio di incompetenza*, cit., 65 ss., che distingue tra: a) fattori che operano sulla consistenza del potere: soggetto, oggetto, contenuto, causa dell'atto; b) fattori che operano sulla effettività del potere ovvero sulla possibilità del suo esercizio: circostanze e o presupposti estrinseci all'atto; c) fattori che incidono sull'uso del potere, ossia che afferiscono alla disciplina dell'azione in cui l'esercizio del potere si risolve: elementi formali dell'atto, elementi relativi all'iter logico dell'azione. La compresenza dei fattori sub a) e sub b) è necessaria per la sussistenza del potere, mentre i fattori sub c) incidono soltanto sulla validità dell'atto.

Sennonché, il chiaro A. riconosce la difficoltà di discernere "quei presupposti, i quali operano sulla titolarità del potere, da quelli, i quali operano soltanto sulla possibilità di esercizio del potere", e a tal fine pone il seguente criterio discriminatore: "potranno esser considerati come presupposti specifici della titolarità del potere unicamente quei fatti, estranei ai termini del potere – soggetto e oggetto –, nel concorso dei quali soltanto l'ordinamento riconosca tra tali termini (quali già essi risultano dai loro elementi di qualificazione), quella particolare proporzione, che legittimi a parlare di titolarità".

Se leggiamo questo criterio con gli occhi della concettuologia astratta, è evidente che esso reca una tautologia: sono fatti costitutivi della titolarità del potere quei presupposti che l'ordinamento consente di ritenere tali. Si eviterebbe la tautologia se il riferimento all'ordi-

sibile soltanto sulla base del rimedio che la legge collega alla violazione del limite: e così si potranno dire "regolatrici del potere" le norme la cui violazione dà luogo ad annullabilità e "attributive del potere" quelle la cui violazione è sanzionata con la nullità. Così come saranno "essenziali" gli elementi la cui mancanza è sanzionata con la nullità, mentre non essenziali gli elementi il cui difetto determina annullabilità.

In altre parole, le distinzioni tra norme attributive e norme regolative del potere e tra elementi essenziali e non essenziali della fattispecie non rappresentano altro che il riflesso sulla struttura del paradigma normativo o sulla struttura dell'atto giuridico del modo di operare dei rimedi all'invalidità dell'atto stesso. Ma questa, che è una possibile operazione di sistematizzazione della disciplina dei rimedi all'invalidità, non può in alcun caso essere scambiata per una tesi sul fondamento dell'efficacia degli atti.

Sembra allora più lineare riconoscere (e il fenomeno della efficacia degli atti invalidi né è una dimostrazione) che nell'ordinamento non esiste alcun meccanismo di trasmissione d'efficacia dalle norme all'atto precettivo, benché l'efficacia degli atti sia certamente disciplinata dal sistema normativo[94]: né diretta, né indiretta attraverso l'anello di congiunzione che si vorrebbe rappresentato dalla situazione giuridica soggettiva che assume la denominazione di potere.

Se il fondamento ultimo dell'efficacia degli atti non può essere ricercato nel concetto di potere giuridico, inteso quale situazione che esprimerebbe una particolare forza produttiva che il soggetto riceve dalla norma, allora

namento fosse inteso come un rinvio al regime dei rimedi avverso l'invalidità dell'atto, quale unico e affidabile criterio discretivo degli elementi dell'atto stesso. Ma non è ciò che intende l'A., il quale coerentemente mantiene il discorso sul piano meramente concettuale e pertanto si sforza di distinguere in astratto i fatti che attengono alla consistenza del potere dai fatti che attengono alla effettività del potere. Ne viene fuori una sistematica inevitabilmente arbitraria (ad es., si sostiene che difetta l'attribuzione del potere quando il prefetto o il sindaco adotta una ordinanza in assenza dell'urgenza richiesta dalla legge come presupposto), ciò che non dipende da un difetto di analisi, che qui anzi raggiunge vette elevatissime, bensì dalla impossibilità di distinguere sul piano ontologico tra elementi necessari per la consistenza del potere, elementi necessari per l'effettività del potere e elementi necessari per la validità dell'atto.

[94] Tanto che atti perfettamente validi e riconosciuti possono non produrre effetti giuridici, se la norma così dispone nel caso di specie (ad esempio, perché non si è verificato il fatto dedotto come condizione sospensiva, o perché l'efficacia del provvedimento è stata sospesa dall'autorità). Sottolinea questo punto F. Fracchia, *Recensione a Michele Trimarchi. La validità del provvedimento amministrativo*, in *Dir. econ*., 2014, 285, il quale vi ricava che "forse ci sono due tipi di efficacia: quella del provvedimento invalido [il cui fondamento può essere eventualmente ricercato in fattori extranormativi] e quella del provvedimento valido [che è, sotto ogni aspetto, un fenomeno ricadente sotto il dominio delle norme]".

esso dovrà essere ricercato al di fuori del sistema normativo. E si è ipotizzato che esso risiede nel riconoscimento sociale dell'atto, da parte dei consociati e della autorità, come atto riferibile all'ordinamento; riconoscimento che dipende in ultima analisi dalla legittimazione *lato sensu* politica della decisione, rispetto alla quale il valore della legalità (e dunque la conformità dell'atto a uno schema normativo predeterminato) è decisivo[95].

Ma, a prescindere da questa ipotesi ricostruttiva, quel che interessa sottolineare in questa sede è la distanza concettuale che inevitabilmente si viene frapporre tra il potere giuridico e la tematica dell'efficacia degli atti[96].

[95] Questa tesi è esposta in M. Trimarchi, *La validità del provvedimento amministrativo*, cit., 103 ss., 281 ss. V. Cerulli Irelli, *Invalidità e inesistenza degli atti amministrativi e delle leggi (prime osservazioni)*, in *Dir. pubbl.*, 2015, 214 s. l'ha ritenuta in termini generali condivisibile, precisando però che in diritto amministrativo il giudizio sull'esistenza giuridica dell'atto assume connotati del tutto particolari, nel senso che l'elemento autoritativo comporta la capacità dell'atto di produrre gli effetti precettivi alla sola condizione di superare il giudizio di rilevanza (e non anche quello di validità).

S. Civitarese Matteucci, *La validità degli atti giuridici tra teoria e dogmatica. Alcune riflessioni a partire da due libri recenti*, ivi, 259, osserva che a fondamento dell'efficacia (che per l'A. coincide con la validità) dell'atto deve pur sempre esservi "una norma secondaria, che stabilisca che un certo gruppo di persone, mezzi, ecc., è un'autorità, munita per tanto di potere, senza di che si potranno avere tutte le fondazioni (o legittimazioni) sociali che si vogliono in termini di autorità politica, morale, tradizionale, etc., ma non un 'potere giuridico'".

Anche F. Fracchia, *Recensione*, cit., ritiene che "la conformità minima alla norma dell'ordinamento generale (che garantisce l'appartenenza del provvedimento all'ordinamento generale, che appunto attribuisce i poteri di cui il primo è espressione) pare necessaria, non riuscendosi a immaginare una rilevanza che conviva con l'illegalità più radicale".

Tali rilievi critici sono certamente condivisibili: non vi è dubbio che un minimo di conformità al paradigma normativo sia necessaria per il riconoscimento di un comportamento umano come comportamento produttivo di effetti giuridici. Ma ciò avviene in quanto nello Stato di diritto la conformità alla norma è il principale, anche se non esclusivo, fattore di legittimazione di una decisione e del suo riconoscimento come prescrizione giuridica vincolante. Se non si tiene conto di ciò – ossia che la conformità alla norma è strumentale al riconoscimento sociale dell'atto come atto giuridico, dal quale dipende la produzione dell'effetto – vi è il rischio di considerare il sistema normativo come una catena di derivazione dell'efficacia giuridica e si finisce per incorrere nel paradosso dell'atto difforme ma efficace.

Questa è la sede per esprimere sincera gratitudine agli Autori che hanno voluto discutere le tesi esposte nel mio precedente saggio monografico, offrendo spunti di grande interesse per il prosieguo della riflessione e la correzione degli errori commessi.

[96] L'irrilevanza del potere rispetto alla produzione degli effetti è implicitamente affermata dalla tesi che propone addirittura l'espunzione della nozione dal lessico della dogmatica, ritenendola una inutile superfetazione di stampo psicologista (opinione che però non si ritiene di dover accogliere in questa sede, a tacer d'altro per il diffuso impiego della no-

Per chiarire il punto, può essere utile distinguere convenzionalmente, all'interno del potere giuridico, tra potere e potere legale. Il primo si estrinseca in tutti gli atti efficaci, ma non è una situazione giuridica soggettiva: ha fondamento extranormativo[97], non è l'effetto giuridico della norma attributiva bensì il riflesso subiettivo (in capo al suo autore) del riconoscimento sociale dell'atto[98]. Il secondo è invece una situazione giuridica soggettiva creata dall'insieme delle norme che regolano la fattispecie dell'atto, indicano lo schema dell'atto che il soggetto può validamente adottare e separano

zione di potere nella sintassi del diritto amministrativo e pubblico in genere), nonché dalla tesi che rifiuta di riconoscere al potere la consistenza di situazione giuridica soggettiva e lo qualifica come mera possibilità materiale.

La prima tesi richiamata è di N. Irti, *La perfezione degli atti giuridici ed il concetto di onere,* in *Due saggi sul dovere giuridico (obbligo-onere)*, Napoli, 1973, 51 ss., e in *Norme e fatti. Saggi di teoria generale del diritto*, Milano, 1984, 107 ss., 156-160, secondo cui la teoria del potere non farebbe altro che convertire gli elementi o le modalità della fattispecie in possibilità del soggetto autore della fattispecie stessa, collocando "a lato della norma 'se *A*, allora *B*', un'altra norma, che avrebbe la funzione di attribuire al privato [o all'amministrazione, per quanto d'interesse] il potere di compiere *A*". In tal modo, "la fattispecie viene risolta in termini di possibilità e di necessità delle parti", dandosi luogo a "un indebito intreccio del profilo normativo e del profilo psicologico", un inutile "processo di moltiplicazione di categorie giuridiche, a cui sottostà un identico fenomeno", in quanto i poteri non sono altro che "lo specchio subiettivo e psicologico delle singole fattispecie".

La seconda tesi è quella di S. Cassarino, *Le situazioni giuridiche e l'oggetto della giurisdizione amministrativa*, cit., 218 ss., 224, 225, 228, secondo cui "l'ordinamento non si propone il compito di attribuire poteri giuridici […] ma si limita a stabilire […] che determinati fatti conseguiranno effetti giuridici solo se conformi al paradigma prefissato; siamo noi che, con un'operazione logica successiva, diciamo che il soggetto, in grado di dar vita a quei fatti giuridicamente rilevanti, risulta munito di un potere giuridico". Il potere è dunque mera possibilità materiale di porre in essere un comportamento produttivo di effetti giuridici (atto o fattispecie). È soltanto l'interprete che *ex post* qualifica questa possibilità materiale come possibilità giuridica quando, accertata la conformità dell'atto adottato al suo schema normativo, "potrà dire che esisteva un potere *giuridico* di provocare la venuta in essere della fattispecie e quindi la produzione dell'effetto considerato". "Così, ad es., dire che il Prefetto ha il potere giuridico di emettere un decreto di espropriazione, significa dire che esistono tutte le situazioni richieste dalla legge, ossia la stessa qualità di Prefetto, l'essere intervenuta la dichiarazione di pubblica utilità dell'opera, la determinazione e il deposito dell'indennità, nonché tutti gli altri atti della procedura espropriativa. Il potere giuridico quindi non è neanche una situazione strumentale, ma la possibilità che consegue all'esistenza di determinate situazioni strumentali".

[97] Sulla dimensione esistenziale del potere A. Zanfarino, *Potere (fil. dir.)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, cit., par. 13.

[98] Sebbene anche questo potere si sostenga sul sistema normativo, dal momento che la corrispondenza (anche parziale) dell'atto alla norma è il principale dei suoi fattori di legittimazione sociale.

l'area del valido da quella dell'invalido dal punto di vista del sistema normativo[99].

Si rende così evidente che il problema del potere, inteso come situazione giuridica soggettiva (potere legale), va correlato con la tematica della validità degli atti (e non già con quella della loro efficacia)[100]. La situazione giuridica che si definisce potere non è altro che lo specchio subiettivo delle norme che regolano la produzione degli atti, riguardate dalla prospettiva dell'autore degli atti medesimi. Il potere trova il suo fatto costitutivo nelle norme che disciplinano la validità degli atti ed esprime la potenzialità del soggetto di adottare un atto valido a fronte di un determinato fatto storico più o meno complesso.

La prima implicazione di questo modo di concepire il potere (legale) è che esso sussiste solo all'interno dei limiti di validità che il sistema normativo pone alla, astrattamente infinta, potenzialità creatrice del soggetto. Anche al di fuori dello schema di validità il soggetto può adottare un atto giuridicamente efficace, se socialmente legittimato e riconosciuto, ma questo non può essere considerato espressione di potere legale[101].

[99] La distinzione tra potere giuridico e potere legale è esposta in M. Trimarchi, *La validità*, cit., 291 s.

I due concetti di potere così formulati corrispondono al duplice modo in cui il soggetto entra nella scena del diritto: come entità fondante il sistema normativo, che ad esso si impone sulla base del riconoscimento sociale delle proprie espressioni; e come entità fondata, o costituita dalle norme, titolare dunque di situazioni giuridiche soggettive, tra le quali il potere.

Sul significato essenziale della teoria delle situazioni giuridiche soggettive, che è quello di sottoporre il soggetto (e dunque anche l'amministrazione, intesa come soggetto) ai principi dell'ordinamento, v. A. Romano, *I soggetti e le situazioni giuridiche soggettive del diritto amministrativo*, cit., 284. Cfr. altresì quanto afferma M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, I, cit., 16 s., 132, sulla dimensione ordinamentale della soggettività, a proposito del fatto che "ogni ordinamento sceglie i suoi soggetti" e che il soggetto non è una entità naturalistica ma una figura individuata e definita dalla norma. Sul distacco della soggettività giuridica dalla personalità concreta dell'uomo, dalla volontà e dalla forza creatrice di esso v. A. Di Majo, *Soggetti del diritto*, in *Enciclopedia Feltrinelli-Fischer, II. Diritto*, Milano, 1972, 473 ss. Cfr. altresì A. Romano Tassone, *Note sul concetto di potere giuridico*, cit., 446-449, dove si dimostra che tutta l'evoluzione concettuale della nozione di potere giuridico, sia nelle sue declinazioni soggettivistiche sia in quelle oggettivistiche, costituisce il risvolto della (o può esser letta come la) decadenza del soggetto individuale quale valore unificante dell'esperienza giuridica.

[100] La mette in rilievo L. Ferrajoli, *Principia iuris*, cit., 589 ss.

[101] Questa affermazione riecheggia la tesi di L. Ferrajoli, *Principia iuris*, cit., 595 s., secondo cui i poteri "hanno per argomento non qualunque atto, ma solo i tipi di atti precettivi previsti e disciplinati, quanto alla loro forma e ai loro contenuto, da norme formali e sostanziali sulla produzione", sicché "il potere in tanto è permissione degli atti precettivi che ne sono esercizio in quanto questi siano validi, laddove è un divieto ove questi siano invalidi".

La seconda implicazione del legame riconosciuto tra la tematica del potere e quella della validità degli atti è che la misura dell'esistenza o inesistenza di un potere giuridico non è l'efficacia o l'inefficacia dell'atto, bensì appunto la sua validità o invalidità: un soggetto è provvisto o meno del potere a seconda che, nel caso concreto, possa o meno adottare validamente l'atto. Non è invece dall'efficacia dell'atto che si può risalire alla esistenza del potere legale.

Viene infine confermato che non è possibile distinguere, se non in termini puramente descrittivi, la norma attributiva del potere da quelle che ne regolano l'esercizio. Entrambe definiscono il potere partecipando alla determinazione dello schema normativo dell'atto: la prima semplicemente ne indica l'autore, ponendo così una condizione di validità analoga a quelle poste dalle altre norme che si riferiscono all'atto[102].

6. (segue) *L'eventuale inesauribilità del potere come problema di diritto positivo. Metodo dell'indagine*

Il potere giuridico, inteso come elemento definitorio della soggettività, rimane in capo al suo titolare sino a quando è in vigore la norma attributiva, indipendentemente dalle vicende che ne riguardano l'esercizio, in quanto è una posizione astratta che non si riversa nei singoli atti che il soggetto pone in essere[103].

In questo senso si può certamente affermare che il potere, inteso quale entità congenere alla capacità di agire, è inesauribile. Ciò è come dire che la capacità di agire di un soggetto non subisce limitazioni o compressioni dalla concreta attività che il soggetto compie come operatore giuridico. O che la capacità giuridica, intesa come astratta idoneità del soggetto alla titolarità delle situazioni giuridiche soggettive, non viene posta in discussione dalla titolarità effettiva di una determinata situazione giuridica e dalla sua estinzione.

[102] In termini simili, anche se nella diversa prospettiva delle situazioni giuridiche del privato, G. Greco, *L'accertamento autonomo del rapporto*, cit., 131, 135, che insiste sulla necessità di costruire l'interesse legittimo sulla base di tutte le norme che attribuiscono e disciplinano la potestà amministrativa.

[103] Come osserva A. Falzea, *Capacità*, cit., 44, "la capacità è sempre una qualità astratta, in quanto accordata al soggetto in via preventiva e non con riferimento a un singolo atto o effetto". E dunque il potere e il dovere, essendo entrambi modalità prospettiche e potenziali (in opposizione all'effetto giuridico che è invece modalità attuale e effettiva), "sono sempre anteriori nel tempo alle azioni e situazioni di fatto che ne costituiscono le realizzazioni corrispondenti": A. Falzea, *Efficacia*, cit., 485.

Sennonché è evidente che non basta il possesso di una inesauribile capacità d'agire (o potere in senso astratto) per adottare un atto valido in concreto, così come non basta il possesso di una inesauribile capacità giuridica per avere la titolarità di un interesse legittimo all'interno del rapporto amministrativo[104]. Pertanto, l'inesauribilità che è propria del potere in quanto posizione astratta, congenere alla capacità d'agire, non costituisce un elemento sufficiente a consentire l'adozione di questo o di quell'atto (come il possesso dell'inesauribile capacità d'agire non consente a chiunque di impugnare un atto amministrativo) né possiede implicazioni sul regime degli atti (al di fuori del profilo della competenza).

La positiva configurazione assunta dall'inesauribilità del potere indica tuttavia che tale carattere del potere, ammissibile e innocuo se riferito al potere come elemento della capacità di agire, si è progressivamente imposto nella sensibilità amministrativistica come un elemento incidente sulla concreta dinamica giuridica e sui limiti della stessa. L'inesauribilità è così divenuto un elemento caratteristico del potere, inteso questa volta non come capacità d'agire ma come situazione giuridica soggettiva concreta che trova esplicazione negli atti precettivi.

Va a questo punto ribadito che in questa accezione il potere è soltanto la risultante delle condizioni normative richieste ai fini della validità dell'atto. Nessuna ontologia del potere è possibile, proprio in quanto esso si definisce esclusivamente in rapporto alle norme che regolano l'adozione del provvedimento. Va dunque recisamente negato, a questo livello d'analisi, che l'inesauribilità sia un carattere intrinseco al potere, in qualche modo implicito nella (o imposto dalla) sua stessa definizione; e a riprova di ciò vi è che nel diritto privato esistono senza dubbio poteri soggetti ad esaurimento, nel duplice significato di poteri sottoposti a termini decadenziali e di poteri che si consumano all'atto del loro esercizio[105].

Ciò peraltro non esclude che il potere amministrativo sia inesauribile, o che lo sia in taluni casi, ma dimostra che l'inesauribilità non può essere affermata in astratto, sulla base di una certa definizione del potere stesso o di una sua certa collocazione negli schemi della dogmatica.

Queste precisazioni indicano che il problema dell'inesauribilità del po-

[104] Come esattamente osserva E. Capaccioli, *Manuale di diritto amministrativo*, I, Padova, 1983, 249, "Il potere, considerato quale posizione irrelata afferente al soggetto (titolare), non è in principio consumabile; nel senso che esso continua ad appartenere al soggetto anche dopo essere stato esercitato una o più volte. Naturalmente si possono esaurire le situazioni di fatto in presenza delle quali il potere è esercitabile".

[105] Cfr. A. Lener, *Potere*, cit., 633 ss.

tere va reimpostato sul versante della disciplina degli atti e dell'azione amministrativa prescritta per la loro adozione[106]. Si tratta di verificare se quella disciplina contenga elementi tali da confermare che il potere non si esaurisce con il suo esercizio né per effetto dell'inerzia dell'amministrazione[107].

L'essenziale è liberare lo studio dal pregiudizio concettuale dell'inesauribilità del potere, concedendo ad essa nulla più che il valore di una ipotesi da verificare sul campo[108]. Bisogna inoltre tener fermo, alla luce delle pre-

[106] Cfr. S. Cassarino, *Le situazioni giuridiche e l'oggetto della giurisdizione amministrativa*, cit., 229, secondo cui quando si dice che il potere è inesauribile ci si riferisce alla astratta possibilità riconosciuta ad un soggetto di compiere un'azione giuridicamente rilevante (ad es. il potere del cittadino elettore di concorrere alla scelta dei rappresentanti non si esaurisce con i singoli atti di esercizio), il che "non significa niente". Quel che viceversa rileva, ossia la concreta possibilità di esplicare l'attività produttiva di effetti giuridici, "è legata alle circostanze prescritte dall'ordinamento, sicché si può dire che sorga e si estingua con esse (cosi, per continuare nell'esempio di sopra, l'elettore ha la concreta possibilità di partecipare alla scelta dei rappresentanti solo nel giorno fissato per le elezioni, trascorso il quale perde il suo potere)".

[107] Anche secondo F. Bassi, *Contributo*, cit., 105 "è esclusivamente con riferimento alla fattispecie normativa dell'atto che assume significato il disquisire se all'organo competente sia consentita una sola attuazione ovvero una serie più o meno indefinita di attuazioni del potere".

L'Autore colloca questa affermazione nell'ambito di un quadro ricostruttivo generale caratterizzato dalla distinzione tra il potere, inteso come "l'astratta possibilità prevista dall'ordinamento di porre in essere un comportamento giuridicamente rilevante a contenuto precettivo", e l'uso del potere, inteso come "la astratta possibilità per una o più ben individuate figure soggettive di porre in essere quell'atto che costituisce attuazione di quel potere" (104). Alla luce di questa distinzione, l'A. esclude che l'inesauribilità sia un carattere del potere perché essa rimanda a un profilo di legittimazione del titolare del potere a farne uso; un profilo che quindi si pone all'esterno del concetto di potere stesso, che in sé è rigorosamente oggettivo o non tollera riferimenti a colui che ne fa esercizio o ai modi in cui può essere esercitato, e riguarda invece l'uso del potere.

Così impostata la questione, Bassi sembra piuttosto scettico sulla possibilità di affermare l'inesauribilità dell'uso del potere in termini generali. Anche se non lo dichiara espressamente, l'Autore sembra farne una questione di diritto positivo, quando osserva come "la soluzione possa variare con il variare delle fattispecie: così fa d'uopo riconoscere che, mentre, ad es., il potere di emanare leggi formali o di pronunciare sentenze possa ricevere un'attuazione illimitata sempreché ricorrano determinati presupposti (rispetto dei limiti temporali e spaziali operanti come fatti di legittimazione, domanda di parte, ecc.), viceversa, ad es., il potere di concorrere alla formazione di un organo elettivo sia tale da consentire una sola o quanto meno in una serie ben individuata e circoscritta di attuazioni" (105).

[108] Cadono qui acconce le parole di M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, I, cit., 55: "non si può ammettere che la teoria giuridica si faccia tradire dagli ordini concettuali che essa stessa ha creato per spiegare la realtà: eppure questo è accaduto". L'A. trova in questa considerazione di fondo le ragioni per aderire al c.d. "indirizzo realistico" che in un certo senso supera la teoria formale-sostanziale della pandettistica, avendo però cura di precisare

messe poste, che la misura dell'inesistenza del potere, o del suo esaurimento se in un tempo precedente il potere era invece esistente, non è l'inefficacia dell'atto bensì la sua invalidità: dunque, che la capacità di un atto di produrre effetti giuridici non può mai essere chiamata a dimostrazione dell'inesauribilità del potere.

La prospettiva di ricerca così delineata si pone agli antipodi dell'atteggiamento assunto dalla giurisprudenza esaminata nel primo capitolo. Quella spesso muove dalla premessa dell'inesauribilità del potere, in ciò confortata dall'insegnamento tradizionale che vede in essa un carattere intrinseco al concetto di potere giuridico, e da ciò desume conseguenze in ordine al regime degli atti. Qui si ribalta completamente l'approccio al tema, in quanto si ritiene che i caratteri del potere siano il riflesso del regime degli atti[109].

Ciò non soltanto è conforme alla concezione qui accolta del potere giuridico, ma risponde ad una essenziale direttiva metodologica sul rapporto tra concetti giuridici e dato positivo[110]. I primi sono entità che la dogmatica costruisce attraverso un procedimento logico-intellettivo che prende le mosse dal dato positivo e, per astrazione, giunge appunto al concetto, il quale è strumentale a una rappresentazione al tempo stesso sintetica e sistematica dell'esperienza[111]. Si entra invece in una spirale patologica quando il rapporto tra concetto e dato positivo si inverte e l'interprete, piuttosto che risalire al primo dal secondo, deriva il secondo dal primo[112]. Già sul piano

che l'adesione all'indirizzo realistico "non può significare rinuncia a ciò che della pandettistica è tuttora valido: l'elaborazione di una teoria generale del diritto, la rigorosa individuazione di un preciso corpo nozionale e concettuale, l'ormai collaudata tecnica dell'analisi giuridica". Sull'impostazione realista di Giannini, attenta a tenere "saldo il timone nella costruzione concettuale", v. M. D'Alberti, *Massimo Severo Giannini: realista e cartesiano*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 322.

[109] Condividendo, in questo senso, l'impostazione di S. Cassarino, *Le situazioni giuridiche e l'oggetto della giurisdizione amministrativa*, cit., 228 s.

[110] Si segue S. Pugliatti, *La logica e i concetti giuridici*, in Id., *Grammatica e diritto*, Milano, 1978, 151 ss., e Id., *Logica e dato positivo. In rapporto ad alcuni fenomeni giuridici anomali*, ivi, 190 s.

[111] V. quanto rilevato da A. Romano, *I soggetti e le situazioni giuridiche soggettive del diritto amministrativo*, cit., 296, a proposito delle teorie delle situazioni giuridiche soggettive, il cui parametro di validità è, "più che una loro non ipotizzabile fondatezza", l'effettiva idoneità a risolvere il maggior numero possibile dei problemi ricostruttivi che si pongono all'interno di un ordinamento.

[112] Cfr. a questo proposito il severo giudizio espresso da L. Mannori - B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, Bari, 2004, 375, sul metodo impiegato per l'edificazione del diritto amministrativo come sistema giuridico autonomo: "scorrendo le pagine di Otto Mayer come di Fritz Fleiner, di Santi Romano come di Oreste Ranelletti, e pure quelle, ricche di argomentazioni e di accenti diversi, ma anche di prospettive al fondo non dissimili, di Mau-

del metodo si vede dunque quanto vi sia di arbitrario nel desumere conseguenze sul regime degli atti da un carattere del potere, la sua inesauribilità, che si porrebbe come un corollario della sua stessa definizione.

Prima di avviare la ricerca nella prospettiva testé delineata occorre far fronte a due possibili obiezioni generali. La prima di queste è che, aldilà della (in)consistenza teorica del relativo concetto, l'inesauribilità è un carattere necessariamente proprio al potere amministrativo in quanto strumento di cura dell'interesse pubblico. La seconda e più grave obiezione preliminare riguarda la diretta strumentalità dell'inesauribilità del potere all'attuazione di taluni principi costituzionali.

I paragrafi che seguono discutono la possibilità di ravvisare il fondamento dell'inesauribilità del potere nell'idea di necessità o, alternativamente, nei principi costituzionali.

7. *Impossibilità di desumere l'inesauribilità del potere dalla sua presunta necessità*

Al successo della teoria dell'inesauribilità del potere ha presumibilmente contribuito la convinzione che non avrebbe senso affidare un interesse alle cure dell'amministrazione, se non le si consentisse di prendersene cura costantemente e in ogni tempo[113].

In questa logica l'inesauribilità è un carattere necessario del potere amministrativo, connaturato alla logica stessa dell'amministrare per fini pubblici: posto che l'amministrazione deve essere in condizione di curare l'interesse pubblico al tempo presente[114]; posto che la cura dell'interesse pubblico

rice Hauriou come di Léon Duguit, si scopre facilmente che il diritto amministrativo non costruisce la propria parte generale in modo induttivo, elaborando i dati offerti dal diritto positivo. Muove, invece, da una definizione quasi fideistica di amministrazione, isola una certa essenza amministrativa, che ipostatizza come naturale, e da questa fa derivare principi e criteri di costruzione sistematica".

[113] Scrive F. Cammeo, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, cit., 165, che non si può "irrigidire l'azione amministrativa in una serie di atti irrevocabili". Sul punto B. Sordi, *Il tempo e lo spazio dell'attività amministrativa nella prospettiva storica*, cit., 363.

Cfr. altresì, sul piano generale, A. Pizzorusso, *Certezza del diritto - II) Profili applicativi*, in *Enc. giur.*, VI, Roma, 1988, 2, che pone in contrapposizione la certezza e la modificabilità del diritto rilevando che quest'ultima è un presupposto essenziale per la razionalità stessa del sistema normativo.

[114] Risuona qui la suggestione del filosofo che ha individuato una affinità tra i tradizionali poteri dello Stato e i tre "tipi umani" rappresentati dall'uomo del presente, l'uomo del passato e l'uomo del futuro: il potere esecutivo è l'uomo del presente in quanto "amministrare significa incidere in modo plasmante sul mondo sociale circostante, che viene esperito nel presente": G. Husserl, *Diritto e tempo: saggi di filosofia del diritto*, Milano, 1998, 47, ri-

deve essere assicurata nonostante gli errori dell'amministrazione: allora è una *necessità* che il potere non si esaurisca con il suo esercizio oppure per l'infruttuoso decorso del termine[115].

Si tratta di una delle molteplici epifanie nel diritto pubblico dell'idea della necessità. Alcune volte essa agisce all'interno del principio di legalità, quale fattore di contrazione o allentamento del principio stesso (si pensi alla gestione dell'emergenza). Altre volte, invece, agisce in funzione fondante di determinate soluzioni giuridiche "informando in modo indiretto, e talvolta occulto, altri concetti e istituti che in apparenza con tale categoria non hanno nulla a che fare"[116], sul presupposto che "lo Stato (inteso come potere, governo, Verwaltung) deve essere, e stabilmente è, in quanto deve svolgere attività e curare interessi da cui non si può prescindere e di cui non si può discutere, in quanto appunto necessari, consustanziali alle esigenze stesse dello Stato e della comunità"[117].

In relazione all'inesauribilità del potere amministrativo la categoria della necessità agisce in funzione fondante: compare cioè "nel suo più tipico significato di imprescindibilità-indiscutibilità della cura di interessi, dello svolgimento di attività" da parte dello Stato[118].

La costruzione per cui il potere non si esaurisce, infatti, riflette la "necessità che la P.A. agisca, svolga i suoi compiti, curi […] gli interessi pubblici in posizione di supremazia e in modo tempestivo, efficace, continuativo,

chiamato da M. Immordino, *Tempo ed efficienza nella decisione amministrativa*, cit., 58, 60, che aderisce a questa rappresentazione nel senso che "il fine, che è connaturato all'esercizio del potere amministrativo, vale a dire la cura di interessi pubblici, postula l'attualità e dunque il presente dell'azione amministrativa", precisando però che l'amministrazione con gli strumenti programmatori incide anche sul futuro e si rivolge anche al passato con l'attività di riesame e quella di controllo.

[115] Cfr. M. Immordino, *Tempo ed efficienza nella decisione amministrativa*, cit., 78; A. Police, *Dai silenzi significativi ai poteri sostitutivi. Una nuova dimensione per il dovere di provvedere della P.A.*, in A. Rallo - A. Scognamiglio (a cura di), *I rimedi contro la cattiva amministrazione*, cit., 34, secondo cui "la inesauribilità del potere pubblico è strettamente connaturata alla funzione amministrativa ed alla sua preordinazione al perseguimento degli interessi della collettività"; S. Tuccillo, *Contributo*, cit., 178: "se c'è funzione c'è cura concreta di interessi e c'è un'amministrazione chiamata a occuparsene finché non verrà privata (legislativamente) del potere di farlo"; già A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, I, cit., 719, per la revoca.

[116] A. Orsi Battaglini, *«L'astratta e infeconda idea» - Disavventure dell'individuo nella cultura giuspubblicistica (a proposito di tre libri di storia del pensiero giuridico)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XVII, 1988, 599.

[117] A. Orsi Battaglini, *«L'astratta e infeconda idea»*, cit., 599.

[118] A. Orsi Battaglini, *«L'astratta e infeconda idea»*, cit., 601, fa l'esempio della tendenza a sottrarre al principio di legalità il potere regolamentare e organizzativo del Governo, radicandone la sussistenza in un principio di autolegittimazione fattuale.

non intralciato più che tanto dalla resistenza di interessi individuali o dal sindacato giurisdizionale"[119].

Una necessaria presenza dello Stato nella cura degli interessi pubblici che vale e basta a fondare la presenza effettiva dello Stato stesso.

Assunta la chiave interpretativa della necessità, si potrebbe trovare nella vicenda dell'inesauribilità del potere l'ennesima conferma del carattere pratico della scienza giuridica e della giurisprudenza: che attraverso questo concetto si fanno carico di esigenze avvertite nella vita amministrativa.

Tuttavia non sembra sia scientificamente legittimo desumere l'inesauribilità del potere dalla sua presunta necessità. E ciò per ragioni analoghe a quelle indicate da A. Merkl in sede di critica alle dottrine dominanti, secondo cui l'atto amministrativo non potrebbe mai acquisire l'efficacia della cosa giudicata in quanto ciò gli attribuirebbe un grado di stabilità incompatibile con la suprema necessità che "la *situazione del diritto amministrativo* sia sempre all'unisono con l'interesse pubblico"[120].

L'argomento utilizzato da queste dottrine ha, osserva esattamente Merkl, "carattere giusnaturalistico"[121], perché "dalla esigenza che la *situazione del diritto amministrativo* sia sempre all'unisono con l'interesse pubblico non deriva direttamente che ogni atto amministrativo, in qualsiasi momento, possa essere adattato al mutato interesse pubblico o revocato in conformità di esso". Questa è una istanza *de lege ferenda*, di cui peraltro l'Autore non intende porre minimamente in dubbio la serietà. Solo che da tale istanza non si può ricavare alcunché di decisivo in ordine al regime dell'atto, vieppiù che in astratto merita analoga considerazione l'interesse del cittadino alla intangibilità della decisione a lui favorevole.

La presunta necessità cui la dottrina si appella per negare la formazione del giudicato in relazione agli atti amministrativi, è la stessa, *mutatis mutandis*, che viene posta a fondamento della necessità che all'amministrazione sia attribuito un potere inesauribile. Per cui, a prescindere da come si voglia risolvere il problema della riferibilità del giudicato all'atto amministrativo, le osservazioni critiche rivolte da Merkl nei riguardi delle tesi negatrici dimostrano come la necessità di mantenere l'azione amministrativa sempre con-

[119] A. Orsi Battaglini, *«L'astratta e infeconda idea»*, cit., 602.

[120] A. Merkl, *Zum Problem der Rechtskraft in Justiz und Verwaltung*, 1919, trad. it., *Il problema del giudicato nella giurisdizione e nell'amministrazione*, in Id., *Il duplice volto del diritto*, Milano, 1987, 335 s. Che sia proprio quella indicata da Merkl la ragione sottostante al ripudio della categoria del giudicato in relazione al provvedimento amministrativo è confermato da M.S. Giannini, *Lezioni di diritto amministrativo*, I, Milano, 1950, 416.

[121] A. Merkl, *Il problema del giudicato nella giurisdizione e nell'amministrazione*, cit., 335.

forme all'interesse pubblico non può di per sé essere utilmente richiamata a fondamento dell'inesauribilità del potere amministrativo.

La necessità della cura attuale e costante dell'interesse pubblico può certamente costituire una spiegazione *ex post* dell'inesauribilità del potere, ma non anche il suo fondamento, dal momento che una esigenza anche molto avvertita a livello sociale non esprime di per sé un significato giuridico intorno al quale ricostruire gli istituti. Anche la teoria del diritto più propensa a riconoscere un nesso di derivazione tra valori sociali, valori giuridici e istituti del diritto positivo[122], deve convenire che i valori sociali diventano giuridici a seguito di una selezione che l'ordinamento positivo svolge alla stregua dei propri valori, decretandone i modi di rilevanza o l'irrilevanza per il diritto[123].

Ciò chiarito, fondare l'inesauribilità del potere sulla necessaria aderenza all'interesse pubblico delle decisioni amministrative significherebbe affermare l'esistenza di tale carattere sulla base di una ideologia, o di preferenze personali, e non invece sulla base dell'ordinamento positivo. La necessità di assicurare la conformità dell'azione amministrativa all'interesse pubblico riflette una visione di impronta collettivistica che fa prevalere sistematicamente l'interesse delle istituzioni e dei gruppi su quello dell'individuo. Ad essa può essere contrapposta con egual fondamento una interpretazione

[122] A. Falzea, *Sistema culturale e sistema giuridico*, in Id., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica, I. teoria generale del diritto*, Milano, 1999, 189 ss.; Id., *Complessità giuridica*, in *Ricerche di teoria generale e di dogmatica giuridica, III. Scritti di occasione*, Milano, 2010, 599 ss. Ma anche, sia pur in prospettiva statalista, O. Ranelletti, *Ancora sui concetti discretivi e sui limiti della competenza dell'autorità giudiziaria e amministrativa*, in *Foro it.*, XVIII, 1893, I, 470-486, ora in Id., *Scritti giuridici scelti, II. La giustizia amministrativa*, Napoli, 1992, 94. Sul rapporto tra dimensione assiologica e dimensione normativa del diritto è possibile vedere M. Trimarchi, *La validità del provvedimento amministrativo*, cit., 28 ss.

Per la tesi che l'integrazione dell'ordinamento giuridico debba avvenire tramite il richiamo all'ordine giuridico della società, sino al punto di ritenere che "la stessa legittimazione e legittimità dell'ordine legale è da ricercare in quest'ordine giuridico sovrano – quello della società, che si trattiene stabilmente nella sovranità", v. L.R. Perfetti, *Sistematica giuridica e controllo razionale del potere. Osservazione intorno al problema del metodo nel pensiero di Antonio Romano Tassone e proposta in base all'ordine giuridico della società*, in *Dir. e proc. amm.*, 2015, 825.

[123] Ritenere che vi sia un legame tra valori sociali, contenuti normativi e istituti giuridici non significa affatto ritenere che tutti gli interessi sociali siano anche giuridicamente rilevanti, bensì al contrario comporta di studiare i criteri di rilevanza giuridica degli stessi, i quali, siano rinvenuti all'interno dell'ordinamento positivo e dei suoi valori (come pare preferibile) ovvero all'esterno, costituiscono comunque un filtro di selezione: sia consentito rinviare per quest'ordine di idee a M. Trimarchi, *La validità del provvedimento amministrativo*, cit., 45 ss., 56-61.

costituzionale di impronta individualistica che antepone le ragioni del singolo a quelle dello Stato e dei gruppi[124].

8. *Impossibilità di fondare l'inesauribilità del potere sui principi costituzionali*

Le considerazioni svolte fanno giustizia di una sorta di automatismo in base al quale, per il solo fatto di agire per la cura dell'interesse pubblico, l'amministrazione sarebbe dotata di tutti gli strumenti necessari per la realizzazione di quell'interesse: e, tra questi, di un potere inesauribile. Si tratta di un modo di ragionare metodologicamente scorretto, e d'altronde non è un caso che dietro la presunta "necessità" di certi istituti si siano annidate, e

[124] Cfr. per questa interpretazione A. Orsi Battaglini, *«L'astratta e infeconda idea»*, cit., 607, secondo cui la Costituzione afferma il primato dell'individuo nei rapporti con il potere e con i gruppi: sia sotto l'aspetto statico o difensivo, laddove afferma la garanzia dei diritti inviolabili (art. 2); sia sotto l'aspetto dinamico, laddove indica le dimensioni e i contesti nei quali la personalità trova sviluppo (le formazioni sociali, l'organizzazione politica, economica e sociale del paese, art. 3).

Il primato dell'individuo rispetto al potere pubblico e alle formazioni sociali comporta che esso sia soggetto all'autorità (pubblica e privata) soltanto nei limiti in cui ciò sia ammesso dalla Costituzione e previsto dalla legge e, per altro verso, comporta una primazia logica e assiologica dell'individuo rispetto alle formazioni sociali e quindi alla collettività, che sono i luoghi di sviluppo della sua personalità.

L'attribuzione in termini generali del carattere dell'inesauribilità al potere amministrativo rischia di collidere con questo impianto in quanto apre o può aprire ambiti nei quali l'individuo è soggetto all'autorità al di fuori dei limiti definiti dalla legge (la legge che non prevede espressamente poteri di ritiro, ovvero la legge che stabilisce un termine per l'esercizio del potere di primo grado).

Né si avrebbe ragione d'osservare che l'inesauribilità del potere rappresenta in realtà una garanzia dell'interesse pubblico nei confronti dell'amministrazione stessa, perché impedisce che la cura dell'interesse pubblico trovi ostacolo nell'errore del funzionario che adotta un atto inopportuno oppure illegittimo (eventualmente annullato dal giudice) o che non esercita tempestivamente il potere.

In questo modo si sposterebbe l'accento dal momento soggettivo dell'autorità a quello oggettivo della funzione, postulando la supremazia istituzionale (questa volta non dell'amministrazione ma) del titolare dell'interesse pubblico, che è la collettività, sull'individuo: il quale potrebbe essere pregiudicato dal ritiro del provvedimento a lui favorevole oppure dalla possibilità dell'amministrazione di intervenire in ogni tempo sulla sua sfera giuridica con effetti limitativi.

L'interpretazione in chiave individualistica della Costituzione non consente quindi di riconoscere in termini generali l'inesauribilità del potere amministrativo in quanto ciò si porrebbe in continuità con una certa tradizione del diritto pubblico che tende a riproporre anche nella stagione costituzionale "la priorità dei gruppi, della società e dello Stato" (A. Orsi Battaglini, *op. ult. cit.*, 607).

tuttora in parte si celino, le incrostazioni autoritarie (in senso deteriore) del diritto pubblico[125].

Ciò non esclude, però, che le esigenze sottese all'inesauribilità del potere trovino un riscontro a livello costituzionale o nei principi di diritto europeo, il che potrebbe in ipotesi consentire di superare le obiezioni sin qui svolte in quanto non si tratterebbe più (soltanto) di esigenze socialmente rilevanti, bensì di veri e propri valori giuridici che, come tali, possono ben costituire la giustificazione razionale di soluzioni quali l'inesauribilità del potere.

Argomenti a sostegno dell'inesauribilità del potere amministrativo si desumono in particolare dal principio del buon andamento (art. 97, comma 2, Cost.), il quale richiede che l'azione amministrativa sia disciplinata in modo da "perseguire la migliore realizzazione dell'interesse pubblico"[126] e, dunque, costituisce un riferimento costituzionale per tutte le costruzioni concettuali volte a consentire la massimizzazione dell'interesse pubblico stesso[127].

Dal buon andamento, inoltre, discende il c.d. principio di continuità dell'azione amministrativa, il quale si rivolge innanzitutto all'organizzazione degli uffici ma esprime anche l'idea che la cura dell'interesse pubblico da parte dei poteri pubblici deve essere costante, non subire interruzioni[128]: e l'inesauribilità del potere serve proprio a evitare soluzioni di continuità nella cura degli interessi pubblici perché consente all'amministrazione di provvedere in ogni tempo e di rivedere le proprie scelte[129].

[125] Aderiscono alla lettura della Costituzione proposta da Orsi Battaglini G. Corso, *La costituzione italiana negli studi di diritto amministrativo*, in *Riv. dir. cost.*, 1999, 140 ss. e, da ultimo, M. Clarich, *Stato, gruppi intermedi e individuo*, in *Dir. pubbl.*, 2016, supplemento, 133 ss. Invece per il rilievo che si tratta di una lettura della Costituzione influenzata da una opzione di individualismo metodologico e forsanche ideologico, considerato che il testo costituzionale non è univoco e ammette anche interpretazioni di segno opposto a quello indicato v. M. Dogliani, *Le ragioni della discontinuità tra la cultura giuspubblicistica pre e post costituzionale*, in AA.VV., *La necessaria discontinuità. Immagini del diritto pubblico*, Bologna, 1990, 111.

[126] Corte costituzionale, sentenze nn. 40 e 135 del 1998.

[127] Cfr. F. Goggiamani, *La doverosità della pubblica amministrazione*, Torino, 2005, 84 s. Sugli interessi a soddisfazione necessaria v. G. Rossi, *Potere amministrativo e interessi a soddisfazione necessaria. Crisi e nuove prospettive del diritto amministrativo*, Torino, 2011, *passim*.

[128] Corte costituzionale, sentenze n. 331 del 1988; 878 del 1988; n. 103 del 2007, dove si afferma che "il principio di continuità dell'azione amministrativa è strettamente correlato a quello di buon andamento dell'azione stessa"; n. 104 del 2007; n. 161 del 2008. Sul rapporto tra continuità e prassi amministrativa v. S. Tarullo, *Buone prassi e continuità dell'azione amministrativa* (parte II), in *Dir. amm.*, 2013, spec. 198 s.

[129] C. Leone, *Il principio di continuità dell'azione amministrativa. Tra operatività dell'organo, inesauribilità del potere e stabilità degli effetti*, Milano, 2007, 101 ss. Da ultimo R. Caponigro, *Il potere amministrativo di autotutela*, cit., 1, considera la autotutela decisoria "quale espressione

Infine, il criterio di efficienza dell'azione amministrativa, anch'esso diretta emanazione del buon andamento, pone l'accento sulla capacità dell'azione amministrativa di realizzare gli obiettivi istituzionali: e dunque fornisce un serio argomento a sostegno di una conformazione del potere amministrativo che consente di massimizzare l'interesse pubblico[130].

Trattandosi di un canone dell'azione amministrativa che trova applicazione in tutti gli ambiti e materie in cui essa si esplica, il principio del buon andamento offre un sostegno di carattere trasversale all'inesauribilità del potere. Vi si deve aggiungere la giustificazione costituzionale ulteriore e specifica che l'inesauribilità del potere può rinvenire negli ambiti e settori d'azione dell'amministrazione nei quali viene in rilievo la cura dei cosiddetti interessi pubblici a protezione costituzionale necessaria (la salute, l'istruzione, la previdenza, etc.)[131]: interessi tanto importanti che l'amministrazione deve perseguire in modo continuativo e senza trovare ostacoli in proprie precedenti decisioni oppure in scadenze temporali.

Se il buon andamento rappresenta un riferimento costituzionale a favore dell'inesauribilità del potere amministrativo, la tutela del legittimo affidamento, che costituisce un principio di diritto europeo di livello costituzionale, rappresenta il più diretto antagonista dell'inesauribilità del potere[132], in

del principio di continuità dell'azione della pubblica amministrazione, che può costantemente rivedere i propri atti al fine di meglio perseguire gli interessi pubblici affidati dalla legge alle sue cure".

[130] Cfr. M. Immordino, *Revoca degli atti amministrativi*, cit., 79 ss., dove si fonda la revoca sul principio di efficacia dell'azione amministrativa previsto dall'art. 1, l. n. 241/1990, che del buon andamento è immediato corollario; Id., *Tempo ed efficienza nella decisione amministrativa*, cit., 78, dove si osserva che l'inesauribilità del potere si collega al principio di funzionalità ed efficienza dell'azione, "per cui, se l'interesse pubblico lo richiede il potere deve essere esercitato, anche oltre il termine fissato". Ma la stessa A. avverte che il principio di inesauribilità del potere va letto alla luce degli altri principi dell'azione amministrativa, tra i quali il principio di tempestività.

[131] F. Goggiamani, *La doverosità*, cit., 81-83.

[132] *Ex plurimis* F. Merusi, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970, 3 ss.; Id., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'"alternanza"*, Milano, 2001, *passim*; F. Manganaro, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995; M. Immordino, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, cit., *passim*; S. Antoniazzi, *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, Torino, 2005; E. Zampetti, *Il principio di tutela del legittimo affidamento*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 173 ss.; M. Gigante, *Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici e legittimo affidamento. Tra diritto comunitario e diritto interno*, Milano, 2008; M.T.P. Caputi Jambrenghi, *Il principio del legittimo affidamento*, in M. Renna - F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2011, 159 ss.; A. Gigli, *Nuove prospettive di tutela del legittimo affidamento nei confronti del potere amministrativo*, Napoli, 2016; A. Travi, *Con-*

quanto trova realizzazione nella stabilità del provvedimento favorevole[133] e nell'intangibilità della sfera giuridica del cittadino una volta decorsi i termini per provvedere[134].

Ulteriore limite alla ritirabilità del provvedimento favorevole è il principio di proporzionalità, presente in Italia nel suo nucleo essenziale nell'elaborazione di Romagnosi e valorizzato oggi dalla Corte di giustizia europea secondo il modello della giurisprudenza costituzionale tedesca. Dal punto di vista del suo beneficiario, infatti, l'atto di ritiro è assimilabile ad un provvedimento di primo grado a contenuto limitativo: pertanto è sottoposto al vaglio dei criteri dell'idoneità, necessità ed adeguatezza che, sulla base appunto del principio di proporzionalità, guidano l'amministrazione nell'esercizio del potere restrittivo[135].

siderazioni critiche sulla tutela dell'affidamento nella giurisprudenza amministrativa, cit., 1 ss.; F. De Leonardis, *Principi generali dell'attività amministrativa*, cit., 85 ss.

Anche la giurisprudenza è ferma nel collocare la tutela dell'affidamento tra i principi del diritto amministrativo (ad esempio, Cons. Stato, sez. VI, 14 novembre 2014, n. 5609; Cons. Stato, sez.VI, 16 gennaio), il che, come osserva A. Travi, *op. ult. cit.*, 2, supera l'approccio episodico dei primi tempi.

Sul principio del legittimo affidamento nel diritto europeo, come limite all'esercizio dei poteri di ritiro, v. approfonditamente W. Troise Mangoni, *L'esercizio retroattivo del potere amministrativo. Limiti e garanzie a tutela dell'individuo*, Torino, 2016, 110 ss., dove anche il confronto con il modo di intendere lo stesso principio nell'ordinamento italiano; G. La Rosa, *La revoca del provvedimento amministrativo*, cit., 256 ss.

[133] Sul tema M. Trimarchi, *Stabilità del provvedimento e certezze dei mercati*, in *Dir. amm.*, 2016, 321 ss.

[134] Secondo F. Merusi, *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, 2007, 46, nello "Stato del mercato" – che per l'A. è "lo Stato dei diritti fondamentali, *in primis* del diritto di libertà economica nelle sue più disparate manifestazioni, tutte quelle che il mercato può suggerire […]" – "tutti devono avere pari possibilità nell'esercizio dei diritti fondamentali e da questo postulato si è fatto derivare che il potere impeditivo o conformativo dell'esercizio di un diritto fondamentale è sottoposto a decadenza".

[135] La prima fase della valutazione della p.a. è informata al principio di idoneità, che guarda alla relazione tra mezzo impiegato e obiettivo perseguito, imponendo di scartare, tra tutte le soluzioni possibili, quelle inidonee a raggiungere il fine. Successivamente, la necessità (o "regola del mezzo più mite") consente di selezionare, tra le misure ritenute idonee, quelle che implicano il minor sacrificio possibile degli interessi coinvolti dal provvedimento da adottare. Infine, la scelta definitiva dell'amministrazione deve superare un ultimo vaglio alla luce del criterio di adeguatezza, cioè di tollerabilità della compressione della sfera giuridica del destinatario del provvedimento, per cui l'intera decisione deve essere ridiscussa ove il sacrificio causato sia sproporzionato rispetto al raggiungimento dello scopo perseguito.

Sul principio di proporzionalità A. Sandulli, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998, 315 ss.; Id., *Proporzionalità*, in *Dizionario di diritto pubblico*, cit., 4643; D.U. Galetta, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998; Id., *Il principio di proporzionalità*, in M. Renna - F. Saitta, *op. cit.*, 389 ss., spec. 405 ss.;

Più in generale, la protezione delle libertà individuali reclama la stabilità delle decisioni amministrative in tutti quei casi in cui l'esercizio della libertà medesima è condizionato ad un atto di assenso dell'amministrazione, nonché la certezza dei tempi per l'eventuale adozione da parte dell'amministrazione di provvedimenti inibitori dell'attività privata. Quindi stride con l'immagine di un potere inesauribile che può decidere in ogni tempo e tornare sui propri passi. Ciò vale a maggior ragione in relazione alle libertà che hanno contenuto economico: dove l'instabilità dell'atto d'assenso non solo reca un pregiudizio al suo destinatario ma, in termini più generali, ingenera tra gli operatori del mercato un senso di incertezza e sfiducia che scoraggia l'intrapresa economica[136].

A questa logica si ispira la generale riconfigurazione degli atti ampliativi che il diritto europeo impone sulla spinta delle libertà economiche fonda-

S. Villamena, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa*, Milano, 2008, 97 ss.; G. Della Cananea - C. Franchini, *I principi dell'amministrazione europea*, Torino, 2010, 97-101; S. Cognetti, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011, 224 ss., *passim*; G.A. Ansaldi, *Principio di proporzionalità e funzioni pubbliche*, Acireale-Roma, 2012, 163 ss.; V. Fanti, *Dimensioni della proporzionalità. Profili ricostruttivi tra attività e processo amministrativo*, Torino, 2012, 85 ss.; e, da ultimo, con specifica attenzione al *test* di proporzionalità articolantesi nei criteri della idoneità, necessità ed adeguatezza, F. Trimarchi Banfi, *Canone di proporzione e test di proporzionalità nel diritto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 361 ss.

Nell'ordinamento italiano il principio di proporzionalità trova il suo antecedente nel principio del "minimo mezzo" elaborato da Gian Domenico Romagnosi. Su Romagnosi e il principio di proporzionalità v. A. Sandulli, *op. ult. cit.*, 10 ss.; F. Merusi, *Gian Domenico Romagnosi tra diritto e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1234 s.; G. Rossi, *L'attualità di G.D. Romagnosi nell'eclissi dello statalismo*, in *Dir. pubbl.*, 2012, 31 s.; V. Fanti, *op. cit.*, 85-98.

Il principio di proporzionalità, oltre a costituire un criterio generale di valutazione dei poteri di ritiro, ispira talune soluzioni normative specifiche, come ad esempio quelle contenute nella direttiva 2002/20/CE del 7 marzo 2002 relativa alla autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica. Si prevede infatti che, se accerta l'inosservanza da parte di un'impresa di una o più condizioni indicate dalla concessione dei diritti individuali d'uso delle frequenze radio e dei numeri, l'autorità di regolamentazione non può revocare immediatamente la concessione, ma deve aprire un contraddittorio con l'impresa e eventualmente comminare sanzioni pecuniarie (art. 10, parr. 2-4); la revoca dei diritto d'uso è pertanto una misura di *extrema ratio*, che l'autorità disporre solo se ricorrono violazioni gravi e ripetute (art. 10, par. 5) o se le violazioni sono tali da arrecare un rischio grave e immediato per la sicurezza pubblica, l'incolumità pubblica o la salute pubblica, o da creare gravi problemi economici od operativi ad altri fornitori o utenti di reti o di servizi di comunicazione elettronica (art. 10, par. 6).

[136] Cfr. A. Police, *La cooperazione pubblico-privato nel governo dell'economia e l'instabilità delle decisioni pubbliche*, in *Nuove autonomie*, 2016, 223.

mentali previste dal trattato e dal principio di concorrenza. La direttiva 2006/123/CE del 12 dicembre 2006[137] prevede che un regime autorizzatorio – per tale intendendo qualsiasi forma di controllo *ex ante* sulle attività produttive – è ammissibile soltanto a tutela di interessi pubblici determinati, rispetto ai quali il controllo *ex post* si sia rivelato in concreto non soddisfacente: i c.d. motivi imperativi di interesse generale, come la sanità o l'ordine pubblico, tra i quali non figura il bisogno economico di mercato[138]. Tale previsione riguarda innanzitutto il legislatore, che ad essa è vincolato nella istituzione dei regimi autorizzatori, ma determina a catena un effetto di abbattimento della discrezionalità amministrativa perché l'atto di assenso potrà essere negato soltanto ove ciò sia strettamente necessario alla tutela degli interessi pubblici tipici in vista dei quali il regime autorizzatorio è stato istituito[139]. In tal modo anche il potere di revocare il provvedimento, che può essere esercitato soltanto al venir meno delle condizioni per il rilascio dello stesso, diviene un potere a fattispecie tipizzata e a basso tasso di discrezionalità. In definitiva, l'effetto delle previsioni della direttiva servizi sul potere amministrativo è duplice: ad essere vietato per ragioni diverse da quelle tassativamente indicate dal diritto europeo non è soltanto il diniego dell'autorizzazione, ma anche il ritiro della stessa[140].

[137] Cfr. Direttiva 2006/123/Ce, che sul punto costituisce il testo normativo di riferimento nonostante non riguardi l'intero universo delle autorizzazioni e delle concessioni: non trova applicazione, ad esempio, nel settore dei servizi pubblici. Cfr. M. Clarich, *Autorizzazioni e concessioni: presidi dell'interesse pubblico o barriere all'accesso al mercato?*, cit., 16, il quale osserva che la direttiva servizi assume comunque una valenza generale perché definisce una disciplina unitaria del controllo pubblico su una buona parte delle attività economiche, disciplina peraltro direttamente espressiva di principi ricavabili dai Trattati.

[138] Sui motivi imperativi di interesse generale v. N. Longobardi, *Liberalizzazioni e libertà di impresa, Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2013, 603 ss., 637; M. Clarich, *Autorizzazioni e concessioni: presidi dell'interesse pubblico o barriere all'accesso al mercato?*, cit., 17 s.; A. Cioffi, *Annullamento d'ufficio e libertà economiche*, reperibile sul sito dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo, all'indirizzo *http://www.diritto-amministrativo.org/index.php?new=634*, che individua l'origine della categoria nel diritto civile francese, dove l'interesse generale opera come limite all'autonomia privata.

[139] Si tratta di un indice della vitalità dello sviamento di potere, sui cui F. Merusi, *Giustizia amministrativa e autorità indipendenti*, in *Annuario AIPDA 2002*, Milano, 2003, 191-193 e Id., *Analisi economica del diritto e diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2007, 438.

[140] Non è senza rilievo, infine, che il solo potere di ritiro che la direttiva servizi dichiara di voler preservare è la revoca dei provvedimenti autorizzativi al venir meno dei presupposti per il loro rilascio: il considerando 55 della direttiva 2006/123/CE del 12 dicembre 2006 lascia "impregiudicata la facoltà degli Stati membri di revocare successivamente le autorizzazioni, quando non sussistono più le condizioni per il loro rilascio". Tale indicazione normativa indirizza i poteri di ritiro verso la funzione di gestione delle sopravvenienze

A conclusione di questa breve rassegna dei principi si può dire che l'esigenza della cura attuale dell'interesse pubblico, sottostante alla costruzione dell'inesauribilità del potere, trova senz'altro un riscontro sul terreno dei valori costituzionali che si aggregano intorno alla formula del buon andamento. Essa tuttavia non ha dignità maggiore delle opposte esigenze di stabilità e di integrità della sfera giuridica privata, anch'esse fondate su valori e principi di rango costituzionale come il legittimo affidamento, la proporzionalità, la tutela delle libertà economiche.

Se lo sguardo rivolto all'amministrazione come ad una entità isolata – una monade – tende inevitabilmente ad assolutizzare l'esigenza del continuo adattamento delle decisioni all'interesse pubblico, la considerazione dell'amministrazione all'interno di un contesto costituzionale – si direbbe: dell'ordinamento generale – dimostra che i valori di riferimento sono intimamente conflittuali e che l'esigenza di stabilità e certezza delle situazioni giuridiche ha dignità pari all'esigenza di aderenza all'interesse pubblico[141].

La prospettiva costituzionale, dunque, conferma che l'inesauribilità del potere non può essere assunta come un postulato. Si tratta piuttosto di porre al vaglio della riflessione critica la disciplina dell'azione amministrativa onde verificare l'eventuale sussistenza di questo carattere del potere e precisarne il significato.

e dunque squalifica implicitamente previsioni che consentono di esercitare i poteri di ritiro pur in assenza di fatti nuovi che modificano l'interesse pubblico, come ad esempio l'art. 21-*quinquies*, l. 7 agosto 1990, n. 241, nella parte in cui ammette la revoca del provvedimento per mera rivalutazione dell'interesse pubblico originario. Previsioni di questo genere non rispondono all'esigenza che l'azione amministrativa si mantenga corrispondente all'interesse pubblico nel corso del tempo ma semplicemente conferiscono all'amministrazione un diritto di pentimento che, come osservato in dottrina, è fondamentalmente un diritto al capriccio: G. Corso, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 331.

[141] Spunti in questo senso in M. Immordino, *Tempo ed efficienza nella decisione amministrativa*, cit., 78.

Capitolo IV

PROFILI RICOSTRUTTIVI. VERSO IL SUPERAMENTO DELL'INESAURIBILITÀ DEL POTERE AMMINISTRATIVO

Sommario: Premessa. – *Sezione I. Inesauribilità del potere e atti di riesame*: 1. Impostazione del problema. – 2. (*segue*) Il criterio di individuazione del potere. – 3. Autonomia dei poteri di secondo grado: profili generali. – 4. (*segue*) Soggezione degli atti di riesame a limiti incompatibili con l'inesauribilità del potere. – 5. Estraneità del recesso dagli accordi alla logica dell'inesauribilità del potere. – 6. Estraneità degli atti di riesame alla logica dell'inesauribilità del potere. – *Sezione II. Inesauribilità del potere e riedizione dello stesso dopo l'annullamento*: 1. Impostazione del problema. – 2. (*segue*) Verso una preclusione di diritto sostanziale. – 3. L'onere di acclarare nel procedimento tutti i fatti costitutivi del potere a pena di preclusione. – 4. (*segue*) Osservazioni critiche. – 5. Motivazione del provvedimento ed esaurimento del potere. – 6. (*segue*) Temperamenti all'esaurimento del potere. – 7. (*segue*) Rimedi all'esercizio di un potere esaurito e giurisdizione. – 8. (*segue*) Esaurimento del potere e tutela giurisdizionale degli interessi legittimi pretensivi e oppositivi. – *Sezione III. Inesauribilità del potere e inerzia amministrativa*: 1. Impostazione del problema. – 2. Inadeguatezza della distinzione tra termini ordinatori e termini perentori. – 3. La riconduzione del termine al paradigma di validità formale del provvedimento amministrativo. L'invalidità dell'atto tardivo. – 4. (*segue*) Discussione critica di alcune possibili obiezioni. – 5. Termine di conclusione del procedimento e termine attinente al potere. – 6. (*segue*) Il criterio distintivo tra il termine di conclusione del procedimento e il termine attinente al potere. – 7. Silenzio significativo ed esaurimento del potere. – 8. L'esaurimento del potere attraverso l'inerzia. Riflessi sulla tutela giurisdizionale.

Premessa

L'inesauribilità del potere comporta che lo stesso sopravviva al suo esercizio e che l'inerzia dell'amministrazione non lo esaurisca.

Ciò ha alcune fondamentali implicazioni: che, riesercitando il potere in direzione contraria, l'amministrazione può ritirare il proprio atto; che, una volta rimosso l'atto in via giurisdizionale o anche amministrativa, l'amministrazione può riesercitare lo stesso potere e così riprodurre l'atto annullato con il solo limite rappresentato dagli eventuali effetti conformativi della sentenza di annullamento; che il potere non esercitato può essere esercitato in ogni tempo, anche se la legge pone un termine per l'adozione dell'atto o per la conclusione del procedimento.

Una parte della dottrina ha messo in discussione questi assunti, con argomentazioni che non sono parse del tutto convincenti. È venuto il momento di sottoporli a verifica alla luce delle premesse teoriche e metodologiche poste nel capitolo precedente, nonché alla luce degli spunti emersi nel corso della discussione delle dottrine critiche.

Sezione I. Inesauribilità del potere e atti di riesame

1. *Impostazione del problema*

Il primo problema da affrontare in prospettiva ricostruttiva, assecondando l'ordine di trattazione seguito nei primi due capitoli, è se la facoltà dell'amministrazione di ritirare i propri provvedimenti con apposite determinazioni di annullamento d'ufficio o di revoca possa essere legittimamente considerata come espressione o manifestazione dell'inesauribilità del potere.

Secondo le premesse teoriche e metodologiche individuate nel capitolo precedente, non sarebbe proficuo interrogarsi sulla tenuta logica della tesi che considera gli atti di secondo grado come espressione del riesercizio di un potere inesauribile. Ciò che occorre verificare è piuttosto se lo schema logico-dogmatico del riesercizio del potere traduca fedelmente o meno l'attuale struttura normativa degli atti di riesame.

In questa ottica è decisivo stabilire se tali atti possano essere considerati espressione dello stesso potere esercitato con il primo atto. Infatti, la tesi che individua nell'inesauribilità del potere il fondamento dogmatico della facoltà dell'amministrazione di ritirare i propri atti presuppone (e si giustifica a condizione) che tali atti siano espressione dello stesso potere esplicato con l'atto ritirato[1]. Viceversa, se gli atti di riesame fossero espressione di un potere diverso, l'inesauribilità del potere non potrebbe essere più invocata quale fondamento dogmatico e giustificazione pratica della ritirabilità del provvedimento amministrativo.

Stabilire se gli atti di riesame sono espressione di un potere autonomo o meno dal potere di provvedere presuppone l'impiego di un criterio sufficientemente affidabile per distinguere tra loro i vari poteri amministrativi presenti nell'ordinamento. Ed è sulla determinazione di siffatto criterio che occorre a questo punto soffermarsi.

[1] Cap. I, sez. I.

2. (segue) *Il criterio di individuazione del potere*

La storia del pensiero giuridico e in particolare del principio di legalità annovera diversi casi in cui la dottrina, nel silenzio della legge, ha affermato che un potere amministrativo è diverso da un altro sulla base di caratteri intrinseci al potere stesso. Ciò è avvenuto in relazione al potere regolamentare, al potere di esecuzione coattiva, al potere sanzionatorio e a quello ispettivo: tutti originariamente ritenuti poteri impliciti in quanto "inclusi nella sfera di potestà provvedimentale spettante, per natura o per volontà legislativa, all'apparato esecutivo", in seguito considerati dalla dottrina quali poteri autonomi bisognosi di un esplicito conferimento normativo[2].

L'individuazione da parte della dottrina di caratteri differenziali tra i diversi poteri amministrativi, chiaramente volta a favorire un maggiore sviluppo del principio di legalità, presta il fianco ad una critica di arbitrarietà in relazione ai criteri di volta in volta impiegati nella distinzione[3]. Si è così osservato che, dal punto di vista oggettivo, il potere A può essere considerato diverso dal potere B solo quando si pone all'esterno dei confini dell'ambito ordinamentale coperto da X che è la norma attributiva del potere B; e questa situazione ricorre quando l'ordinamento condiziona l'esistenza del potere A alla norma attributiva Y (cioè ad una norma diversa da X)[4]. Solo

[2] N. Bassi, *Principio di legalità*, cit., 275. Per il potere regolamentare il cambio di paradigma è dovuto allo studio di G. Zanobini, *Il fondamento giuridico della potestà regolamentare*, in *Arch. Giur.*, LXXXVII, 1922, ora in *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1955, 145 ss.; per l'esecuzione forzata a F. Benvenuti, *Autotutela*, cit., 553-555, e soprattutto ad A.M. Sandulli, *Note sul potere amministrativo di coazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1964, 819 ss., e S. Cassese, *I beni pubblici. Circolazione e tutela*, Milano, 1969, 319 ss., 449.

[3] N. Bassi, *Principio di legalità*, cit., 297, il quale osserva anche che le distinzioni tra poteri amministrativi poste dalla dottrina finiscono per rimanere avvinte in un'autentica petizione di principio in quanto non dimostrano che la norma attributiva di un potere non contenga implicitamente anche il conferimento dell'altro potere.

[4] Ad esempio, l'art. 17, comma 3, legge n. 400 del 1988, prevede che il Ministro nelle materie di propria competenza può adottare regolamenti solo "quando la legge espressamente conferisca tale potere", ed in questo modo "evidenzia come il potere regolamentare – in quanto potere normativo – esula effettivamente dall'ambito coperto dalla norma attributiva del potere provvedimentale e come, dunque, esso richieda una speciale e specifica abilitazione per poter essere considerato giuridicamente esistente".

Lo stesso fa l'art. 2-*ter*, l. n. 241/1990, per il potere di esecuzione coattiva, quando stabilisce che le pubbliche amministrazioni possono imporre coattivamente l'adempimento degli obblighi nei loro confronti solo "nei casi e con le modalità stabiliti dalla legge". In questo modo il potere esecutorio viene distinto dal potere amministrativo ordinario in quanto si esclude che la norma attributiva di quest'ultimo attribuisca implicitamente anche il primo all'amministrazione.

Nella materia delle sanzioni amministrative l'art. 1, l. n. 689/1981, stabilisce che "nessu-

l'ordinamento, dunque, può stabilire la distinzione tra poteri amministrativi in quanto solo ad esso "spetta la funzione di stabilire i limiti di estensione delle competenze esistenti al suo interno"[5].

Non serve qui inoltrarsi nell'esame di questa proposta ricostruttiva, di cui sarebbe necessario discutere le premesse. Basta dire che questa stessa dottrina riconosce che il criterio individuato non è sempre risolutivo: taluni poteri sono diversi da altri, nel senso che si collocano al di fuori dell'ambito coperto dalla norma attributiva di questi ultimi, anche se non vi è una disposizione costituzionale o legislativa che ne condiziona l'esistenza ad una norma ulteriore. Proprio questo sarebbe il caso dei poteri di ritiro, che si porrebbero al di fuori dell'ambito coperto dalla norma attributiva del potere amministrativo ordinario in ragione del differente interesse pubblico curato[6].

La concezione qui accolta del potere amministrativo fornisce un criterio utile per la distinzione tra poteri. Innanzitutto, se il potere non è altro che lo schema normativo della validità degli atti, allora la dottrina appena esposta coglie nel segno quando rileva che una distinzione affidabile si può impostare soltanto sulla base del diritto positivo, prescindendo da riferimenti alla "natura" dei poteri.

È tuttavia fuorviante, come del resto viene riconosciuto, ritenere che un potere possa essere considerato diverso da un altro soltanto quando vige una norma che ne sottopone l'esistenza ad una puntuale e autonoma attribuzio-

no può essere assoggettato a sanzioni amministrative se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima della commissione della violazione […]"; al riguardo è stato osservato che "il principio di legalità in materia sanzionatoria implica […] che, nel nostro ordinamento odierno, la potestà dell'Amministrazione di infliggere punizioni (perlomeno di carattere pecuniario) non può essere considerata compresa nel potere sostanziale provvedimentale attribuito all'organo agente dalla norma e che essa, al contrario, esige un'apposita e separata abilitazione legislativa".

Nella materia dei poteri ispettivi della pubblica amministrazione l'art. 14 Cost. eleva il domicilio ad oggetto di una libertà fondamentale e inviolabile, sottoponendo a una riserva di legge e di giurisdizione la restrizione della libertà in questione da parte dei pubblici poteri. Così facendo la Costituzione "individua la potestà ispettiva come potestà separata e, per così dire, scorporata dal potere provvedimentale di cui l'Amministrazione può essere ritenuta ordinariamente titolare […] ed impone, affinché la stessa potestà ispettiva possa essere considerata esistente, una pacifica e distinta abilitazione legislativa".

Gli esempi e le citazioni sono tratti dall'ampia discussione del tema svolta da N. Bassi, *Principio di legalità*, cit., 257 ss., 303, 352, 361, escluso il richiamo all'art. 21-*ter*, l. n. 241/1990, dal momento che questa norma è entrata in vigore in un tempo successivo (2005) alla pubblicazione del volume citato.

[5] N. Bassi, *Principio di legalità*, cit., 297.

[6] N. Bassi, *Principio di legalità*, cit., 382 ss.

ne normativa. Una volta identificato il potere con lo schema normativo della validità di un atto, infatti, si vede che nel rapporto tra norma e potere non si danno due momenti staccati, quello dell'attribuzione (o della fondazione) e quello della disciplina; ma un momento solo: quello della disciplina legale del potere, che riguarda i profili soggettivi e quelli oggettivi della validità degli atti con i quali esso viene esercitato.

Ne deriva che la c.d. norma attributiva non ha una capacità connotativa maggiore o diversa dalle altre. Guardare ad essa, pertanto, non è sufficiente per distinguere un potere amministrativo da un altro; bisogna piuttosto prendere in considerazione la disciplina complessiva del potere e i suoi effetti precettivi. In sintesi, un potere è diverso da un altro perché, ad un esame complessivo, è disciplinato diversamente: è sottoposto a regole di validità diverse e il suo esercizio dà luogo a effetti precettivi di contenuto diverso.

3. *Autonomia dei poteri di secondo grado: profili generali*

Se si segue questa impostazione, gli argomenti per sostenere l'autonomia del potere di ritiro dal potere di provvedere sono molti e convincenti.

In primo luogo, gli atti di ritiro producono effetti giuridici, consistenti nella rimozione del provvedimento di primo grado o dei suoi effetti, che non trovano corrispondenza nei poteri amministrativi ordinari. In secondo luogo, la decisione di secondo grado è soggetta a presupposti specifici, sconosciuti alla disciplina dei poteri di primo grado: l'invalidità o l'inopportunità di un provvedimento precedente.

Vi è poi da osservare che la decisione di secondo grado è a iniziativa officiosa, come dimostra l'assenza dell'obbligo di provvedere[7], ma può ben ricadere su provvedimenti rilasciati ad istanza di parte; e che la decisione di

[7] Di conseguenza, secondo l'impostazione tradizionale e tuttora prevalente, l'eventuale istanza del privato non radica il dovere di procedere e provvedere: Cons. Stato, sez. VI, 7 gennaio 2014, n. 12; Cons. Stato, sez. VI, 15 maggio 2012, n. 2774; Cons. Stato, sez. VI, 11 febbraio 2013, n. 767.

Questa posizione è oggi (non irragionevolmente) posta in discussione da chi ritiene che l'istanza dovrebbe radicare comunque il dovere di procedere e provvedere se presentata da chi sia titolare di uno specifico e rilevante interesse che valga a differenziare la sua posizione da quella della collettività: in questo senso, variamente, L. De Lucia, *Denunce qualificate e preistruttoria amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2002, 719; A. Scognamiglio, *Il diritto di difesa nel procedimento amministrativo*, cit., 159 ss.; M. Monteduro, *Sul processo come schema di interpretazione del procedimento: l'obbligo di provvedere su domande "inammissibili" o "manifestatamente infondate"*, in *Dir. amm.*, 2010, 103 ss.; R. Caponigro, *Il potere amministrativo di autotutela*, cit., 5; S. Tuccillo, *Contributo*, cit., 181 ss., 206 ss.; M. Immordino, *Risarcimento del danno e obbligo della pubblica amministrazione di annullare un proprio atto inoppugnabile su istanza del privato*, in

secondo grado, se non altro perché l'amministrazione deve bilanciare l'interesse alla rimozione dell'atto con la posizione dei controinteressati, è quasi sempre espressione di potere discrezionale, salvo i casi limitati in cui è previsto l'annullamento doveroso[8], mentre la decisione di primo grado su cui ricade può essere espressione di potere discrezionale oppure vincolato.

S. Perongini (a cura di), *Al dilà del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, Torino, 2017, 255 ss.

Resta fermo, per quanto si dirà alla nota successiva, che la decisione se annullare o meno è, salvo eccezioni, discrezionale.

[8] Corte cost. 22 marzo 2000, n. 75, in *Giur. cost*., 2000, 821, con commento di F.G. Scoca, *Una ipotesi di autotutela amministrativa impropria*, ha affermato che il carattere discrezionale del potere di annullamento dell'amministrazione non gode di una copertura specifica nella Carta. Anche sulla base di questa pronuncia, la teoria dell'annullamento doveroso ha conosciuto una certa fortuna negli ultimi anni sia in relazione agli atti illegittimi che comportano un esborso economico sia in relazione agli atti in contrasto con il diritto comunitario. A chi scrive, tuttavia, sembra che la doverosità dell'annullamento rappresenti comunque l'eccezione alla regola.

Da tempo, invero, una parte della giurisprudenza amministrativa afferma che l'interesse pubblico all'annullamento degli atti illegittimi che comportano un esborso economico è *in re ipsa* (Cons. Stato, ad. plen. 7 marzo 1962, n. 2, in *Foro amm*., 1962, I, 661 ss., con nota di E. Cannada Bartoli, *Nuove prospettive in tema di annullamento d'ufficio e ripetizione d'indebito da parte della pubblica amministrazione*). Progressivamente questa posizione – in origine espressa dalla giurisprudenza in relazione a controversie di carattere prevalentemente patrimoniale (ad es., profili retributivi connessi all'inquadramento del personale, crediti dell'amministrazione nei confronti dei dipendenti), nelle quali il profilo dell'annullamento tende a confondersi con quello, concettualmente diverso, della ripetizione dell'indebito (oltre alla citata Cons. Stato, ad. plen. n. 2/1962, v. anche Cons. Stato, sez. III, 15 aprile 2013, n. 2022; Cons. Stato, sez. III, n. 5481/2012; Cons. Stato, sez.VI, n. 1550/2009; Cons. Stato, sez. III, 9 giugno 2014, n. 2902) – ha trovato maggiore spazio ed è stata affermata in controversie relative al ritiro di atti concessori che comportano una spesa (Cons. Stato, sez.V, 10 marzo 1999, n. 244; Cons. Stato, sez.VI, 5 dicembre 2007, n. 6188; Cons. Stato,V, 19 giugno 2009, n. 4106; Cons. Stato,VI, 5 dicembre 2007, n. 6188; Cons. St. Sez,VI, 29 maggio 2012 n. 3176) o di approvazione di convenzioni a carattere oneroso (Cons. Stato, sez.,VI, 23 aprile 2009, n. 2510). La generalizzazione della doverosità dell'annullamento degli atti di spesa illegittimi è stata talora agganciata all'art. 1, comma 136, l. n. 311/2004, per il quale "Al fine di conseguire risparmi o minori oneri finanziari per le amministrazioni pubbliche, può essere sempre disposto l'annullamento di ufficio di provvedimenti amministrativi illegittimi, anche se l'esecuzione degli stessi sia ancora in corso", ma la giurisprudenza non ha condiviso questa interpretazione affermando che il termine "può" ha il significato di consentire, e non di imporre, all'amministrazione l'annullamento d'ufficio "al fine di conseguire risparmi o minori oneri finanziari" (Cons. Stato, sez. VI, 18 ottobre 2009, n. 5621, *contra* F. Goisis, *L'annullamento d'ufficio dell'atto amministrativo per illegittimità comunitaria*, in *Dir. amm*., 2010, 450). Oggi la prospettiva della generalizzazione della doverosità dell'annullamento sembra definitivamente smentita dall'art. 6, comma 2, l. n. 124/2015, il quale ha abrogato l'art. 1, comma 136, l. n. 311/2004 e da Cons. Stato, ad. plen. 18 ottobre 2017, n. 8, dove l'esatta osservazione che

Tutti questi profili segnalano differenze di regime giuridico che mal si

prospettare l'annullamento come doveroso significa escludere ogni spazio per la tutela dell'affidamento del cittadino.

Quanto agli atti in violazione del diritto europeo, una parte della dottrina individua nell'annullamento doveroso il rimedio per il ripristino della legalità violata (cfr., tra gli altri, F. Goisis, *L'annullamento d'ufficio*, cit., 442, secondo cui il principio della doverosità dell'annullamento dei provvedimenti "costosi" comporta l'obbligo di rimuovere provvedimenti che espongono lo Stato a procedure di infrazione; S. Torricelli, *Libertà economiche europee e regime del provvedimento amministrativo nazionale*, Santarcangelo di Romagna, 2013, 232 ss.; mentre G. Massari, *L'atto amministrativo antieuropeo: verso una tutela possibile*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2014, 643 ss., prospetta l'annullamento doveroso come soluzione in grado di compensare il presunto deficit di effettività del diritto europeo derivante dal regime della annullabilità e dai termini decadenziali di impugnazione). Questa soluzione, al momento, non trova l'avvallo della giurisprudenza europea, la quale afferma che una amministrazione pubblica non è obbligata a rimuovere un proprio provvedimento definitivo quando una successiva sentenza della stessa Corte abbia palesato l'erroneità della interpretazione di una norma comunitaria sulla base della quale era stato emanato (Corte giust. 13 gennaio 2004, C-453/00, *Khune*; Corte giust., 12 febbraio 2008, C-2/06, *Kempter*, dove si è affermato il diverso principio per cui l'organo amministrativo investito da una richiesta in tal senso ha l'obbligo di riesaminare una decisione amministrativa definitiva per tener conto dell'interpretazione della disposizione pertinente nel frattempo accolta dalla Corte, a condizione che la decisione in questione sia "divenuta definitiva in seguito ad una sentenza del giudice nazionale che statuisce in ultima istanza": sul tema si rinvia a A. Barone, *Giustizia comunitaria e funzioni interne*, Bari, 2008, 31, 198 ss.), né della giurisprudenza amministrativa, la quale si attesta sulla tesi della equiparazione del regime del provvedimento amministrativo in violazione del diritto europeo al regime del provvedimento in violazione del diritto interno (cfr. Cons. Stato., sez.VI, 4 aprile 2008, n. 1414, in *ww.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato., sez.VI, 3 marzo 2006, n. 1023, in *Urb. app.*, 2006, 695 ss.; Cons. Stato., sez. IV, 20 maggio 2005, n. 2566 in *Foro amm. - Cons. Stato*, 2005, 1563; Cons. Stato., sez.VI, 16 febbraio 2005, n. 516, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 797). Cfr.V. Cerulli Irelli, *Violazioni del diritto amministrativo europeo e rimedi nazionali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, 657 ss.; M. Macchia, *Legalità amministrativa e violazione dei diritti non statali*, Milano, 2012, 361 ss.

Di recente la doverosità dell'annullamento d'ufficio degli atti illegittimi è stata sostenuta alla luce dell'inciso – introdotto nel testo dell'art. 21-*nonies*, l. n. 241, con l'art. 25 del decreto legge 12 settembre 2014, n. 133 – per il quale "rimangono ferme le responsabilità connesse all'adozione ed al mancato annullamento del provvedimento illegittimo": G. La Rosa, *Il nuovo volto dell'autotutela decisoria a seguito della l. 164/2014: il privato è davvero più tutelato dal pentimento dell'amministrazione?*, in *Dir. econ.*, 2015, 575 ss.; P. Portaluri, *Note sull'autotutela dopo la l. n. 164/2014 (qualche passo verso la doverosità?)*, in *Riv. giur. ed.*, 2014, 34. Benché la formula normativa possa dar adito a dubbi, non sembra esatto ritenere che essa abbia introdotto un principio dirompente come quello del carattere vincolato dell'annullamento d'ufficio, principio che si porrebbe in contrasto con quanto sinora detto e con la configurazione che lo stesso art. 21-*nonies* dà all'istituto (secondo un orientamento della giurisprudenza pressoché unanime, la norma in argomento deve essere intesa come attributiva del potere di autotutela sulla base della sussistenza di diversi presupposti, ossia – *in primis* – un presupposto definibile "rigido", da identificare con "l'illegittimità dell'atto da annulla-

conciliano con la considerazione dell'atto di primo e di secondo grado quali espressione di un medesimo potere inesauribile.

Il diverso regime comporta altresì una differente logica del ragionamento giuridico svolto dall'amministrazione che adotta la decisione, differenza che costituisce – se non altro sul piano descrittivo – un argomento ulteriore per l'autonomia dei poteri di ritiro.

La decisione – secondo la definizione che ne danno i sociologi e gli scienziati della politica – è soluzione di un problema costituito dallo scarto tra una situazione reale e una situazione ideale preferibile[9]. Nella decisione giuridica – si può aggiungere – il problema è rilevante soltanto se la preferibilità della situazione ideale rispetto a quella reale è affermata alla stregua di valori giuridici oggettivi[10].

Ora, ordinariamente il problema su cui il decisore si interroga è quello

re", e, ancora, presupposti che, per contro, si presentano "flessibili e duttili", quali – ad esempio – l'interesse pubblico, affidati – in quanto tali – all'apprezzamento discrezionale dell'Amministrazione, con la connessa conseguenza che il potere in questione deve essere necessariamente configurato come "discrezionale", e non "vincolato": cfr., da ultimo, T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, Sez. II, 15 febbraio 2017, n. 127). In questo senso, con vari argomenti, S. D'Ancona, *L'annullamento d'ufficio tra vincoli e discrezionalità*, Napoli, 2015, 189 ss.; C. Deodato, *L'annullamento d'ufficio*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 1193 e in giurisprudenza Cons. Stato, sez. V, n. 3910/2016; L. Donato, *Le autocertificazioni tra "verità" e "certezza"*, cit., 180 ss.

In dottrina sulle ipotesi di annullamento doveroso cfr., oltre gli Autori citati, tra gli altri E. Cannada Bartoli, *Annullabilità e annullamento* (dir. amm.), in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958. R. Chieppa, *Provvedimenti di secondo grado* (dir. amm.), in *Enc. dir.*, Ann., II-2, Milano, 2008; S. Valaguzza, *La concretizzazione dell'interesse pubblico nella recente giurisprudenza amministrativa in tema di annullamento d'ufficio*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 1251; N. Pignatelli, *Legalità costituzionale ed autotutela amministrativa*, in *Foro it.*, 2008, 311 ss.; M. Magri, *La legalità costituzionale dell'Amministrazione*, Milano, 2002, 375; P. Rossi, *Il riesame degli atti di accertamento. Contributo allo studio del potere di annullamento d'ufficio a favore del contribuente*, Milano, 2008, 55; G. Manfredi, *Doverosità dell'annullamento vs. annullamento doveroso*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 316 ss.; A. Gualdani, *Verso una nuova unitarietà della revoca e dell'annullamento d'ufficio*, Torino, 2016, 77 ss.

[9] Cfr. A. La Spina, *La decisione legislativa. Lineamenti di una teoria*, Milano, 1989, 354, il quale a sua volta richiama G. Sjöblom, *Problemi e soluzioni in politica*, in *Riv. it. scienz. pol.*, 1984, 44, che definisce il problema come "una *discrepanza* fra ciò che è e ciò che si desidera".

Osserva F. Ledda, *L'attività amministrativa*, in Id., *Scritti giuridici*, cit., 263, che "Il problema non è suscettibile di una semplice rilevazione oggettiva, ma è già in sé stesso il risultato d'indagine, e si presenta in termini diversi secondo il modo in cui il soggetto osserva, seleziona e poi collega i vari fatti da lui considerati, almeno in termini ipotetici, come significativi in una certa situazione". L'A. si richiama a J. Dewey, *Logica, teoria dell'indagine*, Torino, 1974, 131 ss.

[10] M. Trimarchi, *La validità*, cit., 158 ss. Si v. in termini generali A. La Spina, *op. cit.*, 406, il quale coglie la necessità che la "discrepanza fra i due stati del mondo, venga sottolineata

della preferibilità di un assetto ideale, da lui decidibile, rispetto a un assetto storicamente dato, di cui egli non è responsabile. Se questo schema rappresenta abbastanza fedelmente la logica della decisione amministrativa di primo grado[11], il regime del provvedimento di ritiro indica che l'amministrazione, quando decide in secondo grado, non può assumere la situazione reale come una situazione storicamente data (benché tale sia, da un punto di vista fenomenologico), bensì deve prenderla in considerazione come una situazione da essa stessa decisa, di cui deve farsi carico nella valutazione della rilevanza del problema.

La differenza nella logica del ragionamento giuridico si coglie dunque sin dal momento della posizione e della tematizzazione del problema amministrativo, problema che non si costruisce sul confronto tra una situazione data e una decidibile ma tra una situazione decisa e una decidibile, e si proietta da questo sul momento dispositivo della decisione. L'autonomia del processo decisionale di secondo grado rispetto a quello di primo mette in chiaro che la decisione di ritirare il provvedimento non è il contrario della decisione di adottarlo, bensì il contrario della decisione di non ritirarlo.

In conclusione, per ritirare i propri atti l'amministrazione si serve di poteri autonomi, in quanto dotati di uno statuto giuridico diverso da quello dei poteri di primo grado su cui ricade la decisione di secondo grado.

Non sembra peraltro che l'identità del potere possa essere sostenuta in base al rilievo che la decisione di secondo grado, essendo espressione di amministrazione attiva, persegue un interesse pubblico identico a quello sotteso dalla decisione originaria[12].

tramite il riferimento a valori o a una ideologia, o a vantaggi (anche indiretti) che deriverebbero dal nuovo stato del mondo".

[11] Per questa prospettiva soprattutto F. Ledda, *La concezione dell'atto amministrativo e dei suoi caratteri*, in Id., *Scritti giuridici*, cit., 242, 248, che concepisce la funzione come "processo formativo di una decisione" e definisce il provvedimento come "un fatto (generalmente, una dichiarazione) che rende manifesto un altro fatto logicamente anteriore, cioè la decisione relativa ad un problema definito, in guisa da rendere possibile (…) la comprensione di quanto si è deciso e quindi dell'assetto d'interessi che si è voluto stabilire"; A. Police, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1996, 81 ss.; A. Romeo, *L'impugnabilità degli atti amministrativi*, Napoli, 2008, 87 ss., 298, secondo cui per funzione non deve intendersi "il processo modificativo in un atto giuridico di un potere compiutamente definito dal precetto normativo (…) ma (…) la modalità procedurale continua attraverso cui l'amministrazione attende all'identificazione e composizione degli interessi ad essa affidati".

[12] Rilevando che "quando annulla o revoca un proprio atto l'autorità amministrativa non tutela se stessa né si fa giustizia da sé. Tutela, o dovrebbe tutelare, l'interesse pubblico: così come era tenuta a curarlo, l'interesse pubblico, quando a suo tempo adottò l'atto che

Infatti ciò che individua la funzione della decisione amministrativa è l'interesse pubblico concreto, "un interesse che, sia pure entro i limiti del tipo risultante dalla legge, l'amministrazione stessa pone come esigenza storica reale, modellandolo sull'impronta di una situazione di fatto correttamente individuata"[13].

Lo "scopo" del provvedere cambia di decisione in decisione, a seconda del problema storico-reale affrontato, e pertanto non costituisce un riferimento affidabile per differenziare poteri o affermarne la identità.

D'altra parte, anche se si ragionasse sul piano degli interessi pubblici astratti, occorrerebbe riconoscere che i poteri amministrativi ordinari sono conferiti all'amministrazione per la cura di interessi pubblici di settore, che si qualificano in relazione agli ambiti materiali di riferimento, mentre l'attribuzione del potere di secondo grado non corrisponde ad un interesse pubblico di settore ma ha carattere trasversale[14].

Questa neutralità in astratto indubbiamente subisce una compressione in concreto, nel senso che l'interesse pubblico di settore, individuato dal-

oggi intende togliere di mezzo o modificare" (G. Corso, *Manuale*, cit., 308), non si vuol dire che i poteri di ritiro perseguono lo stesso interesse dei poteri di primo grado, ma che entrambi sono funzionali alla cura di un interesse pubblico concreto e non un interesse proprio dell'amministrazione.

Ovviamente, la riconduzione dei poteri di ritiro alla autotutela esclude in radice una assimilazione funzionale dell'atto di ritiro a quello di primo grado, essendo quest'ultimo espressione di autarchia. Si veda in proposito F. Benvenuti, *Autotutela.*, cit., 544 s., secondo cui con l'esercizio del potere di autotutela "non si tende né alla restaurazione obiettiva dell'ordine giuridico violato né alla soddisfazione di quegli interessi che il legislatore ha ritenuto degni di tutela attraverso la disciplina di una materia".

[13] F. Ledda, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, cit., 185. Cfr. E. Cannada Bartoli, *Interesse (dir amm.)* in *Enc. Dir.*, XXII, Milano, 1972, 6; D. Sorace, *Promemoria per una nuova voce "Atto amministrativo"*, cit., 745 ss.; A. Police, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1996, 127 ss. 132.

[14] Cfr. il criterio impiegato da M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, II, cit., 1031 s. per distinguere i procedimenti di secondo grado dagli altri procedimenti che intervengono in un rapporto amministrativo sorto per effetto di un provvedimento (ad esempio, la derequisizione di un edificio, oppure la nomina a una qualifica superiore di un dipendente pubblico): "i secondi sono *estrinsecazione della stessa potestà dell'amministrazione in base alla quale è stato adottato l'atto costitutivo del rapporto:* gli interessi pubblici che si tutelano e si valutano sono gli stessi, anche se con diversi segni (positivo-negativo) e con diverse intensità e/o complessità. I primi sono invece manifestazioni di *potestà generali* che l'amministrazione possiede *per dar ordine alla propria attività*, ossia di potestà che non sono volte alla cura di questo o quell'interesse pubblico positivo, bensì alla cura di quell'interesse di ambito generale, che l'amministrazione ha in ordine ad un corretto, ordinato e pertinente svolgimento della propria attività" (corsivi dell'A.).

la legge, rientra nelle valutazioni sia di primo che di secondo grado[15]; ma ciò non mette in discussione la diversità dei poteri perché l'interesse pubblico in questione non costituisce lo scopo concreto della decisione ma soltanto uno degli interessi presi in considerazione dalla scelta discrezionale; un interesse, peraltro, che nella decisione di secondo grado ha minori *chanches* di prevalere sugli altri di quante ne abbia nella decisione di primo grado.

4. (segue) *Soggezione degli atti di riesame a limiti incompatibili con l'inesauribilità del potere*

L'autonomia dei poteri di secondo grado, sostenibile già sulla base degli argomenti generali testé esposti, è accentuata dalle riforme che di recente hanno interessato l'annullamento d'ufficio, la revoca e la sospensione del provvedimento.

Nella loro formulazione originaria gli artt. 21-*quinquies* e 21-*nonies*, l. n. 241/1990, individuavano in modo ampio i presupposti per la revoca e l'annullamento d'ufficio del provvedimento amministrativo. Tali poteri, poi, erano limitati dall'esterno tramite una serie di previsioni, come l'obbligo di ponderare l'interesse alla rimozione del provvedimento con gli interessi opposti dei soggetti privati, il termine ragionevole per l'annullamento d'ufficio, l'obbligo di indennizzare il soggetto danneggiato dalla revoca.

Questi limiti, finalizzati alla tutela dell'affidamento del cittadino, si ispiravano al principio di buona fede oggettiva[16], il quale richiede che l'amministrazione agisca secondo correttezza, senza contraddire arbitrariamente il

[15] Anche M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, II, cit., 1032, osserva come le potestà generali che si estrinsecano nei procedimenti di secondo grado "volta per volta, in relazione al provvedimento a cui si applicano […] verranno a riempirsi – per dirlo figuratamente – del contenuto del procedimento che assumono a proprio oggetto: in concreto, chi annulla la requisizione o la nomina, valuta interessi dello stesso ordine di quelli valutati dall'autore dell'atto annullato, e non interessi di altra orbita".

[16] L'origine del principio di buona fede nel diritto pubblico è controversa. Rileva F. Merusi, *Sentieri interrotti della legalità*, cit., 71, che il principio della buona fede "secondo alcuni è un principio di diritto romano comune che integra in verticale, in ogni tempo, ogni tipo di codificazione. Secondo una dottrina più recente, che sembra avere dalla sua la Corte di Giustizia della Comunità europea, il principio non deriverebbe dal diritto romano comune, ma sarebbe intrinseco alla nozione di Stato di diritto, inteso come Stato che garantisce, attraverso la certezza del diritto, le aspettative dei cittadini. Nell'un caso il principio sarebbe integrativo della legge, nell'altro il principio deriverebbe dalla *ratio* ricavabile da norme costituzionali e legislative".

proprio precedente comportamento sul quale si è formato un affidamento da parte del cittadino[17].

L'oggetto della tutela derivante dal principio di buona fede è l'aspettativa del cittadino a che l'amministrazione perduri nel comportamento inerte e non ritiri il provvedimento adottato; il modo di realizzazione di questa tutela è l'obbligo dell'amministrazione di ponderare l'interesse alla rimozione del provvedimento con quello del beneficiario alla sua conservazione[18]. L'affidamento, pertanto, è protetto in via indiretta poiché il vincolo a carico dell'amministrazione non consiste nel mantenimento in vita del comportamento omissivo sul quale la fiducia è riposta, bensì nell'obbligo secondario e strumentale di includere l'interesse del privato nella valutazione discrezionale[19].

[17] È pacifico che tra i corollari del principio di buona fede nel diritto pubblico vi sia la tutela dell'affidamento del cittadino rispetto alle aspettative ingenerate dai poteri pubblici, ma è errato identificare la tematica della buona fede con quella della tutela del legittimo affidamento: per un verso, come si vedrà a breve nel testo, la tutela del legittimo affidamento può essere realizzata anche attraverso tecniche diverse da quelle della buona fede; per altro verso, il principio di buona fede in senso oggettivo è un canone generale di comportamento dell'amministrazione, la cui operatività non è limitata ai poteri di ritiro: F. Mangaro, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, cit., 133 ss., *passim*.; anche F. Merusi, *Sentieri interrotti della legalità*, cit., 50 ss., ritiene che la tutela del legittimo affidamento sia soltanto un aspetto della rilevanza del principio di buona fede nei rapporti del cittadino con lo Stato; E. Zampetti, *Il principio di tutela del legittimo affidamento*, cit., 182 ss.; W. Troise Mangoni, *L'esercizio retroattivo*, cit., 98.

[18] In altre parole, la buona fede è una norma di integrazione che va applicata secondo il criterio della ragionevolezza, come rileva F. Merusi, *Buona fede e affidamento*, cit., 7, il quale precisa però che la vigenza del principio di buona fede non si può ricavare dal principio costituzionale della ragionevolezza. Sull'influenza del decorso del tempo sui poteri di ritiro, sempre in una logica di comparazione degli interessi nel caso concreto, v. G. Barone, *Autotutela amministrativa e decorso del tempo*, in *Dir. amm.*, 2002, 689 ss.

La somiglianza della tutela dell'affidamento secondo il principio della buona fede oggettiva con la tecnica della ponderazione degli interessi, tipica della discrezionalità amministrativa, spiega la difficoltà riscontrata dalla dottrina ad assegnare all'art. 21-*nonies*, in materia di annullamento d'ufficio, un significato di tutela dell'affidamento che non fosse implicito nella tutela dell'interesse legittimo e nel sindacato di legittimità sostanziale sull'atto di riesame: v. F. Trimarchi Banfi, *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino*, in *Dir. amm.*, 2005, 859; M. Gigante, *Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici e legittimo affidamento*, cit., 18 ss.; W. Troise Mangoni, *L'esercizio retroattivo*, cit., 107. La difficoltà di rintracciare un carattere innovativo ai limiti introdotti al potere di revoca emerge sol che si consideri che già S. Romano, *Principii di diritto amministrativo*, Milano, 1901, 51, poneva la corresponsione dell'indennizzo come condizione di liceità della revoca che comporta un sacrificio al diritto del privato.

[19] Questi aspetti sono tutti messi in luce da F. Trimarchi Banfi, *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino*, cit., 844 ss., 851-853. L'A. osserva altresì che ulteriore caratteristica della protezione dell'affidamento secondo il principio della buona fede oggettiva è che, al fine dell'esistenza o meno della tutela, non rilevano le circostanze nelle quali l'atto è ve-

Leggi recenti, come accennato, hanno introdotto importanti modifiche alla disciplina dell'annullamento d'ufficio (art. 21-*nonies*), della revoca (art. 21-*quinquies*) e della sospensione del provvedimento (art. 21-*quater*)[20]: l'annullamento d'ufficio non può essere pronunciato in relazione a provvedimenti affetti da vizi formali o procedimentali che, ai sensi dell'art. 21-*octies*, comma 2, non abbiano inciso sul contenuto della decisione[21]; l'annullamento dei provvedimenti "di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi eco-

nuto in essere, compresi gli stati soggettivi del destinatario (non rileva, ad esempio, che questo abbia concorso in malafede all'adozione dell'atto illegittimo), in quanto l'affidamento trova origine (non nell'adozione dell'atto, bensì) nell'inerzia dell'amministrazione successiva all'adozione dell'atto. Cfr. W. Troise Mangoni, *L'esercizio retroattivo*, cit., 96 ss. per la distinzione tra buona fede soggettiva e oggettiva e per l'affermazione che nel diritto pubblico il principio si è affermato essenzialmente nella sua dimensione oggettiva.

[20] Si fa riferimento, per la revoca, alle modifiche apportate all'art. 21-*quinquies*, l. n. 241/1990, dall'art. 25, comma 1, lettera b-*ter*), d.l. 12 settembre 2014, n. 133, convertito con modificazioni dalla l. 11 novembre 2014, n. 164; e, per l'annullamento d'ufficio, alle modifiche apportate all'art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990, dall'art. 25, comma 1, lettera b-*quater*), d.l. 12 settembre 2014, n. 133, convertito con modificazioni dalla l. 11 novembre 2014, n. 164 e, soprattutto, dall'art. 6, comma 1, lettere *c*) e *d*), l. 7 agosto 2015, n. 124.

Sul nuovo assetto dei poteri di ritiro v., tra gli altri, M. Macchia, *Sui poteri di autotutela: una riforma in senso giustiziale, Giorn. dir. amm.*, 2015, 634 ss.; F. Francario, *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, in *www.federalismi.it*, n. 20/2015; Id., *Riesercizio del potere e stabilità degli effetti giuridici*, cit., 18 ss.; M.A. Sandulli, *Gli effetti diretti della 7 agosto 2015 L. n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio-assenso e autotutela*, in *www.federalismi.it*, n. 17/2015; G. Manfredi, *Il tempo è tiranno: l'autotutela nella legge Madia*, in *Urb. e app.*, 2016, 5 ss. Sulle modifiche introdotte nel 2014 considerazioni critiche in G. La Rosa, *Il nuovo volto dell'autotutela decisoria a seguito della l. 164/2014*, cit., 575 ss. Cfr. altresì gli scritti di F. Francario, A. Cioffi, A. Carbone, S. Tuccillo, C. Napolitano, M. Trimarchi raccolti in A. Rallo - A. Scognamiglio (a cura di), *I rimedi contro la cattiva amministrazione*, cit., 135-136. Per un quadro generale di estremo interesse G. Tropea, *La discrezionalità amministrativa tra semplificazioni e liberalizzazioni, anche alla luce della legge n. 124/2015*, in *Dir. amm.*, 2016, 107 ss.; P. Portaluri, *Il nuovo diritto procedimentale nella riforma della P.A.: l'autotutela (profili interni e comunitari)*, in *www.federalismi.it*, 2016, 2 ss.; L. Benvenuti, *Legge parità e potere nell'amministrazione della complessità*, in Id., *Lingua e potere nel diritto dell'amministrazione pubblica*, Torino, 2017, 143 ss., con attenzione al tema della riduzione della discrezionalità, G. Urbano, *L'autotutela decisoria nelle situazioni di urgenza*, in corso di pubblicazione in AA.VV., *L'impatto delle situazioni di urgenze sulle attività umane regolate dal diritto*, Bari, 2018, 311 ss.

[21] In questo modo si è dato seguito a quella parte della dottrina e della giurisprudenza amministrativa secondo cui la disciplina dei vizi formali ha carattere sostanziale e non trova applicazione soltanto nel processo, come rileva esattamente A. Carbone, *Il termine per esercitare l'annullamento d'ufficio e l'inannullabità dell'atto amministrativo*, in A. Rallo - A Scognamiglio (a cura di), op. cit., 86. Prima della riforma, il dibattito sull'applicazione dell'art. 21-*octies* ai provvedimenti di ritiro è esaminato da F. Gaffuri, *Brevi note sull'applicabilità dell'art. 21* octies *della L. n. 241/1990 ai provvedimenti di autotutela amministrativa*, in *Urb. e app.*, 2014, 885 ss.

nomici"[22] (anche se formatisi tramite silenzio assenso) può essere disposto

[22] La categoria dei "provvedimenti autorizzativi o attributivi di vantaggi economici" può essere interpretata restrittivamente, rilevando che il riferimento specifico da parte del legislatore ai "provvedimenti autorizzativi" esclude dalla categoria gli atti ampliativi di altro tipo, come ad esempio le concessioni e gli atti ad esse assimilabili, e che il riferimento ai "provvedimenti attributivi di vantaggi economici" riguarda soltanto i provvedimenti il cui effetto tipico è l'attribuzione al destinatario di una somma di denaro (come le sovvenzioni o i contributi). Prospetta questa interpretazione G. La Rosa, *Il nuovo volto dell'autotutela decisoria a seguito della l. 164/2014*, cit., 588 s., il quale osserva che nel sistema normativo della l. n. 241/1990 l'autorizzazione è soltanto una *species* del *genus* degli atti di "consenso" (di cui all'art. 14, comma 4) o di "assenso" (cfr. artt. 14-*bis*, comma 2, e 14-*ter*, comma 6-*bis* e comma 8-*bis*), di cui fanno parte "le intese, i pareri, le concessioni, le autorizzazioni, le licenze, i nullaosta e gli assensi, comunque denominati".

Di contro, v'è da rilevare che la nozione europea di "regime di autorizzazione" comprende "le procedure amministrative per il rilascio di autorizzazioni, licenze, approvazioni o concessioni, ma anche l'obbligo, per potere esercitare l'attività, di essere iscritto in un albo professionale, in un registro, ruolo o in una banca dati, di essere convenzionato con un organismo o di ottenere una tessera professionale" (Considerando 39, direttiva 2006/123/CE del 12 dicembre 2006). "Autorizzazioni", dunque, sono tutti gli atti d'assenso necessari per svolgere una certa attività. Il diritto europeo guarda agli atti ampliativi dalla prospettiva della libertà di iniziativa economica, e non dalla prospettiva del potere. Sembra corretto porsi in questa prospettiva anche per l'interpretazione del novellato art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990. Infatti, se il termine di diciotto mesi è previsto, come pare indiscutibile, per fornire agli operatori economici maggiori garanzie sulla tenuta degli atti amministrativi, allora non è ragionevole introdurre differenziazioni disciplinari in seno ad atti che, pur a diverso titolo e per diverse ragioni, hanno in comune di costituire condizioni necessarie per lo svolgimento di una attività economica.

È da ritenere pertanto che i "provvedimenti di autorizzazione" assistiti dal regime di stabilità rinforzata di cui agli artt. 21-*quinquies* e 21-*nonies* l. n. 241/1990 non siano soltanto quelli che la legislazione interna o la giurisprudenza definisce come tali – peraltro sulla base di categorie oggetto di ampia discussione in dottrina –, bensì tutti i provvedimenti il cui rilascio è necessario per svolgere una attività economica, in armonia con la nozione europea dell'autorizzazione. Questa interpretazione sembra farsi spazio nella giurisprudenza: Cons. Stato, sez.VI, 10 dicembre 2015, n. 5625; Cons. Stato, sez.VI, 29 gennaio 2016, n. 351, relativa a una concessione edilizia in variante del piano regolatore generale.

Quanto ai "provvedimenti attributivi di vantaggi economici", parificati ai "provvedimenti di autorizzazione" sotto il profilo della stabilità, non sembra che tali siano soltanto quelli che attribuiscono al destinatario una somma di denaro o altro ausilio finanziario.

La nozione è impiegata anche nella rubrica dell'art. 12, l. n. 241/1990, che, nel testo, fa riferimento non solo a "sovvenzioni, contributi, sussidi ed ausili finanziari" ma anche, incorrendo in una evidente tautologia, ai provvedimenti di "attribuzione di vantaggi economici di qualunque genere". Da ciò la giurisprudenza ha desunto che quelli indicati dal testo legislativo costituiscono una mera esemplificazione dei principali tipi di atti con cui vengono attribuiti vantaggi economici (cfr. ad esempio T.A.R. Lazio, Latina, Sez. I, 30 luglio 2008, n. 987), così prefigurando la possibilità di comprendere nella nozione atti unilaterali con i quali si trasferiscono beni diversi dal denaro. La denominazione "provvedimenti attributivi

soltanto entro il termine massimo di diciotto mesi dalla loro adozione[23],

di vantaggi economici", del resto, non si riferisce ad un preciso effetto giuridico, ma ad una conseguenza materiale dell'atto, e pertanto legittima un'interpretazione che colloca nella categoria tutti i provvedimenti che attribuiscono al destinatario un vantaggio anche solo indirettamente apprezzabile in termini economici.

In definitiva, la categoria dei provvedimenti autorizzativi e attributivi di vantaggi economici è trasversale e comprende provvedimenti che la nostra tradizione giuridica usa invece distinguere: dalle autorizzazioni alle concessioni, dai contributi alle sovvenzioni, sino agli atti di costituzione del rapporto di impiego. Per cui si può affermare che il termine di diciotto mesi costituisce "in linea di principio" il "termine ragionevole" che deve essere rispettato per l'esercizio legittimo dell'annullamento d'ufficio degli atti ampliativi (cfr. Cons. Stato, sez.VI, 29 gennaio 2016, n. 351, secondo cui la riforma dell'art. 21-*nonies* ha fissato "in via di principio in diciotto mesi" il "termine ragionevole" per il legittimo esercizio dei poteri di annullamento).

Questa interpretazione è sostenuta con maggior ampiezza di argomenti in M. Trimarchi, *Stabilità del provvedimento e certezze dei mercati*, cit., 349 ss.

[23] L'art. 21-*nonies*, comma 2-*bis*, aggiunge che "I provvedimenti amministrativi conseguiti sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato, possono essere annullati dall'amministrazione anche dopo la scadenza del termine di diciotto mesi di cui al comma 1, fatta salva l'applicazione delle sanzioni penali nonché delle sanzioni previste dal capo VI del testo unico di cui al d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445".

Secondo T.A.R. Lazio, Roma, sez. II-bis, 1 febbraio 2017, n. 3215, l'espressione "accertate con sentenza passata in giudicato" deve essere riferita esclusivamente alle "dichiarazioni sostitutive di certificazioni e dell'atto di notorietà false o mendaci", e non anche alle "false rappresentazioni dei fatti", pena "un'eccessiva ed ingiustificata restrizione del potere di intervento in autotutela dell'Amministrazione, ispirato, tra l'altro, da esigenze di ripristino della legalità". Condivide questa interpretazione R. Caponigro, *Il potere amministrativo di autotutela*, cit., 11 ss., che trae argomenti indiretti a sostegno della propria tesi da Cons. Stato, ad. plen., 17 ottobre 2017, n. 8. Tuttavia a chi scrive il testo normativo sembra chiaro nel prevedere che anche le "false rappresentazione dei fatti", e non solo le dichiarazioni sostitutive false o mendaci, operano come deroga al termine di diciotto mesi soltanto qualora siano state accertate con sentenza passata in giudicato (di questo avviso Cons. Stato, sez. IV, ord. 19 aprile 2017, n. 1830).

Va in ogni caso osservato che la preclusione temporale introdotta nel testo dell'art. 21-*nonies* riguarda soltanto il potere di annullamento d'ufficio e non fa venir meno l'antigiuridicità dell'atto: anche se l'annullamento non è più pronunciabile, infatti "rimangono ferme le responsabilità connesse all'adozione e al mancato annullamento del provvedimento illegittimo", che sarà comunque disapplicabile dal giudice ordinario, ed è fatta salva "l'applicazione delle sanzioni penali nonché delle sanzioni previste dal capo VI del testo unico di cui al d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445", tra cui la decadenza dai benefici conseguenti al provvedimento emanato sulla base della dichiarazione sostitutiva non veritiera (art. 75, d.P.R. n. 445/2000).

La decadenza prevista dall'art. 75 rappresenta un effetto automatico della falsità delle dichiarazioni sostitutive riscontrata dall'amministrazione nel corso delle verifiche a cam-

fermo restando che l'annullamento può essere illegittimo per violazione del termine ragionevole anche se pronunciato in un momento precedente[24]; la revoca per rivalutazione dell'interesse pubblico originario non può essere disposta in relazione ai provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici[25]; la revoca per mutamento della situazione di fatto può essere pronunciata solo ove tale mutamento fosse imprevedibile al momento dell'adozione del provvedimento[26]; la sospensione non può comunque

pione svolte ai sensi dell'art. 71, d.P.R., n. 445/2000. Anche se quest'ultima disposizione non stabilisce alcun termine per lo svolgimento della verifica a campione, non si può ritenere che l'amministrazione possa dichiarare in ogni tempo la decadenza dai benefici conseguenti al provvedimento emanato sulla base della dichiarazione sostitutiva non veritiera, perché ciò renderebbe vana la previsione secondo cui l'annullamento d'ufficio del provvedimento autorizzativo o attributivo di vantaggi economici può essere pronunciato oltre il termine di diciotto mesi solo quando il falso è accertato con sentenza passa in giudicato (Il rilievo è comune alla dottrina che si è soffermata sul tema. Cfr. A. Carbone, *Il termine per esercitare l'annullamento d'ufficio*, cit., 106; M.A. Sandulli, *Postilla all'editoriale "Gli effetti della L. 7 agosto 2015 n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio-assenso e autotutela"*, in *www.federalismi.it*, n. 20/2015; M. Lipari, *La SCIA e l'autotutela nella legge n. 124/2015: primi dubbi interpretativi (in attesa dei decreti legislativi di riordino)*, in *Foro. amm.*, 2015, 2947 s., dove vengono prospettate diverse soluzioni interpretative per superare il problema di coordinamento individuato). Si potrebbe allora valorizzare la circostanza che l'art. 71 non rientra nel capo VI ma nel capo V del d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, onde ritenere che la disposizione fatta salva dall'art. 21-*nonies* sia soltanto l'art. 75, che prevede la decadenza dai benefici in presenza di dichiarazione non veritiere, e non anche l'art. 71, che collega tale effetto al controllo a campione dell'amministrazione, con la conclusione che la decadenza trova applicazione soltanto quando, secondo le regole generali dell'art. 21-*nonies*, è pronunziabile l'annullamento d'ufficio: uno spunto in questo senso, anche se con diverse argomentazioni, è in M. Lipari, *La SCIA e l'autotutela nella legge n. 124/2015*, cit., 2947 s.; cfr. N. Paolantonio, in W. Giulietti - N. Paolantonio, *La segnalazione certificata di inizio attività*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione*, cit., 931 ss.

[24] Cfr. T.A.R. Campania, Napoli, sez. IV, 5 aprile 2016, n. 1658. Cfr. M. Lipari, *La SCIA e l'autotutela nella legge n. 124/2015: primi dubbi interpretativi*, in *Federalismi.it*, 2015; R. Caponigro, *Il potere amministrativo di autotutela*, cit., 6.

[25] Art. 21-*quinquies*, comma 1, l. n. 241/1990, come modificato dall'art. 25, comma 1, lettera b-*ter*), d.l. 12 settembre 2014, n. 133, convertito con modificazioni dalla l. 11 novembre 2014, n. 164.

[26] Art. 21-*quinquies*, comma 1, l. n. 241/1990, come modificato dall'art. 25, comma 1, lettera b-*ter*), d.l. 12 settembre 2014, n. 133, convertito dalla l. 11 novembre 2014, n. 164.

Il concetto di (im)prevedibilità è impiegato dal codice civile nell'ambito della disciplina della responsabilità contrattuale, dove è stabilito che, se l'inadempimento o il ritardo non dipende da dolo del debitore, il risarcimento è limitato al danno che poteva prevedersi nel tempo in cui è sorta l'obbligazione (art. 1225 c.c.); e nell'ambito della disciplina della risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta (art. 1467 ss.), dove è previsto che nei contratti a esecuzione continuata e periodica, ovvero a esecuzione differita, la parte te-

essere disposta o perdurare oltre i termini per l'esercizio del potere di annuta a una prestazione che è divenuta eccessivamente onerosa può domandare la risoluzione del contratto con gli effetti stabiliti dall'art. 1458.

Benché le due previsioni codicistiche rispondano in fondo ad una medesima logica (in entrambi i casi la clausola della (im)prevedibilità agisce quale criterio di protezione del debitore all'interno del rapporto, costituendo ora un limite della pretesa risarcitoria del creditore, ora un presupposto della risoluzione in caso di eccessiva onerosità della prestazione), il concetto di imprevedibilità assume diverse funzioni perché, mentre nell'art. 1225 rappresenta un criterio di commisurazione del danno risarcibile, nell'art. 1467 funge da presupposto legittimante l'estinzione del rapporto contrattuale.

L'art. 21-*quinquies* impiega il concetto di imprevedibilità secondo una logica accostabile alla risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, in quanto entrambe le disposizioni la riferiscono al tema delle sopravvenienze con efficacia estintiva del rapporto: come il debitore può chiedere la risoluzione del contratto se l'esecuzione della prestazione è divenuta eccessivamente onerosa per fatti sopravvenuti straordinari e imprevedibili, così, a seguito del mutamento della situazione di fatto, il mantenimento in vita degli effetti prodotti dal provvedimento rappresenta per l'amministrazione una prestazione "eccessivamente onerosa" nel senso di eccessivamente pregiudizievole per l'interesse pubblico, alla quale essa può sottrarsi soltanto se ricorre il presupposto che consente al debitore di chiedere la risoluzione del contratto, ossia qualora il mutamento della situazione di fatto fosse imprevedibile al momento dell'adozione dell'atto.

L'accostamento tra le due ipotesi – la risoluzione del contratto e la revoca del provvedimento amministrativo – non può essere portato oltre questo aspetto generico, in quanto la revoca è un effetto che l'amministrazione consegue direttamente con un proprio atto di volontà, mentre il debitore per ottenere la risoluzione del contratto deve presentare apposita domanda giudiziale.

Esso è tuttavia prezioso per l'interpretazione della clausola dell'imprevedibilità prevista dall'art. 21-*quinquies*, l. n. 241/1990, perché mostra che questa clausola opera sempre come criterio di equilibrio tra due interessi contrapposti, quello dell'amministrazione (debitore) alla estinzione del rapporto e quello del privato (creditore) alla sua stabilità. Per questa ragione, la clausola della imprevedibilità prevista dall'art. 21-*quinquies* ha come suo indefettibile presupposto l'esistenza di un interesse del privato alla stabilità del provvedimento, la cui prevalenza o meno su quello dell'amministrazione è decisa in base al giudizio di prevedibilità. Specularmente, essa non agisce come fattore limitativo della revoca nei casi, più rari ma comunque non di scuola, in cui v'è convergenza tra l'interesse dell'amministrazione e quello del privato (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 26 febbraio 2015, n. 976, relativa a una questione in cui l'amministrazione aveva posto a fondamento del provvedimento restrittivo un fatto oggettivamente mutevole nel tempo, il cui mutamento era dunque prevedibile). In tali casi si deve ritenere che il mutamento della situazione di fatto sia sufficiente a consentire la revoca, non avendo alcun senso richiedere in aggiunta l'imprevedibilità del mutamento stesso, posto che ciò si porrebbe in contrasto sia con l'interesse dell'amministrazione che del privato.

Stabilito dunque che la clausola dell'imprevedibilità non ha la portata generale che si potrebbe desumere dall'art. 21-*quinquies*, ma opera soltanto quando v'è un interesse del privato alla stabilità del provvedimento, rimane da dire quando la sopravvenienza sia imprevedibile.

nullamento d'ufficio[27]. Si tratta di limiti inediti dell'azione amministrativa di

A proposito della risoluzione, la dottrina civilistica distingue le sopravvenienze prevedibili per entrambi i contraenti da quelle prevedibili soltanto per il contraente successivamente onerato. Essendo il provvedimento un atto unilaterale, la responsabilità della cui adozione ricade interamente sull'amministrazione, ciò che conta ai fini della revoca è soltanto se le sopravvenienze fossero prevedibili o meno dall'amministrazione stessa. Non impediscono la revoca i mutamenti di fatto che solo il privato fosse in condizione di prevedere (e che non ha comunicato all'amministrazione in seno al procedimento), mentre impediscono la revoca i mutamenti di fatto non prevedibili da parte del privato che però fossero prevedibili dall'amministrazione.

La giurisprudenza amministrativa al momento non sembra essersi soffermata sulla struttura del giudizio di imprevedibilità. Una interpretazione abrogatrice è in T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 18 novembre 2015, n. 13062. Si fa confusione tra il requisito della imprevedibilità del mutamento della situazione di fatto e la rivalutazione dell'interesse pubblico originario, vietata come motivo di revoca dei provvedimenti autorizzativi e attributivi di vantaggi economici, in Cons. Stato, sez. IV, 19 marzo 2015, n. 1509.

In tema di risoluzione del contratto è consolidato l'orientamento giurisprudenziale e dottrinale secondo cui è prevedibile ciò che un uomo medio potrebbe prevedere al tempo del contratto alla luce della natura del contratto, delle qualità dei contraenti, delle condizioni del mercato, e in definitiva di ogni significativo elemento individualizzante (c.d. giudizio di prevedibilità in concreto). *Mutatis mutandis*, è da ritenere che il giudice amministrativo sia chiamato a valutare in concreto – cioè in base alle circostanze concrete inerenti la singola fattispecie – se, al momento dell'adozione del provvedimento, l'amministrazione usando l'ordinaria diligenza avrebbe potuto prevedere il verificarsi dell'evento sopravvenuto. Inevitabilmente, il giudizio sulla (im)prevedibilità in concreto delle sopravvenienze risulta variabile di caso in caso, perché caratterizzato, come si è visto, da valutazioni "individualizzanti", alla luce delle circostanze *concrete* e degli sviluppi procedimentali.

[27] Art. 21-*quater*, comma 2, l. n. 241/1990, modificato dall'art. 6, l. n. 124/2015. La modifica recepisce un suggerimento della dottrina antica: E. Bonaudi, *Della sospensione degli atti amministrativi*, Torino, 1908, 130, secondo cui "dato l'atto giuridicamente perfetto, dovrebbe pure esservi un limite di tempo oltre il quale non sia lecito all'autorità stessa procedere d'ufficio o d'iniziativa alla sua sospensione".

Ci si può domandare se il rinvio che l'art. 21-*quater*, comma 2, opera nei confronti dell'art. 21-*nonies* attiene soltanto al termine di diciotto mesi oppure all'intera fattispecie disciplinata dall'art. 21-*nonies*, con la conseguenza che il suddetto termine troverebbe applicazione soltanto quando la sospensione ricade su provvedimenti affetti da vizi di legittimità suscettibili di annullamento d'ufficio. La prima soluzione appare preferibile, oltre che per esigenze di uniformità di disciplina, anche dal punto di vista letterale: il significato da attribuire alla proposizione "comunque" contenuta nell'art. 21-*quater*, infatti, sembra proprio quello di riferire a tutte le ipotesi di sospensione i termini di cui all'articolo 21-*nonies*. Uno spunto in questo senso in M.A. Sandulli, *Gli effetti diretti della 7 agosto 2015 L. n. 124 sulle attività economiche*, cit., 11, dove si osserva che "la novella ha chiarito che, una volta trascorso tale termine [il termine previsto dall'art. 21-*nonies*], gli atti non più suscettibili di essere caducati (a prescindere, evidentemente, dal *nomen* formalmente attribuito all'intervento inteso a travolgerli) non possono evidentemente oppure essere – o restare – sospesi".

riesame che si aggiungono a quelli già in vigore con l'obiettivo di dotare il provvedimento di maggiore stabilità[28], incidendo direttamente, in senso limitativo, sui presupposti che legittimano la revoca (divieto di revocare i provvedimenti favorevoli per rivalutazione dell'interesse pubblico originario, divieto di revocare i provvedimenti in genere per mutamento della situazione di fatto prevedibile) e l'annullamento d'ufficio, sia sotto il profilo propriamente causale (divieto di annullare i provvedimenti affetti da vizio formale) sia sotto il profilo temporale (divieto di annullare i provvedimenti favorevoli oltre il diciottesimo mese dall'adozione, esteso anche alla sospensione)[29].

[28] Secondo G. La Rosa, *Il nuovo volto dell'autotutela decisoria a seguito della l. 164/2014*, cit., 578 ss., il nuovo assetto dei poteri di ritiro non aumenta la stabilità del provvedimento, anzi rischia di generare l'effetto contrario. In particolare, la previsione che vieta di revocare il provvedimento se il mutamento della situazione di fatto era prevedibile al momento della sua adozione introdurrebbe indirettamente la regola secondo cui l'amministrazione in ogni procedimento deve "effettuare una indagine particolarmente approfondita e puntuale, non limitata all'accertamento dello *status quo*, ma estesa alla valutazione circa il possibile/probabile mutamento della situazione di fatto". Di conseguenza, se l'amministrazione omette tale valutazione e adotta il provvedimento nonostante sia prevedibile il mutamento della situazione di fatto, tale provvedimento non sarà revocabile per sopravvenuto mutamento della situazione di fatto ma sarà illegittimo perché adottato in base a una istruttoria carente e, pertanto, annullabile d'ufficio senza obbligo di riconoscere al privato l'indennità prevista dall'art. 21-*quinquies* per la revoca (583 s.).

La tesi a mio parere confonde i requisiti per l'esercizio legittimo della revoca con i requisiti per l'esercizio legittimo del potere di primo grado: il fatto che la revoca non possa essere disposta per mutamento della situazione di fatto prevedibile non significa che, a pena di illegittimità, l'amministrazione quando adotta un provvedimento sia obbligata a verificare la possibilità del mutamento della situazione di fatto.

[29] L'annullamento d'ufficio viene sottoposto ad una logica decadenziale analoga a quella dell'azione giurisdizionale, benché sembri eccessivo parlare di un "nuovo paradigma nei rapporti tra cittadini e pubbliche amministrazioni" (Cons. Stato, parere 30 marzo 2016, n. 839 reso dalla Commissione speciale sullo schema di decreto SCIA) in quanto i termini per impugnare il provvedimento sono esigui rispetto a quelli per disporne l'annullamento d'ufficio e dunque, anche sotto questo profilo, il rapporto resta squilibrato a favore dell'amministrazione. Sulla tradizionale asimmetria tra il potere del privato di rivolgersi al giudice per ottenere tutela, astretto da termini rigorosi, e il potere dell'amministrazione di autotutelarsi senza che il decorso del tempo determini un ostacolo insuperabile, v. G. Barone, *Autotutela amministrativa*, cit., 689. Sul suddetto "cambio di paradigma" L. Carbone, *La riforma dell'autotutela come nuovo paradigma dei rapporti tra cittadino e amministrazione pubblica*, in *www.giustiziaamministrativa.it*, 2017, 8, 25, il quale osserva il "superamento del principio della perennità della potestà amministrativa di annullare in via di autotutela gli atti invalidi" affermato dal parere Cons. Stato, sez. II, 7 giugno 1995, n. 2917, rilevando altresì che la previsione del termine di diciotto mesi per l'annullamento d'ufficio allinea l'Italia ad altri paesi, come la Francia, la Spagna e la Germania, dove da tempo è previsto un termine decadenziale per i

Essi non si ispirano soltanto alla logica della buona fede oggettiva – che àncora la tutela dell'affidamento alla correttezza dell'azione amministrativa (e quindi all'obbligo di prendere in considerazione l'interesse del privato all'interno dei procedimenti di riesame) e accorda al tempo trascorso tra l'adozione del provvedimento e il procedimento di ritiro il valore di fonte del dovere di correttezza in capo all'amministrazione[30] – bensì anche logica della certezza del diritto a protezione dei diritti individuali[31], nel senso che

procedimenti di ritiro in via generale, citando soprattutto il caso francese dove i provvedimenti favorevoli al destinatario possono essere annullati dall'amministrazione unicamente entro il termine per la proposizione del ricorso giurisdizionale.

[30] Come osserva F. Trimarchi Banfi, *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino*, cit., 852. Cfr. Cons. Stato, ad. plen. 17 ottobre 2017, n. 8, dove si legge che nella formulazione originaria dell'art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990, la previsione che l'annullamento dovesse intervenire entro un termine ragionevole "non stava a significare che il decorso di un lasso temporale particolarmente ampio consumasse in via definitiva il potere di riesame da parte dell'amministrazione, quanto – piuttosto – che tale circostanza imponesse una valutazione via via più accorta fra l'interesse pubblico al ritiro dell'atto illegittimo e il complesso delle altre circostanze e interessi rilevanti (e, *in primis*, quello del destinatario del provvedimento illegittimo – in ipotesi a lui favorevole – il quale maturava, per effetto del decorso del tempo, un affidamento legittimo alla permanenza dell'assetto di interessi delineato dal provvedimento medesimo)". La stessa pronuncia procede poi ad una interpretazione quasi abrogatrice della previsione che impone di procedere all'annullamento entro un termine "ragionevole", laddove osserva che "la nozione di *ragionevolezza* del termine è strettamente connessa a quella di *esigibilità* in capo all'amministrazione, ragione per cui è del tutto congruo che il termine in questione (nella sua dimensione 'ragionevole') decorra soltanto dal momento in cui l'amministrazione è venuta concretamente a conoscenza dei profili di illegittimità dell'atto".

[31] Percepisce "uno spostamento dell'asse dal principio di affidamento al più pregnante principio di certezza nella stabilità del provvedimento" anche G. Tropea, *Motivazione del provvedimento e giudizio sul rapporto*, cit., 1243 s.

Aggiungiamo che quando (e nei limiti in cui) la stabilità della decisione prevale in termini astratti e generali sul contrapposto interesse al mutamento della decisione stessa a rigor di logica non ha ragion d'operare neppure il principio della buona fede in senso soggettivo: se all'amministrazione è vietato ritirare il provvedimento perché il potere si è estinto, non assume rilevanza lo stato soggettivo del beneficiario e dunque non importa se questi abbia conseguito il provvedimento in buona fede o meno, eventualmente inducendo l'amministrazione in errore.

Ciò non è contraddetto dall'art. 21-*nonies*, comma 2-*bis*, secondo il quale il termine di diciotto mesi non trova applicazione se una sentenza penale passata in giudicato accerti che il provvedimento è stato conseguito sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive false o mendaci. Tale disposizione indica un'ipotesi di malafede "qualificata", in presenza il provvedimento non si stabilizza. Da essa, invece, non si può desumere che la buona fede del destinatario sia un presupposto per la stabilizzazione del provvedimento dopo il diciottesimo mese dalla sua adozione; così, invece, R. Caponigro, *Il potere amministrativo di autotutela*, cit., 11.

il provvedimento acquista una stabilità propria[32], indipendente dalla compa-

[32] Occorre anche considerare, a ulteriore riprova di come il valore della stabilità vada imponendosi nei rapporti di diritto pubblico, l'affermazione giurisprudenziale secondo cui l'atto amministrativo di aggiudicazione non è revocabile dopo la stipula del contratto. La conclusione del contratto esaurisce automaticamente il potere amministrativo di revoca e l'amministrazione che intende disimpegnarsi per esigenze sopravvenute è tenuta ad azionare l'apposito strumento negoziale, costituito dal recesso unilaterale oggi disciplinato dall'art. 134 del d.lgs. n. 50/2016. Questo principio è stato affermato da Cons. Stato, ad. plen. n. 14/2014, soltanto per i contratti di appalto di lavori pubblici, con una restrizione che la dottrina giustamente considera immotivata avendo il principio carattere generale: così A. Moliterni, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, cit., 236, 424 ss., secondo cui nel procedimento prodromico alla stipula di un contratto la pubblica amministrazione pone in essere una operazione "materialmente negoziale", sicché gli spazi di autotutela esterna al rapporto, incidente ciò direttamente sugli atti prodromici e indirettamente sull'efficacia del contratto, devono essere ridotti al minimo. Cfr. E. Caracciolo La Grotteria, *Potere discrezionale e recesso nei contratti pubblici*, in *Dir. e proc. amm.*, 2017, 319 ss., 337, 343, dove si mette invece in evidenza che il recesso dal contratto, come la stipula, costituiscono strumenti per il perseguimento dell'interesse pubblico sicché, pur essendo il recesso uno strumento privatistico, la decisione di utilizzarlo deve scaturire dall'esercizio del potere discrezionale.

Il discorso è necessariamente più articolato per l'annullamento d'ufficio del provvedimento di aggiudicazione. Secondo l'interpretazione avanzata da una parte minoritaria della giurisprudenza e ripresa anche in dottrina, l'amministrazione potrebbe annullare d'ufficio l'aggiudicazione ma questo non determinerebbe automaticamente l'inefficacia del contratto in quanto, in assenza di una apposita normativa, troverebbero qui applicazione le disposizioni del codice del processo amministrativo che disciplinano il regime dell'(in)efficacia del contratto a seguito dell'annullamento (giurisdizionale) dell'aggiudicazione (artt. 121 e 122): disposizioni secondo le quali l'inefficacia del contratto non segue in via automatica all'annullamento dell'aggiudicazione se non nei casi tassativamente previsti e salva una valutazione di opportunità da parte del giudice: cfr. A. Moliterni, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, cit., 236, 424 ss.

Sembra tuttavia forzato ritenere che disposizioni di carattere processuale, chiaramente rivolte a disciplinare l'incidenza della sentenza di annullamento dell'aggiudicazione sull'efficacia del contratto, possano trovare applicazione al caso in cui l'aggiudicazione sia annullata d'ufficio dall'amministrazione. Va piuttosto osservato che l'art. 108, d.lgs. n. 50/2016, individua, tra le altre, due ipotesi di risoluzione del contratto d'appalto (lett. *c*) e *d*)) che, lungi dal poter essere ricondotte al rimedio civilistico della risoluzione, individuano due casi nei quali l'amministrazione può annullare l'aggiudicazione con conseguente travolgimento degli effetti del contratto. Sembra dunque accettabile la tesi secondo cui, dopo la stipula del contratto, il potere di annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione si configura come potere soggetto ad una stretta tipizzazione normativa che deriva dal combinato disposto dell'art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990 e dell'art. 108, comma 1, lett. c) e d), l. n. 241/1990, il quale individua appunto le uniche due ipotesi tassative nelle quali l'amministrazione conserva il potere di annullare l'aggiudicazione dopo la stipula del contratto. Fuori da queste ipotesi, il potere di annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione si estingue con la stipula del contratto a prescindere dal momento in cui questa interviene (quindi anche prima della

razione degli interessi, sulla base di una valutazione generale e astratta del legislatore che mette fuori gioco la discrezionalità amministrativa e quindi anche le regole di governo della stessa fondate sul canone della buona fede e correttezza[33].

Nell'originaria formulazione degli artt. 21-*quinquies* e *nonies*, il ritiro dell'atto poteva essere inteso come una possibilità generale della pubblica amministrazione[34], i cui limiti erano da verificare in concreto secondo la

scadenza dei diciotto mesi, previsti dall'art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990). Per questa tesi G. Gallone, *Annullamento d'ufficio e sorte del contratto nel nuovo codice dei contratti pubblici*, Roma, 2018, *passim*.

[33] Questo diverso approccio alla limitazione dei poteri di ritiro è coerente sul piano generale con l'avvento del c.d. "Stato del mercato", che "non è più lo Stato dell'esercizio del potere, ma lo Stato dei diritti fondamentali, *in primis* del diritto di libertà economica nelle più disparate manifestazioni, tutte quelle che il mercato può suggerire […]": cfr. F. Merusi, *Sentieri interrotti*, cit., 46. Del resto, nell'ordinamento tedesco tradizionalmente la tutela dell'affidamento non è ricondotta alla buona fede oggettiva bensì "imposta dalla esigenza di certezza nei rapporti giuridici garantita dallo Stato di diritto […] Stato di diritto che si manifesta positivamente nei diritti fondamentali via via implicati nella tutela delle aspettative generate dai comportamenti del legislatore": Id., *Buona fede e affidamento*, cit., 10.

Sul differente modo di tutela, a seconda che il valore di riferimento sia l'affidamento quale corollario della buona fede o la certezza del diritto, v. da ultimo A. Travi, *Considerazioni critiche sulla tutela dell'affidamento*, cit., 14 s., il quale osserva che "La certezza del diritto […] presenta a ben vedere un nucleo precettivo preciso che esclude tendenzialmente ogni possibilità di compromessi: la relazione con interessi divergenti (si pensi al caso della legge successiva che disponga in senso contrario rispetto a un giudicato) viene affrontata nella logica di un conflitto, che deve risolversi, in quanto tale, secondo un criterio di prevalenza, e in questo conflitto il principio di certezza non può essere recessivo, perché altrimenti verrebbero posti in discussione alcuni valori fondanti (come la stessa continuità dell'ordinamento). Il principio di affidamento, invece, nella giurisprudenza risulta più flessibile, perché, come si è già accennato, introduce tipicamente una tecnica di bilanciamento: di conseguenza il suo sacrificio è senz'altro possibile, purché sia giustificato; la sua garanzia ultima è essenzialmente di ordine procedimentale". Da ultimo W. Troise Mangoni, *L'esercizio retroattivo*, cit., 137 ss., dove un'interessante ricostruzione del principio di affidamento, tesa ad affrancarlo dalla logica della comparazione degli interessi: secondo l'A. il legittimo affidamento, derivante dalla buona fede soggettiva del privato che ritiene d'essere titolare a giusto titolo della situazione giuridica di vantaggio, va inteso solo come il presupposto per l'operare del principio della buona fede oggettiva quale canone di comportamento e correttezza, da cui derivano a carico dell'amministrazione vincoli ulteriori rispetto a quelli impliciti nella struttura normativa della discrezionalità.

[34] In continuità con l'impostazione tradizionale, secondo cui per gli atti amministrativi vale la regola opposta a quella che generalmente vale per gli atti processuali: questi ultimi presentano il carattere della "immutabilità, intesa come divieto di ritiro degli atti da parte dei loro autori. I provvedimenti amministrativi, e gli atti amministrativi in genere, sono per principio ritirabili da parte dei loro autori. È vero che il ritiro è regolato dalle norme ed è

tecnica della discrezionalità amministrativa e il sindacato giurisdizionale su di essa[35]. Con i nuovi interventi si passa da una situazione in cui era immaginabile soltanto un divieto in concreto di ritirare il provvedimento ad un sistema che contempla ipotesi non secondarie in cui il potere di secondo grado semplicemente non sussiste secondo la previsione legislativa e, quindi, a prescindere dalle peculiarità della fattispecie concreta[36].

ammesso in misure non illimitate; tuttavia, non può neppure parlarsi, avendo mente a questo, di immutabilità relativa: funzionalmente l'immutabilità degli atti del giudizio risponde a più ragioni giuridiche, che interessano le parti e il giudice; invece per gli atti del procedimento tali ragioni, anche se sussistono, non sono positivamente codificate": M.S. Giannini, *Lezioni di diritto amministrativo*, cit., 419.

[35] Cfr. A. Gigli, *Nuove prospettive di tutela del legittimo affidamento*, cit., 165; A. Travi, *Considerazioni critiche sulla tutela dell'affidamento nella giurisprudenza amministrativa*, cit., 9 s., il quale osserva che secondo la giurisprudenza amministrativa la tutela dell'affidamento "non si pone, almeno in astratto, come un limite che preclude il conseguimento dell'obiettivo perseguito dall'amministrazione, ma si risolve piuttosto in un elemento che l'amministrazione è tenuta a ponderare puntualmente". L'affidamento non esprime dunque "un vincolo preciso, che renda incompatibile con l'ordinamento un certo risultato", trattandosi piuttosto di "un elemento significativo da contemperare con altri elementi significativi, secondo canoni […] che ripropongono […] la logica propria della discrezionalità".

Ne segue che le verifiche del giudice amministrativo sull'osservanza del principio di affidamento sono svolte nella logica dell'eccesso di potere, e non della violazione di legge, e che la tutela dell'affidamento "non può essere ricostruita correttamente come un corollario del diritto d'impresa o di iniziativa economica, né del diritto di proprietà: che normalmente l'affidamento possa maturare rispetto a un valore patrimoniale è fuori discussione, ma non è la garanzia di questo valore che lo identifica nei rapporti con l'amministrazione". Il valore di riferimento, si potrebbe aggiungere, è la buona fede oggettiva.

L'A. ritiene che la generalizzazione della tecnica del bilanciamento quale modo di tutela dell'affidamento susciti forti perplessità quando sono in gioco attività economiche, in quanto enfatizza il rischio per l'operatore (25): in queste situazioni "il nucleo essenziale della tutela dell'affidamento è rappresentato da una garanzia che non può prescindere dal risultato economico concreto" (26), e per questa ragione l'A. auspica lo sviluppo del modello indennitario di tutela dell'affidamento, non sottoposto a bilanciamento (27 ss.).

[36] Si lascia qui aperta la questione, di interesse meramente teorico, se il nuovo assetto dei poteri di ritiro, qualificando la stabilità del provvedimento come un valore in sé e per sé, consenta di ritenere accolta dal diritto positivo italiano la teoria di A. Merkl, *Il problema del giudicato nella giurisdizione e nell'amministrazione*, cit., 335 ss., secondo il quale la categoria del giudicato materiale può trovare applicazione anche in relazione agli atti amministrativi. In questo senso P. Portaluri, *Il nuovo diritto procedimentale*, cit., 2 s. secondo cui l'art. 6, l. n. 124/2015, modificando l'art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990, ha introdotto una vera e propria *materielle Rechtskraft* dei provvedimenti autorizzativi o attributivi di vantaggi economici; contrariamente si potrebbe osservare che quegli stessi provvedimenti sono soggetti al potere di revoca anche dopo il diciottesimo mese dall'adozione. È comunque interessante osservare che la dottrina amministrativistica italiana, prima delle riforme del 2015, ha sempre recisamente escluso l'applicabilità della teoria della cosa giudicata materiale agli atti ammi-

In ragione di questo diverso approccio del legislatore al problema della stabilità del provvedimento, trova conferma che l'amministrazione oggi non ha una generale possibilità di ritirare i propri atti, salvi i limiti esterni posti dal principio di buona fede; essa si muove all'interno di schemi normativi prefigurati, ossia esercita poteri specifici e conformati in astratto dalla legge[37]. Intanto si possono intendere gli atti di ritiro quale espressione dell'inesauribilità del potere, in quanto il riesame è una possibilità generale della amministrazione, i cui limiti sono da verificare in concreto; questa possibilità viene meno se il potere, è limitato in astratto e quindi ha una conformazione del tutto propria e sicuramente autonoma dal potere di provvedere[38].

5. *Estraneità del recesso dagli accordi alla logica dell'inesauribilità del potere*

Le conclusioni raggiunte in ordine al ritiro degli atti amministrativi unilaterali valgono a maggior ragione per il recesso dagli accordi sostitutivi del provvedimento previsto dall'art. 11, comma 4, l. n. 241/1990. Anch'esso non può essere considerato espressione del potere che conduce

nistrativi: per tutti M.S. Giannini, *Atto amministrativo*, in *Enc. Dir.*, VI, Milano, 1959, 187, 193. Per un raffronto tra la forza vincolante dell'accertamento amministrativo e l'incontrovertibilità del giudicato nella giurisdizione v. B. Tonoletti, *L'accertamento amministrativo*, Padova, 2001, 252.

[37] Cfr. F. Francario, *Riesercizio del potere amministrativo e stabilità degli effetti giuridici*, cit., 27, secondo cui la nuova disciplina degli atti di riesame impedisce di considerare il relativo potere come un potere generale e inesauribile; al contrario, esso "è un potere spendibile unicamente nelle forme, nei modi e nei termini in cui il legislatore lo consente". Anche R. Caponigro, *Il potere amministrativo di autotutela*, cit., 7, ritiene che "La previsione di un termine perentorio di scadenza per l'esercizio del potere […] determina che lo stesso sia oggi da considerare provvisorio, non più immanente, ed avente origine nell'adozione dell'atto adottato in prime cure, quale espressione di una diversa, e non più identica, potestà amministrativa". L'A. tuttavia considera tuttora valida la tesi dell'inesauribilità del potere quale fondamento del ritiro degli atti negativi e di quelli limitativi, posto che il termine di diciotto mesi opera soltanto in relazione all'annullamento dei provvedimenti ampliativi. Questa opinione non è condivisibile, a mio parere, in quanto il superamento della teoria dell'inesauribilità del potere non deriva soltanto dalla previsione del termine di diciotto mesi per l'annullamento d'ufficio degli atti ampliativi, bensì dal complessivo approccio del legislatore alla tematica dei limiti al riesame del provvedimento (fermo restando che, secondo l'opinione qui sostenuta, l'autonomia dei poteri di secondo grado poteva trovare buoni argomenti già in precedenza).

[38] Una parziale presa di coscienza di questo mutamento di paradigma, peraltro nient'affatto chiara e decisa, si può vedere in Cons. Stato, ad. plen. 17 ottobre 2017, n. 8, paragrafo 9. 4.

alla stipula dell'accordo e, dunque, dell'inesauribilità del potere amministrativo.

Benché non manchino opinioni contrarie[39], questa conclusione è condivisa dalla dottrina oggi prevalente, sia quella che attribuisce natura pubblicistica agli accordi, dividendosi poi intorno al carattere contrattuale o meno degli stessi, sia quella che ricostruisce la fattispecie in chiave privatistica[40].

La non riconducibilità del recesso all'inesauribilità del potere è un logico corollario sia della tesi che sul piano teorico non ammette l'esercizio in forma consensuale del potere, e dunque considera l'art. 11, l. n. 241/1990, come la norma che certifica la possibilità dell'amministrazione di farvi rinuncia[41], sia delle opinioni che a vario titolo collocano l'esecuzione degli accordi

[39] Vedi *supra*, 19 ss.

[40] Su questo dibattito di recente A. Moliterni, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, 444 ss., il quale, dopo aver rilevato la non piena riconducibilità dell'accordo ex art. 11, l. n. 241/1990, al contratto di diritto privato della pubblica amministrazione, ritiene che l'art. 11 trovi applicazione soltanto ad una parte circoscritta delle fattispecie consensuali che hanno come parte negoziale la pubblica amministrazione: le quali, proprio perché estranee allo schema dell'art. 11, sono generalmente sottoposte al diritto privato.

Un quadro aggiornato delle ricostruzioni teoriche del recesso dagli accordi è in F. Tigano, *Gli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 655 ss.; M.C. Romano, *Accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento*, in A. Romano (a cura di), *L'azione amministrativa*, cit., 399. Entrambi gli Autori propendono per l'inquadramento pubblicistico.

[41] Questa la posizione di N. Paolantonio, *Contributo sul tema della rinuncia in diritto amministrativo*, Napoli, 2003, il quale rifiuta la distinzione (proposta da F.G. Scoca, *Autorità e consenso*, in *Dir. amm.*, 2002, 440) tra poteri autoritativi, non necessitanti del consenso, e poteri non autoritativi, necessitanti del consenso, in quanto caratteristica essenziale del potere sarebbe la autoritatività, che comporta l'unilateralità sia nell'esercizio sia nell'effetto del potere.

Avendo esso carattere necessariamente autoritativo, non è il potere la situazione giuridica che l'amministrazione esercita in sede di formazione della fattispecie consensuale: e "se non v'è potere nell'effetto, nel risultato della produzione, ciò significa che il soggetto che ha concorso alla produzione di quell'effetto, e che pure era titolare del potere, ha rinunciato ad esercitarlo" (N. Paolantonio, *Contributo sul tema della rinuncia*, cit., 77).

La possibilità prevista dalla legge di stipulare un accordo in luogo di provvedimento, dunque, non dimostra che il potere può essere esercitato in forma consensuale, bensì che è possibile all'amministrazione di rinunciare al proprio potere, diversamente da quanto ritenuto dalla dottrina tradizionale. L'art. 11 della l. n. 241/1990, in questa chiave, è la norma che certifica un carattere del potere, quello della rinunziabilità, che è coerente con la sua natura di situazione giuridica soggettiva che vive all'interno del rapporto (*op. ult. cit.*, 115 ss.).

Secondo questa tesi, in definitiva, il potere non sopravvive alla manifestazione di volontà dell'amministrazione di accedere al consenso, in quanto tale manifestazione vale come rinunzia al potere stesso. Tale manifestazione interviene nella fase del procedimento in cui l'amministrazione valuta i contributi partecipativi dei privati e definisce, prima che il con-

nell'ambito del diritto privato[42]. È infatti intuitivo che, se l'accordo non è

tenuto del futuro provvedimento o accordo, "la scelta stessa se produrre un provvedimento o un accordo" (*op. ult. cit.*, 126).

[42] In questo senso M. Renna, *Il regime delle obbligazioni nascenti dall'accordo amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2010, 29 ss., il quale colloca nel diritto privato l'esecuzione dell'accordo, rilevando come ciò non escluda la possibilità di ricostruire l'accordo stesso come espressione del potere, posto che una cosa è la situazione giuridica soggettiva che viene esercitata all'interno della convenzione, altra sono gli effetti della convenzione stessa e il regime delle obbligazioni da essa derivanti.

L'A. prende le mosse dal rilievo che l'art. 11, comma 2, secondo periodo, laddove prevede che agli accordi si applicano "ove non diversamente previsto, i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti, in quanto compatibili", non osta all'applicazione di tutte le norme generali codificate in materia di obbligazioni e contratti in quanto per "principi" si devono intendere le norme generali valevoli per l'intera materia contrattuale. Quanto alla clausola di compatibilità prevista dalla disposizione richiamata, essa non richiede di svolgere volta per volta una valutazione di compatibilità della disciplina privatistica con la tutela dell'interesse pubblico, ma semplicemente indica che le norme generali del codice civile in materia di obbligazioni e contratti non trovano applicazione se incompatibili con la disciplina speciale degli accordi contenuta nell'art. 11, l. n. 241/1990. A ciò si aggiunge che l'accordo e gli atti esecutivi dello stesso, in quanto atti non autoritativi (aventi o meno natura privatistica), sono per regola generale sottoposti al diritto privato (art. 1, comma 1-*bis*, l. n. 241/1990).

In questo quadro ricostruttivo, considerato anche che non esiste una disciplina apposita per l'esecuzione degli accordi amministrativi, la conclusione dell'accordo realizza una cesura rispetto alla fase precedente: il diritto privato si erge così a "protagonista indiscusso" nella fase di esecuzione, in quanto "non è più in gioco l'esercizio di un potere dell'amministrazione, consumato in precedenza ed esauritosi con la conclusione e l'acquisizione di efficacia dell'accordo"; trovano così applicazione la disciplina privatistica dell'adempimento, dell'inadempimento e dei modi di cessazione degli effetti dell'obbligazione diversi dall'adempimento.

Cfr. altresì S. Civitarese Matteucci, *Regime giuridico dell'attività amministrativa e diritto privato*, in *Dir. pubbl.*, 2003, 441 ss., secondo cui la Costituzione, raffigurando l'amministrazione come un insieme di apparati serventi la società, richiede che l'intera sua attività sia assoggettata a un regime funzionale, caratterizzato dalla discrezionalità in luogo dell'autonomia privata nonché dalla necessaria presenza del procedimento e di un nucleo di principi procedurali connessi quali l'obbligo di istruttoria, di motivazione, la trasparenza e la doverosità dell'azione amministrativa.

In quest'ordine di idee l'attività amministrativa, necessariamente funzionale, si concilia con l'impiego di strumenti privatistici tramite l'osservazione che i "rapporti contrattuali possono sorgere dall'incontro di un atto amministrativo e l'atto di un privato" (454), giacché il momento del regolamento contrattuale – e dei relativi vincoli, derivanti non solo dalla pattuizione delle parti ma anche dalla legge – è affatto autonomo dal momento della formazione del regolamento contrattuale medesimo (455).

L'amministrazione dunque manifesta la volontà di concludere l'accordo attraverso un atto unilaterale nel quale il suo potere rimane "tutto assorbito" (457), dando così luogo a un regolamento contrattuale "ormai distinto dai poteri giuridici che in esso si sono incontrati e trasformati, e che per questo si ambienta per intero nel diritto privato" (458). La conclu-

espressione di potere o comunque è sottoposto al diritto privato, le facoltà da riconoscere all'amministrazione in fase di esecuzione siano quelle del contraente, e non quelle dell'autorità: per cui il potere pubblico con i suoi caratteri specifici, tra cui la inesauribilità, è posto automaticamente fuori gioco.

In questo quadro concettuale, il recesso unilaterale previsto dall'art. 11, comma 4, l. n. 241/1990, è stato considerato come un'eccezione al regime privatistico dell'esecuzione dell'accordo che troverebbe giustificazione non in "dati estrinseci ed aprioristici, quali la presunta inesauribilità del potere amministrativo"[43], bensì in base a una implicita clausola *rebus sic stantibus*[44] che consentirebbe l'attribuzione all'amministrazione del diritto potestativo di risolvere unilateralmente il contratto per motivi sopravvenuti, senza bisogno di ricorrere al giudice secondo le regole ordinarie[45].

Ma, se si accetta l'idea che l'esecuzione dell'accordo è soggetta al diritto privato, sembra preferibile ritenere che il recesso previsto dall'art. 11, pur rappresentando una eccezione rispetto alla disciplina generale del contratto, sia strutturalmente analogo alle ipotesi di recesso unilaterale soggetto ad obbligo di motivazione previste dal codice civile[46].

sione dell'accordo realizza dunque l'esaurimento del potere e l'esecuzione rimane assoggettata integralmente al diritto privato, con la sola eccezione del potere di recesso previsto dall'art. 11, l. n. 241/1990. Questo si spiegherebbe per la presenza di una implicita clausola *rebus sic stantibus* (466) che giustifica l'attribuzione all'amministrazione del diritto potestativo di risolvere unilateralmente il contratto per motivi sopravvenuti, senza bisogno di ricorrere al giudice secondo le regole ordinarie (468).

[43] S. Civitarese Matteucci, *Regime giuridico dell'attività amministrativa e diritto privato*, cit., 467.

[44] S. Civitarese Matteucci, *Regime giuridico dell'attività amministrativa e diritto privato*, cit., 466.

[45] S. Civitarese Matteucci, *Regime giuridico dell'attività amministrativa e diritto privato*, cit., 468.

[46] M. Renna, *Il regime delle obbligazioni nascenti dall'accordo amministrativo*, cit., 63 ss.

In termini analoghi N. Paolantonio, *Contributo sul tema della rinuncia*, cit., 86 ss., il quale configura il recesso unilaterale dall'accordo come ipotesi di recesso legale di carattere privatistico e in ciò vede la conferma della rinuncia da parte della pubblica amministrazione all'esercizio del potere. Secondo l'A., inoltre, il fatto che il recesso sia ammesso soltanto in presenza di una sopravvenienza consente anche di ritenere che l'eventuale provvedimento, che l'amministrazione dovesse adottare in sostituzione dell'accordo di cui sono cessati gli effetti, è espressione di un potere diverso da quello dismesso dall'amministrazione con la rinuncia. Infatti "la sopravvenienza viene, per così dire, a interagire con la norma attributiva del potere, conferendo all'amministrazione una situazione soggettiva nuova, che nulla ha a che fare con la originaria situazione dismessa, riconoscibile ed esercitabile solo in quanto funzionale, in un dato momento storico, ad un ben preciso e identificato interesse pubblico, la cui morfologia, a seguito della sopravvenienza, è, si ripete, totalmente diversa e anch'essa nuova […] Questa nuova situazione soggettiva non si identifica con quella originaria, defi-

In ogni caso, quale che sia la corretta qualificazione del recesso, l'esaurimento del potere intervenuto con la stipula dell'accordo comporta che l'amministrazione non sia titolare in via generale di una *potestas variandi* dell'accordo: se sopravvengono motivi di pubblico interesse, la logica del consenso al più consente all'amministrazione di tentare la rinegoziazione delle clausole dell'accordo o, in alternativa, di ricorrere al recesso se ne sussistono i presupposti[47].

Particolarmente significativo, ai nostri fini, è che l'inesauribilità del potere quale fondamento del recesso unilaterale sia contestata anche da parte della dottrina che aderisce alla concezione pubblicistica dell'accordo e concepisce il recesso per sopravvenuti motivi di interesse pubblico quale espressione di un potere autoritativo, funzionalizzato, discrezionale e pertanto sottoposto al regime del provvedimento amministrativo[48].

Questa dottrina mette in evidenza che la legge ammette tale recesso soltanto in presenza di un mutamento della situazione di fatto e da ciò ricava che "il potere di scelta discrezionale si esaurisce con l'accordo, sicché è preclusa all'amministrazione qualunque altra valutazione della situazione originaria in termini di interesse pubblico"[49].

In altri termini – si sostiene – il potere di provvedere intorno all'interesse pubblico si esaurisce al momento della stipula dell'accordo e dunque il recesso non trova fondamento nel principio dell'inesauribilità del potere amministrativo, essendo esplicazione di un potere (autoritativo), autonomo ed espressamente previsto. A riprova dell'esaurimento del potere vi è che l'amministrazione non possiede, se non quando sia la normativa di settore o la pattuizione delle parti a prevederla, neppure la facoltà di modificare unilateralmente l'accordo (*potestas variandi*)[50].

nitivamente estinta, e l'eventuale esercizio del "nuovo" potere implicherà, di necessità, nuovi ed autonomi apprezzamenti, nuove acquisizioni di fatti, autonome ed originarie determinazioni" (*op. ult. cit.*, 119).

[47] M. Renna, *Il regime delle obbligazioni nascenti dall'accordo amministrativo*, cit., 67 ss.

[48] G. Greco, *Accordi amministrativi. Tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003, 140 s., 240. Cfr. anche F. Tigano, *Gli accordi integrativi o sostitutivi*, cit., 662, che accede alla tesi (Cerulli Irelli) che qualifica il recesso come espressione di una autotutela c.d. "legata", soggetta a presupposti e condizioni diversi dal potere di revoca del provvedimento.

[49] G. Greco, *Accordi amministrativi*, cit., 241. Cfr. però G. Sala, *Accordi sul contenuto discrezionale del provvedimento e tutela delle situazioni soggettive*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, 248 s., secondo il quale la circostanza che l'amministrazione possa intervenire sull'accordo soltanto in presenza di fatti sopravvenuti e nei limiti previsti dalla legge è compatibile con il carattere dell'inesauribilità del potere.

[50] Secondo G. Greco, *Accordi amministrativi*, cit., 248, 251, anche quando questi poteri siano previsti, l'amministrazione potrà esercitarli soltanto per esigenze sopravvenute e non in

6. *Estraneità degli atti di riesame alla logica dell'inesauribilità del potere*

Le osservazioni svolte dimostrano che l'amministrazione in senso oggettivo, si esplichi tramite atti unilaterali o consensuali, non è un'attività di flusso continuo come la legislazione.

Là il criterio cronologico di composizione delle antinomie trova un fondamento di diritto positivo nell'abrogazione implicita (art. 15 preleggi) per cui, salvo il problematico limite dell'affidamento del cittadino nei confronti del legislatore, il Parlamento esercitando lo stesso potere può decidere un numero astrattamente infinito di volte sulla stessa materia ponendo nel nulla la determinazione precedente incompatibile.

Al contrario, l'amministrazione non gode di "una assoluta libertà dall'impegno implicito nella determinazione adottata"[51]. Questa vincola l'organo emanante[52], e tale vincolo è dimostrato dal fatto che per tornare sui propri passi esso deve esercitare poteri specifici, diversi dal potere di primo grado sia nella struttura sia nei limiti.

Questa conclusione non intende mettere in discussione la tenuta logica delle ricostruzioni tradizionali che collocano tali atti nell'ambito dell'autotutela decisoria o li qualificano come atti di riesercizio del potere originariamente esercitato, ma soltanto proporre un aggiornamento dello strumentario della dogmatica: sulla considerazione che gli schemi concettuali un tempo necessari per giustificare teoricamente la ritrattabilità del provvedimento amministrativo non sembrano i più adeguati alla rappresentazione concettuale dello stato attuale del diritto positivo.

La tesi dell'autonomia dei poteri di ritiro ha, come propria ricaduta

forza di un generico *ius poenitendi*, in quanto essa "si è definitivamente vincolata con il contratto, consumando ogni potere in proposito: sicché non può legittimamente avere resipiscenze di sorta, né ai fini del recesso, né ai fini della modifica unilaterale (e non rinegoziata) dell'assetto contrattuale, né ai fini del prospettato potere di revoca negli accordi orizzontali". Lo stesso principio vale per l'annullamento d'ufficio, che è astrattamente ammissibile in ragione dell'applicazione all'accordo dello statuto tipico dell'atto amministrativo, ma non può essere considerato una facoltà immanente al potere dell'amministrazione bensì uno strumento cui essa può ricorrere soltanto in presenza di elementi sopravvenuti in quanto, diversamente opinando, l'amministrazione potrebbe operare "una nuova e diversa valutazione dell'interesse pubblico a circostanze immutate, e rispetto alla quale, peraltro, risulta aver esaurito ogni potere".

[51] Cfr. G. Miele, *Principî di diritto amministrativo*, cit., 49, dove si afferma che il soggetto che esercita il potere "soggiace agli effetti della modificazione giuridica che si produca, non rilevando se egli abbia il potere di eliminarla in un momento successivo"; G. Guarino, *Atti e poteri amministrativi*, in Id. (a cura di), *Dizionario amministrativo*, I, Milano, 1983, 263.

[52] G. Guarino, *Atti e poteri amministrativi*, cit., 263. Sulla tesi della "vincolatività interna" del provvedimento amministrativo, con richiami alla dottrina di lingua tedesca, S. Perongini, *Teoria e dogmatica*, cit., 359 s.

pratica, l'affermazione della tipicità dei relativi atti: i quali, se non conformi agli schemi normativi vigenti, *in primis* agli articoli 21-*quinquies* e 21-*nonies*, l. n. 241/1990, sono per definizione invalidi. Non sono immaginabili atti di ritiro atipici[53].

Una volta escluso che l'inesauribilità del potere possa essere richiamata a fondamento e giustificazione degli atti di ritiro, infatti, trova piena esplicazione il principio di legalità che vieta all'amministrazione di rivedere le decisioni assunte, con atto unilaterale o con accordo, se non dove (e nei limiti in cui) ciò sia espressamente consentito dalla legge[54].

La tesi della tipicità degli atti di riesame non è nuova in dottrina[55] e da ultimo è accolta anche dal Consiglio di Stato[56]. Essa tuttavia presuppone l'autonomia dei poteri di ritiro dal potere amministrativo "ordinario", in quanto se il potere esercitato fosse sempre lo stesso non vi sarebbe ragione di richiedere per gli atti di riesame un autonomo e specifico fondamento normativo.

Sezione II. Inesauribilità del potere e riedizione dello stesso dopo l'annullamento

1. *Impostazione del problema*

Il fatto che l'amministrazione per rimuovere un proprio atto deve esercitare un potere diverso, e non possa invece valersi di quello già esercitato,

[53] È apprezzabile, dunque, l'impostazione di Cons. Stato, ad. plen. 17 ottobre 2017, n. 8, la quale, dopo aver rilevato che il legislatore non ha previsto "una speciale disciplina in tema di presupposti e condizioni per l'adozione dell'annullamento *ex officio* di titoli edilizi", esclude che nella fattispecie possano trovare applicazione regole diverse da quelle previste in via generale dall'art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990, così superando la giurisprudenza che fondava l'annullamento del titolo edilizio, facendone un tipo *sui generis* e aggirando i limiti previsti dall'art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990.

[54] È da condividere dunque la posizione assunta da Cons. Stato, comm. spec., 13 luglio 2016, n. 1640 circa l'impossibilità di esercitare l'autotutela nell'ambito del silenzio assenso tra pubbliche amministrazione, mentre è invece da criticare la posizione della giurisprudenza che ammette il recesso unilaterale dell'amministrazione dagli accorsi stipulati con altra amministrazione. A questo riguardo cfr. R. Ferrara, *Gli accordi tra le amministrazioni pubbliche*, cit., 788, dove si rileva che la possibilità del disimpegno unilaterale dall'accordo tra amministrazioni non è coerente con la posizione di parità che caratterizza i soggetti pubblici. L'A. ammette invece la rinegoziazione, riperimetrazione dell'accordo oppure lo scioglimento consensuale dal vincolo.

[55] Cfr. cap. II, sez. I, *supra*.

[56] Cons. Stato, ad. plen. 17 ottobre 2017, n. 8.

dimostra che l'adozione del provvedimento determina una preclusione rispetto al futuro esercizio del potere; ma non esclude che l'amministrazione, una volta rimosso il provvedimento, possa nuovamente esercitare il potere. La circostanza che gli atti di ritiro siano espressione di poteri diversi da quello esercitato con l'atto rimosso, dunque, non smentisce che il potere amministrativo sopravvive al suo esercizio.

Il vero banco di prova della sopravvivenza del potere al suo esercizio è allora rappresentato dalla questione se l'amministrazione, a seguito della rimozione dell'atto, mantiene o meno nella propria disponibilità il rapporto inciso con l'atto rimosso. Si potrà dire che il potere non sopravvive al suo esercizio soltanto ove si dimostrasse che l'amministrazione, rimosso l'atto, non può più esercitare il potere già speso.

La discussione delle tesi che affidano al processo amministrativo il compito di definire una volta per tutte l'assetto del rapporto controverso ha indotto a riconoscere la maggiore solidità della prospettazione tradizionale secondo cui il giudicato di annullamento non esclude la sopravvivenza del potere[57].

L'annullamento, in ragione della struttura stessa della tutela costitutiva, determina una preclusione rispetto al successivo esercizio del potere la cui estensione è commisurata al motivo di ricorso accolto. Pertanto l'amministrazione non si pone in contrasto con il giudicato se reitera il provvedimento annullato emendandolo del vizio riscontrato e in particolare, quando si tratta di un vizio sostanziale, adducendo nuovi fatti costitutivi a sostegno di una decisione che ha lo stesso contenuto di quella in precedenza annullata.

La definizione del rapporto al termine del giudizio è possibile soltanto quando la sentenza di annullamento produce un effetto preclusivo pieno in quanto accerta l'insussistenza in concreto di un presupposto di fatto essenziale per la legittimità del provvedimento; e, nell'ambito dei poteri ampliativi di carattere vincolato, quando il ricorrente ottiene la condanna dell'amministrazione ad adottare il provvedimento richiesto (azione di adempimento).

Sono questi i soli casi in cui il giudicato acquisisce una portata incompatibile con la sopravvivenza del potere amministrativo. Al di fuori di essi il giudicato non preclude l'esercizio del potere amministrativo. L'amministrazione dispone nuovamente del rapporto e il ricorrente vittorioso, pur avendo ottenuto l'annullamento del provvedimento impugnato, può non conseguire la soddisfazione del suo interesse finale: sia questo l'interesse all'attri-

[57] Cfr. in questo senso S. Valaguzza, *Il giudicato amministrativo*, cit., 109 ss.

buzione di una utilità da parte dell'amministrazione sia l'interesse alla intangibilità di una propria situazione giuridica da parte della amministrazione stessa[58]. Né, si è detto, la preclusione rispetto al riesercizio del potere è risultato attingibile in esito al giudizio di ottemperanza quale processo d'esecuzione.

D'altra parte, v'è adesso da considerare che la legge vigente non contiene alcuna disposizione dalla quale possa desumersi che dopo l'annullamento del provvedimento la gestione del rapporto torni nella disponibilità della pubblica amministrazione.

In precedenza una indicazione di questo genere poteva essere desunta dall'art. 26, legge 6 dicembre 1971, n. 1034 (legge T.A.R.) e dall'art. 45, r.d. 26 giugno 1924, n. 1054 (T.U. Cons. Stato), i quali prevedevano rispettivamente che l'annullamento per motivi di incompetenza comportasse la rimessione dell'affare all'autorità competente e che l'annullamento per tutti altri motivi facesse salvi "gli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa". Soprattutto quest'ultima previsione, secondo l'interpretazione preferibile, si riferiva alla facoltà dell'amministrazione di emanare "un atto analogo a quello annullato, senza che sia intervenuto un mutamento dei presupposti di fatto"[59].

Il codice del processo amministrativo ha abrogato entrambe le disposizioni; oggi l'art. 34 c.p.a. stabilisce che, in caso di accoglimento dell'azione, il giudice "annulla in tutto o in parte il provvedimento amministrativo"; l'art. 88 che la sentenza deve contenere "l'ordine che la decisione sia eseguita dall'autorità amministrativa"; l'art. 111, comma 1, che "i provvedimenti del giudice amministrativo devono essere eseguiti dalla pubblica amministrazione e dalle altre parti". Sulla base di queste disposizioni, si è detto, "l'azione di annullamento non pare più una parentesi che si inserisce nell'azione amministrativa per consentirne la prosecuzione, in caso di accoglimento della domanda"[60].

[58] Cfr. E. Capaccioli, *Per l'effettività della giustizia amministrativa*, cit., 465; F. Benvenuti, *Giudicato*, cit., 990; M. Clarich, *Giudicato e potere amministrativo*, cit., 1 ss.

[59] Così R. Villata, *L'esecuzione*, cit., 596, il quale riteneva che la salvezza degli ulteriori provvedimenti prevista dall'art. 45 non riguardasse anche la facoltà dell'amministrazione di riesercitare il potere in presenza di fatti sopravvenuti, reputando non necessario a tal fine una espressa autorizzazione normativa. Così anche A.M. Sandulli, *Il giudizio*, cit., 415; V. Simi, *Il significato della salvezza degli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa*, in AA.VV., *Atti del convegno sull'adempimento del giudicato amministrativo*, Milano, 1962, 87 ss.

[60] E. Follieri, *Le azioni proponibili*, cit., 189, il quale rileva "un'accentuazione e distacco dell'attività giurisdizionale rispetto all'azione amministrativa. Quest'ultima è necessaria e doverosa a seguito della sentenza di accoglimento, ma quale esecuzione della decisione del

Davanti all'interprete si schiude così un'alternativa.

O ritenere che il potere sopravvive comunque all'annullamento (anche a fronte di una situazione di fatto rimasta immutata), confermando una regola che a questo punto rinverrebbe il proprio fondamento non più nel diritto positivo ma soltanto in un carattere intrinseco del potere, cioè appunto la sua inesauribilità[61]. Oppure ritenere che, accanto alla preclusione derivante dal giudicato, opera una preclusione di carattere sostanziale che non consente alla amministrazione di avere nella propria disponibilità il rapporto già deciso (*rectius*, ritenere che il potere amministrativo sia normativamente strutturato nel senso di non poter essere esercitato più di una volta sullo stesso rapporto).

2. (segue) *Verso una preclusione di diritto sostanziale*

Le premesse teoriche e metodologiche poste nel precedente capitolo non possono che indurre a ragioni di grave perplessità nei riguardi della prima soluzione da ultimo indicata. Si è dimostrato infatti che l'inesauribilità non è un carattere intrinseco del potere bensì una qualità che esso può o meno possedere a seconda della disciplina di riferimento. Su ciò non occorre tornare, se non per ribadire l'inversione metodologica in cui si incorre quando si deducono conseguenze di diritto positivo dalla presunta ontologia del potere giuridico.

In questa sede occorre piuttosto verificare se la possibilità di riesercitare il potere esplicato con l'atto annullato sia una conseguenza necessaria dell'efficacia retroattiva della sentenza di annullamento, come pure è stato autorevolmente sostenuto[62]; non prima però di aver rilevato che, se fosse que-

giudice, non più quale attività amministrativa fatta salva per il carattere della inesauribilità del potere". Cfr. altresì L. Ferrara, *Domanda giudiziale e potere amministrativo*, cit., 105; L. Torchia, *Le nuove pronunce e l'ambito di decisione del giudice*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2010.

È senz'altro corretto, come ammonisce M. Mazzamuto, *Il principio del divieto*, cit., non collegare all'abrogazione delle norme in questione significati ultronei tendenti a superare il divieto per il giudice di farsi amministratore; salvo intendersi sul contenuto di questo divieto. V. *infra*, 251 ss.

[61] Non sembra doversi ravvisare tale fondamento nel divieto di pronunciare con riferimento a poteri non ancora esercitati, previsto dall'art. 34, comma 2, c.p.a., il quale ha tutt'altro significato. V. *infra*, 251 ss.

[62] Cfr. A.M. Sandulli, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati*, cit., 415-416, ove si sostiene che, al di là della previsione che face(va) salvi gli ulteriori provvedimenti, "[…] la piena possibilità di nuovo esame di nuove determinazioni discende naturalmente dal principio dell'efficacia ripristinatoria dei provvedimenti di annullamento"; Id.,

sto il reale fondamento della suddetta possibilità, allora l'inesauribilità del potere verrebbe comunque posta fuori gioco poiché ciò che l'amministrazione eserciterebbe (*rectius*, potrebbe esercitare) dopo l'annullamento non sarebbe un potere già esercitato, che è sopravvissuto al suo esercizio, ma un potere che, alla luce della retroattività dell'annullamento, dovrebbe considerarsi mai esercitato sul piano della realtà giuridica[63].

Secondo l'insegnamento tradizionale, l'annullamento ha efficacia retroattiva in quanto riguarda atti che, benché provvisoriamente efficaci, non avrebbero dovuto produrre alcun effetto in quanto difformi, sin dalla loro adozione, dal modello normativo[64]. In un quadro teorico che considera la piena conformità dell'atto allo schema normativo come requisito essenziale per la produzione degli effetti, l'annullamento è la sanzione che l'ordinamento appresta per il mancato rispetto delle proprie regole e con la quale sancisce l'originaria inefficacia degli atti viziati[65].

Se invece si riconosce che l'efficacia dell'atto giuridico non è strettamente condizionata alla conformità dello stesso alla fattispecie astratta, co-

Consistenza ed estensione dell'obbligo delle autorità amministrative di conformarsi ai giudicati, cit., 423 ss.

[63] A proposito dell'efficacia retroattiva dell'annullamento osserva G. Corso, *L'efficacia*, cit., 404, che "non si tratta, ovviamente, di far sì che ciò che è stato non sia stato, sibbene di ottenere che quel che è stato non sia stato secondo il diritto".

[64] Il punto è chiarito da E. Follieri, *L'ingegneria processuale del Consiglio di Stato*, in *Giur. it.*, 2012, 440: "è orientamento assolutamente prevalente in dottrina e in giurisprudenza che la sentenza di annullamento comporti la rimozione degli effetti prodotti dall'atto illegittimo, sin dalla sua adozione, per la considerazione che l'atto invalido per un vizio coevo alla sua emanazione non avrebbe potuto determinare alcun effetto e, quindi, direi, ontologicamente, vengono a esplicarsi effetti retroattivi di cancellazione di tutto quanto frutto dell'atto illegittimo".

[65] Lo osserva ancora E. Follieri, *L'ingegneria processuale del Consiglio di Stato*, cit., 440.

Sulla retroattività "connaturata" all'annullamento cfr. G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, 1947, 238, secondo cui "l'annullamento ha carattere costitutivo, perché fa cessare i rapporti in atto e in via di svolgimento; quanto alla sua efficacia, tuttavia, avendo causa in vizi contemporanei alla formazione dell'atto, esso retroagisce al momento di tale formazione: l'atto viene posto nel nulla fin dalla sua origine e gli effetti da esso prodotti devono essere eliminati o riparati"; F. Cammeo, *Corso di diritto amministrativo*, rist. a cura di Miele, Padova, 1960, 596; M.S. Giannini, *Sulla ripristinazione conseguente all'annullamento di un atto estintivo del rapporto di pubblico impiego* (1942), in Id., *Scritti di Massimo Severo Giannini*, Milano, 2002, II, 463; E. Cannada Bartoli, *Annullabilità e annullamento*, cit., 396, secondo cui il modo di operare dell'annullamento è radicale in quanto priva l'atto di rilevanza giuridica; V. Fanti, *Gli effetti retroattivi della sentenza del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 356 ss.; G. Corso, *L'efficacia*, cit., 404; F. Volpe, *Norme di relazione, norme d'azione e sistema italiano di giustizia amministrativa*, Padova, 2004, 377; A. Calegari, *L'invalidità derivata nei rapporti tra atti amministrativi*, Padova, 2012, 175 ss.

me pare esatto fare, allora l'annullamento si presta ad esser concepito (non più come la sanzione dell'originaria inefficacia dell'atto, ma) come una misura di reazione all'efficacia degli atti invalidi[66] che si pone a protezione dell'interesse giuridicamente rilevante, pubblico o privato, pregiudicato da quegli effetti[67].

L'annullamento non risponde ad una logica meccanica di accertamento dell'originaria inefficacia e conseguente espunzione dal sistema degli atti invalidi, ma si conforma alla funzione di protezione dell'interesse volta per volta individuato dai principi e dalle regole giuridiche di riferimento. Il problema della decorrenza degli effetti, visto che la retroattività non è imposta da alcuna norma[68], deve essere affrontato e risolto alla luce della disciplina e della specifica funzione protettiva dell'annullamento nell'ambito del processo amministrativo, rinunciando a posizioni aprioristiche e generalizzanti[69].

[66] Osserva F. Modugno, *Annullabilità e annullamento*, cit., 8, che l'annullamento di un atto inefficace è un non senso.

[67] M. Trimarchi, *La validità*, cit., 300 s.

[68] L'unico effetto necessariamente conseguente all'accoglimento dell'azione di annullamento, necessario in quanto previsto dalla legge, è l'eliminazione dell'atto impugnato (v. art. 34, comma 1, c.p.a.): cfr. E. Follieri, *L'ingegneria processuale*, 440; pertanto, sembra ragionevole che l'annullamento possa operare *ex nunc* tante volte quante il ricorrente, principale o incidentale, giudichi questa soluzione come la più soddisfacente alla tutela del proprio interesse: L. Donato, *Sulla disponibilità degli effetti dell'annullamento giurisdizionale: il caso del ricorso incidentale c.d. «autolesivo»*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 527 ss., 531 ss.

In una nota pronuncia, il giudice amministrativo, accertata l'illegittimità dell'atto impugnato, ha escluso la retroazione dell'annullamento sulla base dell'argomento che questa avrebbe nuociuto tanto all'interesse del ricorrente quanto all'interesse pubblico (Cons. Stato, sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755). Di fatto, il Consiglio di Stato ha convertito, con ogni probabilità in violazione del principio della domanda, l'azione di annullamento proposta dal ricorrente in un'azione di condanna, ordinando alla p.a. di pronunciarsi nuovamente sulla questione e indicando il modo in cui farlo. Cfr. E. Follieri, *L'ingegneria processuale del Consiglio di Stato*, cit., 438; M. Fornaciari, *Ultimissime dal Consiglio di Stato: l'annullamento…che non annulla!*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1662 ss.; R. Dipace, *L'annullamento tra tradizione e innovazione; la problematica flessibilità dei poteri del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1358 ss.; M. Macchia, *L'efficacia temporale delle sentenze del giudice amministrativo: prove di imitazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 1310 ss.; C. Feliziani, *Oltre le Colonne d'Ercole. Può il giudice amministrativo non annullare un provvedimento illegittimo?*, in *Foro amm. - CdS*, 2012, 427 ss.; C.E. Gallo, *I poteri del giudice amministrativo in ordine agli effetti delle proprie sentenze di annullamento*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 280 ss.; A. Giusti, *La «nuova» sentenza di annullamento nella recente giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 293 ss.; L. Bertonazzi, *Sentenza che accoglie l'azione di annullamento amputata dell'effetto eliminatorio?*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1128 ss.; A. Carbone, *Azione di annullamento, ricorso incidentale e perplessità applicative della modulazione degli effetti caducatori*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 428 ss.

[69] Insiste sul fatto che la retroattività è un effetto giuridico e non un automatismo, con la conseguenza che per stabilirne "incidenza" e "profondità" occorre considerare il modo di

Ora, sembra difficile smentire che nel processo amministrativo l'annullamento sia, o dovrebbe essere considerato, una misura di protezione dell'interesse del privato che ha subito un pregiudizio dall'amministrazione[70]: tanto che la stessa invalidità del provvedimento non viene in rilievo come valore finale dell'ordinamento, bensì come valore strumentale alla realizzazione dell'interesse del ricorrente[71]. Se questa è la funzione dello strumento, appare irrazionale e in contrasto con i valori di fondo della tutela giurisdizionale ritenere che gli effetti della sentenza che accoglie l'azione di annullamento retroagiscano automaticamente sino al punto da riconsegnare integro all'amministrazione il potere esercitato con l'atto annullato così da

operare di principi come la buona fede, F. Modugno, *Annullabilità e annullamento*, cit., 8; nella stessa linea di pensiero da ultimo W. Troise Mangoni, *L'esercizio retroattivo*, cit., 16, che fa della retroattività una questione di bilanciamento tra principi. Sull'opportunità di qualificare come limite giuridico alla retroattività, e non come limite fattuale, persino il principio *factum infectum fieri nequit* sia consentito rinviare a M. Trimarchi, *Caducazione con effetto retroattivo della misura cautelare e principio del fatto compiuto. Note sulla disciplina dei rapporti tra privato e p.a. successivi alla pronuncia di merito*, in *Foro amm. - TAR*, 2010, 1530 ss.

[70] In questo senso è estremamente significativo che il giudice non può rilevare d'ufficio l'annullabilità del provvedimento. Ciò significa che l'ordinamento, in nome del principio di conservazione, tollera la produzione di effetti sconvenienti, sebbene questa comporti una deviazione nel processo di attuazione dei valori giuridici. Al contempo, però, predispone un rimedio di protezione, l'annullabilità appunto, a tutela dei soggetti danneggiati da quegli effetti.

Che l'annullabilità assolva esclusivamente ad una funzione di tutela degli interessi dei singoli è confermato, in modo apparentemente paradossale, dai limiti posti alla operatività del rimedio e, in particolare, dalla necessaria sussistenza dell'interesse al ricorso (art. 100 c.p.c.; art. 35, comma 1, lett. *b*), c.p.a.) e dalla sottoposizione dell'azione a un termine decadenziale breve di sessanta giorni (art. 29 c.p.a.).

La necessità che l'impugnazione sia sorretta dall'interesse al ricorso, condizionando l'operatività del rimedio alla possibilità per il ricorrente di trarre un vantaggio concreto e attuale dalla rimozione del provvedimento invalido, per un verso costituisce un fattore di limitazione della tutela; al contempo, però, chiarisce che la realizzazione dell'interesse del singolo è, insieme, obiettivo e limite del rimedio.

Un discorso simile può farsi con riferimento alla sottoposizione dell'azione al termine decadenziale breve di 60 giorni dalla notificazione, comunicazione o piena conoscenza del provvedimento lesivo. Non diversamente dalla norma che richiede la sussistenza dell'interesse al ricorso per attivare il rimedio della annullabilità, anche questa previsione rappresenta un limite alla tutela del singolo; ma anche in essa si trova conferma dell'idea che l'annullabilità costituisce un rimedio di protezione. Ed infatti, se gli interessi tutelati avessero carattere generale, o comunque travalicassero la sfera del soggetto nei cui confronti il rimedio svolge propriamente la sua funzione di protezione, il termine per agire non sarebbe sottoposto a decadenza di sorta.

[71] G. Corso, *Validità (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, 87 s., 103 s.

consentirne la reiterazione (ciò che, per altro, non si può ritenere neppure implicitamente richiesto dal ricorrente)[72].

Fatta questa considerazione, in un quadro normativo che non prevede espressamente la possibilità di riesercitare il potere esplicato con l'atto annullato, la regola tradizionale della sopravvivenza del potere al processo appare di dubbia compatibilità anche con il principio dell'effettività della tutela (art. 24 cost., art. 1 c.p.a.), rettamente inteso[73] come il principio secondo cui il processo deve attribuire all'interessato tutto ciò che gli spetta secondo il diritto sostanziale[74].

[72] Con il che non si intende prendere posizione sulla dibattuta questione se il giudice disponga degli effetti dell'annullamento (tesi sostenuta dal Consiglio di Stato nella citata sentenza sez.VI, 10 maggio 2011, n. 2755) ovvero se, come appare più conforme al principio della domanda, tali effetti siano al più nella disponibilità del ricorrente, secondo la tesi di L. Donato, *Sulla disponibilità*, cit., 531 ss. Si vuol piuttosto dire che la retroattività non è un effetto meccanico bensì a sua volta l'esito di una valutazione dell'ordinamento giuridico: sicché appare dissonante ritenere che l'accoglimento del ricorso possa dar luogo ad un effetto retroattivo autolesivo che comprenda la "riconsegna" all'amministrazione del potere esercitato con l'atto lesivo illegittimo.

[73] Di questo principio indubbiamente vien fatto un impiego poco accorto quando vi si ricava l'avallo da parte dell'ordinamento ad ogni soluzione (che si ritiene) di maggior favore per la situazione del ricorrente nel processo amministrativo. Osserva R. Villata, *Giustizia amministrativa e giurisdizione unica*, in Id., *Scritti di giustizia amministrativa*, cit., 523, che proprio la nota formula chiovendiana secondo cui il processo deve assegnare all'attore tutto quel che gli spetta impone di escludere che "ogni 'bisogno di tutela' prospettato venga ritenuto meritevole di soddisfazione da parte del giudice, senza neppure indagare sul grado e modo di protezione, in forza delle norme sostanziali, delle situazioni dedotte; come se l'effettività avesse conferito al processo il carattere di strumento per conseguire qualsivoglia utilità, seppur non definita *a priori*".

[74] L'effettività come concetto di teoria generale denota la minore o maggiore capacità di una norma o di un complesso di norme di essere concretamente applicate dall'autorità e dai consociati e dunque di operare nei rapporti sociali (N. Bobbio, *Teoria della norma giuridica*, Torino, 1958, 35-43; L. Ferrajoli, *Principia iuris*, cit., 15 ss.). Riferita alla tutela giurisdizionale, l'effettività riguarda la maggiore o minore capacità delle norme processuali di assolvere alla propria funzione, che è quella di porre le parti nella condizione di avvalersi pienamente della protezione che il diritto sostanziale accorda alla situazione giuridica di cui sono titolari. Se garantisce ciò, un processo può considerarsi effettivo.

Nel momento in cui l'effettività della tutela viene indicata dalla Carta costituzionale, e anche dall'art. 1 c.p.a., come un principio ispiratore del processo, si compie un salto di qualità perché tutto il discorso si sposta dal piano descrittivo a quello precettivo: l'effettività non è più soltanto una qualità del processo, che la possiede in modo più o meno pieno, ma diventa il dover essere del processo stesso. E richiede che le norme processuali siano interpretate nel modo da attribuire all'interessato tutto ciò che secondo il diritto sostanziale (e non secondo le sue aspirazioni, o le aspirazioni dell'interprete) gli spetta (è nota l'espressione di G. Chiovenda, *Principi di diritto processuale civile*, cit., 81, secondo il quale "il processo deve

Infatti, sin quando la regola della sopravvivenza del potere trovava fondamento nel diritto positivo era una forzatura ritenere che il principio dell'effettività della tutela imponesse di costruire il processo in modo da attribuire sempre al ricorrente l'utilità finale, per il semplice motivo che era proprio il diritto sostanziale a rimettere all'amministrazione la decisione su di essa dopo l'annullamento[75]. Viceversa, nel momento in cui la regola della sopravvivenza del potere perde il proprio fondamento nel diritto positivo, la forzatura diventa quella di ritenere che il processo non può attribuire l'utilità finale in quanto il potere sopravvive al processo stesso.

Un sistema che affida alla sola preclusione derivante dal giudicato la regola del rapporto successivo all'annullamento, in questo modo confermando la sopravvivenza del potere come regola generale, è inoltre in violazione del principio dell'effettività della tutela in quanto l'estensione di tale preclusione è posta, in ultima analisi, nella disponibilità dell'amministrazione, cioè di una parte del processo. Anche se il ricorrente deduce vizi sostanziali e il giudice si attiene al divieto di assorbire i motivi, affermato dall'Adunanza plenaria non senza incertezze e deroghe[76], la preclusione del giudicato non

dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire").

Sul punto, *ex plurimis*, I. Pagni, *Tutela specifica e tutela per equivalente*, cit., 66 ss., dove giustamente si contesta l'interpretazione secondo cui l'art. 24 Cost. fisserebbe solo un generico principio di uguaglianza e azionabilità dei diritti, con ampia libertà del legislatore processuale di muoversi anche indipendentemente dalle scelte di tutela che si rinvengono nell'ordine sostanziale; ma si va probabilmente oltre quando si prende posizione a favore della tesi che la Costituzione imponga "uno standard massimo di protezione, che assicuri al titolare di un diritto un rimedio adeguato al soddisfacimento del bisogno di tutela da cui sia motivato il promovimento del giudizio"; M. D'Alberti, *L'effettività e il diritto amministrativo*, Napoli, 2011, 11, dove la distinzione tra effettività-fatto, effettività-risultato, effettività-principio; R. Oriani, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale*, Napoli, 2008; F. Saitta, *Il principio di giustiziabilità dell'azione amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 581 ss.; A. Pajno, *Trasformazioni della giustizia amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 424; sui rapporti tra effettività della tutela e principio del giusto processo amministrativo M. Sinisi, *Il giusto processo amministrativo tra esigenze di celerità e garanzie di effettività della tutela*, Torino, 2017, 183 ss.

[75] Potevano dunque essere condivise le critiche di pregiudizio ideologico che una rigorosa dottrina rivolgeva nei riguardi dei tentativi di costruire il giudizio amministrativo di cognizione come il luogo di definizione del rapporto controverso: A. Travi, *Il giudicato amministrativo*, cit., 70, dove l'ammonimento a mantenere la lettura del giudicato "libera da modelli del potere amministrativo non fondati normativamente".

[76] Secondo Cons. Stato, ad. plen. n. 5/2015, la vigenza nel processo amministrativo dei principi della domanda e della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato comporta che il giudice abbia l'obbligo di pronunciarsi su tutti i vizi-motivi dedotti dal ricorrente senza poter ricorrere all'assorbimento. L'assorbimento dei motivi è tuttavia ammesso: a) nelle ipotesi espressamente previste dalla legge; b) quando vi siano evidenti e ineludibili ragioni

potrà estendersi ai profili del rapporto non emersi nel procedimento e riversati nella motivazione del provvedimento oggetto del sindacato[77].

di ordine logico-pregiudiziale; c) infine, per ragioni di economia processuale se comunque non risulti lesa l'effettività della tutela dell'interesse legittimo e della funzione pubblica. Soprattutto le ultime due ipotesi hanno carattere generale, per cui il divieto di assorbimento è un principio che subisce ampie deroghe. Si consideri altresì che il giudice deve esaminare per primo il vizio che denuncia una illegittimità "più radicale" del provvedimento impugnato, per tale intendendosi la censura che consente di conseguire una decisione quanto possibile "giusta" nell'ottica dell'interesse pubblico. In questo modo è preservata dall'assorbimento la censura che consente di realizzare il controllo di legittimità sull'azione amministrativa nella forma più penetrante, e non quella idonea a produrre l'effetto conformativo di maggiore ampiezza.

Nella stessa pronuncia l'adunanza plenaria ha affrontato anche il problema della graduazione dei motivi di ricorso, affermando che, se il ricorrente opera tale graduazione, il principio della domanda (quello stesso principio che, in assenza di graduazione, obbliga il giudice a esaminare tutti i motivi) impone che il giudice si attenga alla graduazione; il ricorrente però non può graduare il motivo relativo all'incompetenza, il cui scrutinio è preliminare e il cui eventuale accoglimento ha effetto assorbente.

Su questi aspetti della pronuncia A. Travi, *Recenti sviluppi sul principio della domanda*, cit., 286 ss.; E. Follieri, *Due passi avanti e uno indietro nell'affermazione della giurisdizione soggettiva*, cit., 2192 ss.; L.R. Perfetti - G. Tropea, "Heart of darkness": *l'Adunanza plenaria tra ordine di esame ed assorbimento dei motivi*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 218 ss.; F. Manganaro - A. Maza Laboccetta, *La giustizia amministrativa come giurisdizione di natura soggettiva nella sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 4 del 2015*, in *Urb. e app.*, 2015, 930; G. Gallone, *Processo dispositivo e processo dirigistico*, in E. Follieri - A. Barone (a cura di), *I principi vincolanti dell'adunanza plenaria*, Padova, 2016, 748 ss.; M. Trimarchi, *Principio della domanda e natura del processo*, cit., 1111 ss.

La dottrina da sempre ha guardato con sfavore alla prassi dell'assorbimento dei motivi in quanto potenzialmente idonea a limitare l'effetto conformativo dell'annullamento: a titolo esemplificativo R. Villata, *L'esecuzione*, cit., 583 ss., secondo cui il divieto di assorbire i motivi di ricorso è imposto dal principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, dal momento che ogni motivo corrisponde ad una autonoma domanda. Posizione simile è da ultimo assunta da S. Valaguzza, *Il giudicato*, cit., 199-202, la quale osserva che con l'assorbimento il giudice reinterpreta, ridimensionandolo, l'interesse del ricorrente e così consuma un vero e proprio diniego di giustizia. L'A. ritiene, temo troppo ottimisticamente, che la ad. plen. n. 5/2015, abbia posto un significativo freno a questa prassi.

Meno dibattuto, tradizionalmente, è il tema della graduazione dei motivi nel processo amministrativo, che però ha ricevuto notevole attenzione negli ultimi tempi. Sul problema in generale v. A. Romano Tassone, *Sulla disponibilità dell'ordine d'esame dei motivi di ricorso*, cit., 812; P. Cerbo, *L'ordine di esame dei motivi di ricorso nel processo amministrativo*, Tricase, 2012, dove sono presi in considerazione e discusse le posizione della giurisprudenza precedenti alla ad. plen. n. 5/2015; E. Picozza, *Connessione e cumulo*, cit., 122 ss.; C. Benetazzo, *Ricorso incidentale, ordine d'esame delle questioni e principio di effettività*, Torino, 2016, 277 ss.

[77] Il punto è messo in rilievo da G. Verde, *Considerazioni inattuali su giudicato e poteri del giudice*, cit., 33, laddove si osserva che limitare la preclusione alle motivazioni addotte a sostegno del provvedimento annullato "comporta il rischio che il detentore del potere lo rie-

Una volta indicate le ragioni di perplessità nei riguardi della tesi tradizionale sulla sopravvivenza del potere, la direzione nella quale muovere la ricerca appare segnata dai risultati raggiunti nel secondo capitolo. Escluso in quella sede che il potere ordinariamente si esaurisca come effetto dell'accertamento contenuto nella sentenza, l'attenzione deve spostarsi sulla disciplina sostanziale dell'azione amministrativa: per verificare se all'interno di questa sia rintracciabile una regola che vieta all'amministrazione di esercitare più d'una volta il potere sulla stessa fattispecie concreta.

Si tratta di una prospettiva indicata dalla dottrina che, avendo ritenuto l'accertamento definitivo del rapporto fuori dalla portata della sentenza costitutiva, ha da tempo rilevato come la consumazione del potere può eventualmente essere argomentata "solo sul piano sostanziale, non su quello degli effetti preclusivi del giudicato, lavorando sulla figura dell'acquiescenza tacita […] o fondando in una «fattispecie di assieme» i vari motivi in base ai quali spetta il potere, concepito quale unico ed irripetibile, di produrre un certo effetto modificativo unitario"[78].

E nella direzione di una preclusione di carattere sostanziale si muove espressamente chi, riferendosi alle leggi sostanziali che stabiliscono modi e limiti all'esercizio della discrezionalità, attribuisce "decisiva importanza" agli "obblighi di comportamento di chi è posto in posizione dominante. Il quale è tenuto ad esternare già prima del processo e, quindi, anche e soprattutto durante il processo le ragioni che sono a base dell'atto o del provvedimento che costituisce esercizio del suo potere"[79].

serciti sulla base di motivazioni (artatamente o meno) non esplicitate". Secondo l'A., come vedremo meglio in seguito, il principio dell'effettività della tutela giuridica richiede che si faccia qui applicazione della tecnica del giudicato implicito per contrastare "pratiche abusive sul piano sostanziale". Cfr., con riferimento agli atti di diniego, G. Greco, *L'accertamento autonomo del rapporto*, cit., 31, dove si osserva che la possibilità per il ricorrente di dedurre in giudizio l'intero rapporto amministrativo è, in ultima analisi, nella disponibilità della pubblica amministrazione perché dipende dal modo in cui essa esercita la funzione.

[78] C. Consolo, *Oggetto del giudicato*, cit., 273; Id., *Per un giudicato pieno e paritario*, cit., 188 s.; A. Attardi, *In tema di limiti oggettivi alla cosa giudicata*, cit., 527, secondo il quale il problema della rinnovazione dell'atto deve trovare soluzione nella disciplina del diritto sostanziale in materia.

[79] G. Verde, *Considerazioni inattuali su giudicato e poteri del giudice*, cit., 33, il quale prosegue precisando che "sono le leggi sostanziali a fissare i limiti dentro i quali è possibile l'esercizio, tra i privati, dell'autonomia e, in particolare, di quella autonomia che si traduce in potestà e che, nel campo del diritto pubblico, stabiliscono modi e limiti di esercizio della discrezionalità (penso alla legge sul procedimento amministrativo)". Sembra dunque che la preclusione cui pensa questa autorevole dottrina, quand'anche intervenisse nel processo, dipenderebbe comunque dalla disciplina del potere e non dall'efficacia della sentenza: altro è la fonte della preclusione, altro il momento in cui essa viene concretamente ad operare.

Anche l'orientamento della giurisprudenza che "impone all'amministrazione – dopo un giudicato di annullamento da cui derivi il dovere o la facoltà di provvedere di nuovo – di esaminare l'affare nella sua interezza, sollevando, una volta per tutte, tutte le questioni che ritenga rilevanti, dopo di ciò non potendo tornare a decidere sfavorevolmente neppure in relazione a profili non ancora esaminati" (c.d. *one shot* temperato) può essere considerato come il tentativo di enucleare sul piano sostanziale (*rectius*, a prescindere dal contenuto di accertamento proprio del giudicato di annullamento) la regola secondo cui il potere si esaurisce col suo esercizio[80].

Se si ragiona nell'ottica dell'efficacia del giudicato, questo orientamento appare privo di fondamento giuridico[81] in quanto non si spiega perché il primo annullamento preclude soltanto la riedizione del vizio, mentre il secondo, estendendosi sino al deducibile, vieta integralmente di esercitare il potere amministrativo.

Esso trova invece una propria razionalità se inquadrato nell'ambito delle regole di diritto sostanziale relative all'esercizio del potere discrezionale da parte della pubblica amministrazione[82]. Considerato che queste sono dovu-

Anche G. Greco, *Potere e situazioni giuridiche soggettive*, cit., 103, ritiene "che il potere discrezionale, che esclude la certezza del risultato, può esistere (come normalmente esiste) al momento dell'inizio del procedimento, ma può (e dovrebbe) esaurirsi nel corso del medesimo". Da ultimo in questa linea di pensiero S. Vaccari, *Il giudicato nel nuovo diritto processuale amministrativo*, cit., 251, 283, 288, il quale ritiene forzate le teorie che individuano quale oggetto del processo l'intero rapporto amministrativo e indica il dovere dell'amministrazione di esaurire il potere nel procedimento come la via preferenziale per ottenere un giudicato stabile.

[80] Cons. Stato, sez. V, 6 febbraio 1999, n. 134; T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, 7 febbraio 2002, n. 842, in *Urb. e app.*, 2002, 995, con nota di G. De Giorgi Cezzi, *Sulla "inesauribilità" del potere amministrativo*; Cons. Stato, sez. VI, 3 dicembre 2004, n. 7858. Più di recente, Cons. Stato, sez. IV, 6 ottobre 2014, n. 4987, che parla addirittura di *ius receptum*; Cons. Stato, sez. IV, 25 marzo 2014, n. 1457; Cons. Stato, sez. VI, 11 gennaio 2016, n. 53. In dottrina su tale orientamento S. Vaccari, *Il giudicato nel nuovo diritto processuale amministrativo*, cit., 306 ss.

È stato altresì precisato che il principio non ha valore assoluto, e in particolare "non significa che i fatti sopravvenuti non abbiano una loro rilevanza", tale da potere anche "escludere in radice la possibilità di attribuire al privato l'utilità sperata", all'esito di un "eventuale nuovo e diverso iter, fondato su presupposti o modalità autonome": Cons. Stato, sez. IV, 31 marzo 2015, n. 1686. Ciò è coerente con la logica del principio, che è quella di non porre a carico del privato gli errori e le omissioni della fase istruttoria che spetta all'amministrazione, non certo quella di impedire la considerazione dei fatti sopravvenuti rilevanti: Cons. Stato, sez. III, 14 febbraio 2017, n. 660.

[81] Così L. Ferrara, *Domanda giudiziale e potere amministrativo*, cit., 622.

[82] La costruzione giurisprudenziale da ultimo è positivamente valutata da G. Tropea, *Motivazione del provvedimento e giudizio sul rapporto*, cit., 1249 s., 1261 s.

te nella massima parte alla tradizione pretoria del giudice amministrativo[83], non stupisce che vada profilandosi nella giurisprudenza una regola ispirata a ragioni di equità che vieta all'amministrazione di esercitare il potere di diniego per più due volte in relazione alla stessa fattispecie concreta[84].

L'idea della preclusione sostanziale, dunque, non è affatto estranea alla logica della giurisprudenza contemporanea, la quale peraltro non la elabora in termini chiari e dogmaticamente soddisfacenti.

[83] "Un fatto di pura e semplice (direi bruta) normazione giurisprudenziale", secondo la nota espressione di M. Nigro, *Il giudicato amministrativo e il processo di ottemperanza*, cit., 1159, in relazione alla applicazione del giudizio di ottemperanza alle sentenze del giudice amministrativo.

Sul ruolo della giurisprudenza "come un fondamentale fattore di innovazione e persino di stabilità (al di là di ogni diversa aspettativa!). Come un fattore capace, in altre parole, di garantire innovazione e continuità, e quindi la flessibilità e la stabilità del sistema delle tutele giudiziali del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione" v. R. Ferrara, *L'incertezza delle regole tra indirizzo politico e "funzione definitoria" della giurisprudenza*, in *Dir. amm.*, 2014, 651 ss., il quale prosegue osservando "che non è di per se stessa l'attività definitoria della nostra giurisprudenza (e non solo amministrativa) ad aver determinato la crisi di certezza, e pertanto quasi identitaria, delle regole giuridiche mettendone conseguentemente in crisi la fondamentale funzione di selezione e regolazione degli interessi pubblici e privati". Le cause dell'odierna crisi della certezza del diritto, secondo l'ipotesi dell'A., sono da rinvenire piuttosto nei rapporti tra poteri dello Stato, nell'impiego diffuso di concetti giuridici indeterminati, nell'incapacità della legge di selezionare e ordinare in una scala gerarchia gli interessi da tutelare, nella pluralizzazione delle fonti, nel caos nella distribuzione delle competenze e soprattutto nella crisi della scienza e della sua infallibilità. In questo quadro la giurisprudenza, e in parte anche l'amministrazione, si trovano, forse loro malgrado, a dover svolgere un ruolo costruttivo e definitorio. Cfr. V. Domenichelli, *Il ruolo normativo del giudice nella formazione e nello sviluppo del diritto amministrativo*, in *Dir. e proc. amm.*, 2016, 377 ss., 383 ss.

[84] Il carattere sostanziale della regola comporta che il terzo diniego, qualora non si ponga in violazione o elusione del giudicato in quanto fondato su profili del rapporto non intaccati dalla regola conformativa derivante della sentenza di annullamento, dovrebbe essere impugnabile in sede di legittimità e non in seno al giudizio di ottemperanza. Resta fermo che se il terzo diniego si pone anche in violazione della regola conformativa, allora la sua nullità per violazione o elusione del giudicato andrà dichiarata nel giudizio di ottemperanza. In quella sede il giudice, oltre a dichiarare la nullità del diniego, potrà riconoscere direttamente il bene della vita in quanto, se è vero che la p.a. ha l'obbligo dopo un giudicato di annullamento di esaminare la vicenda nella sua interezza non potendo in seguito tornare a decidere sfavorevolmente anche in relazione ai profili non ancora esaminati, "evidenti ragioni di ordine sistematico inducono a ritenere che sia a maggior ragione precluso all'amministrazione riprovvedere una terza volta sulla medesima fattispecie, laddove essa abbia già adottato provvedimenti negativi sempre dichiarati illegittimi in sede giurisdizionale e successivamente abbia riprovveduto in violazione ed elusione del primo giudicato (i.e.; senza peritarsi di introdurre nella fattispecie nuovi elementi di diniego rispettosi de primo giudicato di annullamento)": Cons. Stato, sez. VI, 11 gennaio 2016 n. 53; Cass. civ., sez. un., 21 febbraio 2017, n. 2058.

3. *L'onere di acclarare nel procedimento tutti i fatti costitutivi del potere a pena di preclusione*

L'esistenza di una preclusione di carattere sostanziale rispetto al riesercizio del potere dopo l'annullamento è stata sostenuta in dottrina sulla base di argomenti di teoria generale incentrati sul parallelismo tra la situazione fondamentale esercitata dall'amministrazione in seno al procedimento amministrativo e la situazione giuridica fondamentale esercitata dal ricorrente in senso al processo giurisdizionale costitutivo[85].

Le due situazioni giuridiche, potere di azione e potere amministrativo, hanno in comune la strumentalità alla produzione di un effetto costitutivo: nel primo caso l'effetto consiste nel venir meno (*ex tunc*) dell'efficacia del provvedimento impugnato a seguito di una sentenza di accoglimento; nel secondo consiste nella costituzione, modificazione o estinzione delle situazioni giuridiche del destinatario del provvedimento[86].

Entrambe le situazioni giuridiche sono riconducibili alla figura del diritto potestativo (di cui la nozione di potere giuridico rappresenta una evoluzione, volta a marcarne la distinzione con il diritto soggettivo[87]) in quanto la legge, anziché collegare l'effetto giuridico all'avverarsi della fattispecie reale, richiede una manifestazione di volontà dell'interessato per la determinazione dell'effetto nella sfera giuridica altrui.

Il diritto potestativo si presenta come diritto ad esercizio stragiudiziale (*Gestaltungsrecht*), quando la volontà del titolare del diritto è sufficiente a produrre l'effetto giuridico, o come diritto potestativo a necessario esercizio giurisdizionale (*Gestaltungsklagerecht*), quando la produzione dell'effetto giuridico richiede che la volontà del titolare sia integrata da un elemento ulteriore rappresentato dalla sentenza costitutiva[88].

Il potere amministrativo risponde al primo schema, mentre l'azione giurisdizionale al secondo[89]. Tale differenza tuttavia non ha carattere strutturale: la figura del diritto amministrativo rimane unitaria[90] in quanto nel *Gestaltungsklagerecht*, "il giudice, non ha alcuna discrezionalità sul se produrre o

[85] Sul punto anche B. Sassani, *Dal controllo del potere*, cit., 50 ss.

[86] M. Clarich, *Giudicato e potere*, cit., 152.

[87] M. Clarich, *Giudicato e potere*, cit., 159 ss. Osserva l'A. che la moderna nozione di potere giuridico non allude ad un fenomeno diverso dal diritto potestativo ed ha fondamentalmente il significato di sottolinearne la differenza con il diritto soggettivo.

[88] M. Clarich, *Giudicato e potere*, cit., 165 ss.

[89] M. Clarich, *Giudicato e potere*, cit., 153.

[90] M. Clarich, *Giudicato e potere*, cit., 166 s. Così anche S. Menchini, *I limiti oggettivi*, cit., 169-171.

meno l'effetto costitutivo richiesto: una volta accertata l'esistenza del presupposto legale per l'esercizio del potere, questi è tenuto ad emanare una sentenza che produca l'effetto giuridico invocato"[91], senza che vi sia un trasferimento del potere dal titolare del diritto allo Stato.

Il legislatore sceglie di avvalersi dell'uno o dell'altro schema di diritto potestativo (*Gestaltungsrecht* o *Gestaltungsklagerecht*) sulla base di "ragioni di mera opportunità pratica"[92]. La configurazione del potere amministrativo come *Gestaltungsrecht* rappresenta un ragionevole compromesso tra le esigenze di speditezza e legalità dell'azione amministrativa. Ma astrattamente non vi è nulla che impedisca la scelta di un modello nel quale l'esercizio dei poteri amministrativi richiedesse il previo accertamento giurisdizionale dell'esistenza dei presupposti legali per l'emanazione dell'atto[93].

L'appartenenza del potere amministrativo e dell'azione costitutiva alla categoria strutturalmente unitaria del diritto potestativo[94], nonché l'astratta possibilità di concepire il potere amministrativo nei termini di un *Gestaltungsklagerecht*, consente, secondo la dottrina in esame, di impiegare nello studio di quest'ultimo i risultati cui è pervenuta la dottrina processualistica sull'azione costitutiva, da ciò ricavando anche significative analogie sul piano della disciplina[95].

Come noto, la dottrina tradizionale identifica nella *causa petendi* l'elemento identificatore dell'azione nel processo costitutivo: sicché, in relazione ad un medesimo effetto eliminatorio, esisterebbero tanti diritti potestativi quanti sono i fatti che possono essere sussunti nella fattispecie legale. La dottrina più recente ha tuttavia segnalato criticamente che que-

[91] M. Clarich, *Giudicato e potere*, cit., 166.

[92] M. Clarich, *Giudicato e potere*, cit., 167: con il *Gestaltungsklagerecht* si privilegia l'esigenza di certezza dei rapporti, mentre con il *Gestaltungsrecht* si privilegia l'esigenza di speditezza e flessibilità.

[93] M. Clarich, *Giudicato e potere*, cit., 180.

[94] V. anche le considerazioni volte a superare l'obiezione della diversa natura, privata e pubblica, dei poteri in questione (M. Clarich, *Giudicato e potere*, cit., 173-177) dove si conclude che "anche se vi è una marcata differenza di contesto in cui si collocano i poteri pubblici e i poteri privati, occorre non di meno riconoscere che, dal punto di vista strettamente giuridico, la posizione istituzionale di supremazia della pubblica amministrazione è la risultante dell'attribuzione da parte del legislatore di una così ampia gamma di poteri autoritativi e non la premessa che ne giustifica l'attribuzione. Il contesto generale non influisce comunque sulla struttura del singolo potere".

[95] M. Clarich, *Giudicato e potere*, cit., 181. Il percorso inverso è oggi sviluppato da A. Motto, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, cit., 189 ss., il quale argomenta l'estensione dei principi enunciati con riferimento al potere sostanziale ai poteri di modificazione giuridica ad esercizio giudiziale.

sta impostazione consente la proliferazione di processi in ordine ad un medesimo interesse sostanziale: infatti, "se ciascun diritto potestativo identifica un'autonoma azione, è aperta la strada ad una moltiplicazione dei processi in ordine alla medesima tutela: respinta l'azione costitutiva promossa in base ad un diritto potestativo, potrà essere promossa un'altra azione sulla base di un altro diritto potestativo idoneo a produrre il medesimo effetto"[96].

La tesi da preferire è dunque quella che pone a fondamento del processo costitutivo un unico diritto all'annullamento[97] o, alternativamente, identifica l'oggetto del processo nell'effetto giuridico di annullamento (cioè sulla base del *petitum* e non della *causa petendi*)[98]. Entrambe queste impostazioni raggiungono risultati soddisfacenti in punto di stabilità del giudicato dal lato dell'attore/ricorrente. Infatti, l'unicità del diritto all'annullamento comporta che, rigettata una prima azione, il giudicato si formi sull'inesistenza del diritto stesso e non sia ammessa una nuova azione fondata su fatti costitutivi non dedotti, ma che sarebbero stati deducibili nel primo processo[99]. E allo stesso risultato perviene la tesi che pone l'effetto costitutivo come oggetto del processo, in quanto la preclusione del giudicato si estende a tutti i fatti rilevanti per l'effetto costitutivo invocato[100].

Questa impostazione comporta che anche nel processo amministrativo il ricorrente è soggetto all'onere di dedurre nell'atto introduttivo del giudizio tutti i motivi di invalidità dell'atto impugnato: se non ottempera a questo onere, la sentenza di rigetto passata in giudicato non può più essere messa in discussione in un secondo giudizio (sempre che il nuovo ricorso non sia comunque improcedibile per tardività)[101].

Un meccanismo analogo, secondo la tesi in esame, dovrebbe operare in relazione al potere amministrativo, in quanto la scelta contingente del legislatore di strutturarlo come diritto potestativo stragiudiziale non può avere la conseguenza di sollevare l'amministrazione da quell'onere di dedurre immediatamente tutti i fatti costitutivi del potere che sicuramente le spetterebbe qualora il suo potere fosse strutturato come diritto potestativo a necessario esercizio giurisdizionale[102].

[96] M. Clarich, *Giudicato e potere*, cit., 130.
[97] M. Clarich, *Giudicato e potere*, cit., 135, con riferimento alla tesi di Nigro.
[98] M. Clarich, *Giudicato e potere*, cit., 136, con riferimento alla tesi di Cerino Canova.
[99] M. Clarich, *Giudicato e potere*, cit., 135.
[100] M. Clarich, *Giudicato e potere*, cit., 192.
[101] M. Clarich, *Giudicato e potere*, cit., 151.
[102] Ed infatti, se il potere dell'amministrazione avesse la struttura di un diritto potesta-

Difatti, il sacrificio dell'interesse del cittadino, assoggettato all'imperatività del provvedimento e dunque tenuto a proporre l'impugnazione entro il termine decadenziale breve, è coerente con la logica del *Gestaltungsrecht*; mentre il rischio della reiterazione del provvedimento dopo l'annullamento, rappresenterebbe un privilegio ingiustificato dell'amministrazione[103].

Su queste impegnative premesse la dottrina in esame ritiene che "così come il ricorrente che promuove il processo amministrativo ha l'onere di formulare tutti i motivi di ricorso, allo stesso modo si può ritenere che la pubblica amministrazione abbia l'onere di acclarare nel procedimento tutti gli elementi che giustificano l'esercizio del potere".

La preclusione procedimentale trova altresì fondamento nel principio della buona fede, intesa in senso oggettivo come obbligo giuridico dei consociati di comportarsi secondo correttezza[104].

In questa accezione il principio di buona fede rappresenta il canone di valutazione della condotta del soggetto che con un proprio precedente comportamento abbia ingenerato una determinata aspettativa di coerenza in un altro soggetto. La successiva azione sarà corretta o meno a seconda che l'aspettativa di coerenza sia soddisfatta o frustrata.

La disciplina del procedimento, e in particolare le norme sull'istruttoria e sulla partecipazione, hanno raggiunto un grado di avanzamento tale da ingenerare nel cittadino coinvolto nella decisione amministrativa una situazione di fiducia circa la completezza dell'istruttoria svolta, circa l'avvenuto accertamento di tutti i fatti costitutivi del potere.

Questa aspettativa viene frustrata se, dopo l'eventuale annullamento giurisdizionale, l'amministrazione reitera il provvedimento sulla base di fatti costitutivi non emersi nel corso del procedimento. Sia pur indirettamente, dunque, il principio di buona fede oggettiva radica l'aspettativa che i provvedimenti amministrativi diano un assetto compiuto al rapporto e offre uno schema nel quale è possibile inserire l'onere procedimentale di acclarare tutti i fatti costitutivi del potere[105].

La preclusione troverebbe fondamento anche nell'imparzialità, intesa non nel suo significato minimale di divieto di fare preferenze o come regola attinente soltanto al momento organizzativo, bensì come il principio se-

tivo ad esercizio giurisdizionale, anch'essa dovrebbe rivolgersi al giudice deducendo immediatamente tutti i fatti costitutivi del potere stesso: M. Clarich, *Giudicato e potere*, cit., 192 s.

[103] M. Clarich, *Giudicato e potere*, cit., 193.

[104] Da ultimo àncora l'onere procedimentale ai principi della funzione anche S.Vaccari, *Il giudicato nel nuovo diritto processuale amministrativo*, cit., 290.

[105] M. Clarich, *Giudicato e potere*, cit., 214.

condo il quale l'amministrazione nel perseguire i suoi fini istituzionali deve curarsi al contempo della soddisfazione dei fini altrui (parte imparziale)[106].

In questa accezione l'imparzialità comporta che l'amministrazione deve tenere conto dell'interesse del destinatario del provvedimento di venire a conoscenza di tutti gli elementi che giustificano l'esercizio del potere[107]. Né pare lecito lasciare alla libera scelta della pubblica amministrazione la decisione se esplicitare soltanto alcune o tutte le ragioni giustificatrici, in quanto ciò creerebbe una ingiustificata disparità di trattamento tra i soggetti destinatari di un provvedimento dotato di identico contenuto dispositivo ma diversa motivazione[108]. È pertanto coerente con la concezione dell'amministrazione come parte imparziale il dover dare conto nel provvedimento di tutti i fatti costitutivi del potere ipotizzati esistenti[109].

La preclusione procedimentale così costruita sulla base di argomenti teorici e costituzionali, combinandosi con quella processuale derivante dal giudicato, impedisce la reiterazione del provvedimento annullato in sede giurisdizionale: "il giudicato "copre" i fatti costitutivi posti alla base della sentenza di annullamento, così che la pubblica amministrazione non può reiterare l'atto facendo valere lo stesso fatto costitutivo; il principio procedimentale, e la preclusione che ne consegue, "coprono" tutti gli altri fatti costitutivi del potere, diversi da quelli posti alla base del provvedimento annullato"[110]. La pubblica amministrazione può superare la preclusione solo se in sede di riesercizio del potere deduce fatti che dimostra di non aver potuto conoscere in precedenza secondo l'ordinaria diligenza[111].

La reiterazione del provvedimento fondata sullo stesso fatto costitutivo ritenuto illegittimo con la sentenza di annullamento va certamente sindacata in sede di ottemperanza, perché si traduce in una elusione del giudicato. La soluzione dovrebbe essere diversa se la reiterazione del provvedimento avviene sulla base di fatti costitutivi ulteriori: in questo caso non si realizza una elusione del giudicato bensì la violazione del principio procedimentale che sta a base della preclusione. Tuttavia la differenza non va sopravvalutata

[106] M. Clarich, *Giudicato e potere*, cit., 216 s.

[107] M. Clarich, *Giudicato e potere*, cit., 217.

[108] M. Clarich, *Giudicato e potere*, cit., 218.

[109] M. Clarich, *Giudicato e potere*, cit., 219.

[110] M. Clarich, *Giudicato e potere*, cit., 195 s.

[111] M. Clarich, *Giudicato e potere*, cit., 231. La sola condizione affinché la preclusione piena possa operare è che il provvedimento sia annullato per vizi sostanziali: viceversa, se il ricorrente deduce soltanto vizi formali oppure il giudice assorbe le censure sostanziali, l'amministrazione potrà riadottare il provvedimento sulla base dei fatti costitutivi richiamati nel provvedimento impugnato (M. Clarich, *Giudicato e potere*, cit., 234, 256).

in quanto l'obiettivo di entrambe le preclusioni (quella del giudicato e quella sostanziale) è di assicurare la stabilità del rapporto amministrativo. Poiché la reiterazione del provvedimento sulla base di fatti costitutivi diversi lede la stabilità del rapporto amministrativo, si può ritenere che "la violazione della preclusione procedimentale porta alle stesse conseguenze della violazione del principio processuale che vincola l'azione amministrativa agli accertamenti contenuti nella sentenza passata in giudicato"[112].

Indipendentemente dal pregio di questa soluzione processuale, la tesi esposta certamente consente di superare l'impostazione tradizionale secondo cui il provvedimento non definisce l'assetto del rapporto in quanto nuovi profili possono emergere in sede di riedizione del potere sulla base di diversi fatti costitutivi. Infatti, "il cittadino è posto di fronte ad un provvedimento che esaurisce, *rebus sic stantibus*, l'intera vicenda relativa all'esercizio dello specifico potere. In seguito all'eventuale giudizio di impugnazione, la pronuncia di rigetto dà il suggello formale alla regolamentazione degli interessi operata dal provvedimento; la pronuncia di accoglimento, ripristina in modo definitivo la situazione *quo ante*"[113].

"Il potere amministrativo, che da un punto di vista astratto conserva il carattere di inesauribilità, diventa, con riferimento alle singole fattispecie reali – ci si consenta l'immagine – una sorta di arco con una sola freccia: se il potere viene esercitato in seguito ad un'istruttoria completa, alla pubblica amministrazione, che veda annullato in sede giurisdizionale il provvedimento emanato, non è concessa, almeno in linea di principio, una seconda possibilità"[114].

4. (segue) *Osservazioni critiche*

La tesi esposta si fonda su due passaggi argomentativi di estremo rilievo: il carattere unitario del diritto potestativo azionato nel processo costitutivo, donde l'onere del ricorrente di dedurre immediatamente in giudizio tutti i fatti costitutivi del rapporto; la sostanziale omogeneità del potere amministrativo al diritto potestativo ad accertamento giudiziale, donde la riferibilità all'amministrazione dell'onere di dedurre immediatamente (questa volta nel procedimento) tutti i fatti costitutivi del proprio potere.

Essa di conseguenza non può essere seguita se si accoglie una concezione dell'azione costitutiva che prescinde dal riferimento al diritto potestativo

[112] M. Clarich, *Giudicato e potere*, cit., 253.
[113] M. Clarich, *Giudicato e potere*, cit., 211.
[114] M. Clarich, *Giudicato e potere*, cit., 224.

o se, più radicalmente, si ritiene intimamente contraddittoria la figura del diritto potestativo ad accertamento giudiziale[115]. Tuttavia, non potrebbe essere accolta pure qualora se ne condividessero le premesse teoriche: dal momento che le analogie riscontrate tra la situazione potestativa operante nel processo e il potere amministrativo hanno carattere meramente strutturale e non paiono suscettibili "di per sé di avvalorare intense simmetrie di disciplina giuridica" e quindi di riferire all'amministrazione l'onere di dedurre immediatamente tutti i fatti costitutivi del potere che grava sull'attore nel processo costitutivo[116].

Del resto, proprio la distinzione interna al concetto di diritto potestativo tra *Gestaltungsrechte* e del *Gestaltungsklagerechte* dimostra che l'ipotetica unitarietà della situazione giuridica sotto il profilo strutturale non impone affatto l'identità del regime giuridico. E allora, se struttura della situazione giuridica e sua disciplina sono profili distinti e indipendenti, non si vede perché alla scelta del legislatore di configurare il potere amministrativo come *Gestaltungsrecht* non dovrebbe essere riconosciuto proprio il significato di "esonerare la p.a. non solo dalla veste formale ma anche dai compiti sostanziali propri di un attore processuale; e tanto più dell'attore in un processo retto da un rito scandito da forti preclusioni" dove per il ricorrente è prudente "farsi carico *ab initio* di immaginare e di declinare, sia pure in via progressivamente subordinata, i fondamenti più svariati e contraddittorii a sostegno del proprio agire"[117].

Il principale ostacolo all'accoglimento della teoria della preclusione procedimentale è dunque costituito dal suo debole fondamento nel diritto positivo[118].

I principi di imparzialità e buona fede, richiamati dalla dottrina, sono senz'altro coerenti con l'onere dell'amministrazione di acclarare nel procedimento tutti i fatti costitutivi del potere; ma, indipendentemente da atteg-

[115] V. cap. 1, nota 87. Cfr. C. Cacciavillani, *Giudizio amministrativo e giudicato*, cit., 157, secondo cui non è affatto dimostrato che il diritto potestativo stragiudiziale sia davvero omologabile, sotto il profilo della produzione degli effetti, al cosiddetto diritto potestativo alla modificazione giudiziale. Secondo l'A., tale dimostrazione non può essere data, "se non altro perché la modificazione disposta con atto unilaterale privato non presuppone quell'attività di accertamento che viene invece affermata necessaria, quand'anche in via meramente pregiudiziale, per la sua produzione giudiziale".

[116] C. Consolo, *Per un giudicato pieno e paritario*, cit., 190.

[117] C. Consolo, *Per un giudicato pieno e paritario*, cit., 190.

[118] Questo rilievo talora ha indotto la dottrina a ritenere che i sostenitori della tesi della preclusione procedimentale assumono "posizioni ideologiche come base del ragionamento, con la conseguente perdita delle coordinate giuridiche": A. Travi, *Il giudicato amministrativo*, cit., 70.

giamenti "miopemente formalistici, o riduttivi rispetto alla capacità delle clausole generali di far scaturire precetti operativi", appaiono "basi troppo generali e, fatalmente, generiche" per giustificare una regola puntuale come quella connessa all'onere di acclarare nel procedimento tutti i fatti costitutivi del potere[119].

Un più puntuale fondamento normativo dell'onere è talora individuato nell'art. 10-*bis*, l. n. 241/1990[120], in base al quale "nei procedimenti ad istanza di parte il responsabile del procedimento o l'autorità competente, prima della formale adozione di un provvedimento negativo, comunica tempestivamente agli istanti i motivi che ostano all'accoglimento della domanda". Dal ricevimento della comunicazione gli istanti hanno dieci giorni per presentare per iscritto le loro osservazioni, eventualmente corredate da documenti; l'amministrazione, nella motivazione del provvedimento, deve dare ragione dell'eventuale mancato accoglimento di tali osservazioni.

Secondo l'opinione prevalente, questa disposizione non contiene alcun riferimento, esplicito o anche solo implicito, alla preclusione, per cui essa "non può certo impedire l'affinamento e l'arricchimento delle originarie motivazioni impeditive con ulteriori rilievi e argomentazioni convergenti a sorreggere il medesimo assunto già enunciato in sede di preavviso di rigetto"[121].

[119] C. Consolo, *Per un giudicato pieno e paritario*, cit., 188 s., secondo cui dai principi richiamati si può tutt'al più desumere il dovere dell'amministrazione di acclarare nel procedimento per quanto possibile i presupposti del provvedimento. Ma, anche in questa ipotesi, il principio desunto rifletterà un "dovere funzionale" della pubblica amministrazione, rilevante come figura sintomatica dell'eccesso di potere, e da esso non si potrà ricavare "una ferrea preclusione nei confronti della successiva possibilità di valorizzazione quanto già era «deducibile»"

[120] M. Clarich, *Tipicità delle azioni*, cit., 579; D. Vaiano, *Preavviso di rigetto e principio del contraddittorio nel procedimento amministrativo*, in L.R. Perfetti, *Le riforme della l. 7 agosto 1990, n. 241*, cit. 47 s.; Id., *L'azione di adempimento nel processo amministrativo: prime incertezze giurisprudenziali*, in *Giur. it.*, 2012, 720; G. Carlotti, *La partecipazione al procedimento: Feliciano Benvenuti e la riforma della legge n. 241 del 1990*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, par. 7; F. Saitta, *Ancora sulla condanna dell'amministrazione ad adottare il provvedimento richiesto dal ricorrente: un'azione di adempimento che c'è, ma non si vede?*, in *Giur. it.*, 2012, 2679, secondo il quale se il processo ha ad oggetto il rapporto occorre "dismettere una volta per tutte l'idea che, concluso il procedimento amministrativo e financo il processo di legittimità, il potere amministrativo si rieffonda": l'A. ritiene che, piuttosto che infarcire di preclusioni il processo amministrativo, sia coerente con la concezione paritaria del procedimento amministrativo ritenere che l'amministrazione abbia l'onere di esplicitare tutte le ragioni di diniego in sede di preavviso di rigetto; S. Vaccari, *Il giudicato nel nuovo diritto processuale amministrativo*, cit., 294; I. Pagni, *Il cumulo di domande nel processo amministrativo*, cit., 2014, 1195.

[121] T.A.R. Lazio, Roma, sez. II ter, 12 aprile 2016, n. 4340.

Occorre tuttavia considerare che la funzione del preavviso di rigetto è di consentire all'interessato un vero e proprio contraddittorio con finalità difensive nella fase decisoria del procedimento[122]. Sembra dunque ragionevole ritenere che l'amministrazione non può porre a fondamento del diniego ragioni non esplicitate nel preavviso in quanto, se ciò fosse consentito, tali ulteriori ragioni verrebbero sottratte al dibattito e l'interessato verrebbe privato del diritto al pieno contraddittorio previsto dalla norma[123]. Inoltre,

Anche la dottrina prevalente ritiene che dall'art. 10-*bis*, l. n. 241/1990, non sia possibile desumere alcuna preclusione rispetto all'esercizio del potere: cfr. C. Cacciavillani, *Giudizio amministrativo e giudicato*, cit., 316 s., secondo cui, anche a voler interpretare l'art. 10-*bis* nel senso di introdurre un onere in capo alla pubblica amministrazione di comunicare preventivamente all'interessato i motivi che ostano all'accoglimento dell'istanza, "non vi è nulla, nel suo tenore, che consenta di fondare la conclusione che si tratti di onere riferito a ragioni ostative ulteriori rispetto a quelle che sono immediatamente evincibili, e in particolare a ragioni ostative suscettibili di emergere solo dallo svolgimento di un'approfondita istruttoria".

Cfr. anche L. Ferrara, *La comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza nel riformato quadro delle garanzie procedimentali*, in *Studi in onore di L. Mazzarolli*, II, Padova, 2007, 90, secondo cui desumere dall'art. 10-*bis* una preclusione rispetto all'esercizio del potere significa collocare inammissibilmente l'amministrazione in una posizione più svantaggiosa di quella del debitore rispetto al creditore all'interno di un rapporto obbligatorio di diritto privato: come a quest'ultimo è consentito adempiere tardivamente all'obbligazione (salve le eventuali conseguenze risarcitorie), così all'amministrazione deve esser consentito di esercitare tardivamente il suo potere. Inoltre, la consumazione del potere, insista nella preclusione della possibilità di opporre nuovi motivi di diniego dopo la comunicazione di cui si discorre, impedirebbe nel processo amministrativo la difesa dei controinteressati.

Secondo P. Cerbo, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo ed i suoi confini*, cit., 32, la vigenza dell'onere di indicare tutti i fatti costitutivi del potere sarebbe infine smentita dalla possibilità, che la legge riconosce all'amministrazione nelle ipotesi di "manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità e infondatezza della domanda", di adottare un provvedimento di rigetto "in forma semplificata" nel quale per definizione non sono esplicitate tutte le possibili ragioni ostative all'accoglimento della domanda (art. 2, comma 1, l. n. 241/1990).

Osserva A. Carbone, *L'azione di adempimento*, cit., 122, che l'efficacia del preavviso di rigetto è "di molto ridimensionata dal fatto che la giurisprudenza tenda a considerarlo come adempimento non sempre necessario ai fini della validità dell'atto". Su un piano più generale, l'A. ritiene che l'impiego delle disposizioni della l. n. 241/1990 per ampliare l'oggetto del giudizio, e quindi (aggiungiamo) l'efficacia oggettiva del giudicato, "nient'altro rappresenta se non il tentativo di ricondurre surrettiziamente, attraverso strumenti di natura procedimentale, l'accertamento dell'intero rapporto alla domanda di annullamento, ad ulteriore prova dell'insufficienza del modello processuale impugnatorio (nonostante l'espediente dell'effetto conformativo) a rispondere all'esigenza di soddisfazione della pretesa del privato".

[122] D. Vaiano, *Preavviso di rigetto e principio del contraddittorio*, cit., 45. Ritiene che l'istituto sia altresì strumentale ai principi di tempestività e semplificazione dell'azione amministrativa A. Fabri, *Alcune questioni sul c.d. preavviso di rigetto*, in *Dir. e proc. amm.*, 2014, 666 s.

[123] T.A.R. Piemonte, Torino, sez. I, 7 febbraio 2007, n. 53, secondo cui si deve "ritenere

il preavviso di rigetto presuppone che vi sia una piena disponibilità dell'amministrazione nel procedimento a rivedere il progetto di decisione sulla scorta delle osservazioni dell'interessato: disponibilità che è effettiva solo se l'interessato è messo a conoscenza di tutte le ragioni di rigetto individuate dall'amministrazione, così da provare a confutarle una per una.

Riconosciuto che l'amministrazione viola il principio del contraddittorio se adotta un provvedimento di diniego in base ad un motivo non comunicato nel preavviso di rigetto[124], non sembra potersi ravvisare una analoga violazione se, a seguito dell'annullamento, la pubblica amministrazione conferma il diniego sulla base di motivi ulteriori, previa comunicazione di questi ai sensi dell'art. 10-*bis*, l. n. 241/1990[125]. L'esaurimento del potere connesso alla comunicazione preventiva dei motivi di diniego è un fenomeno interno al procedimento nel quale la comunicazione è effettuata; non vieta la reiterazione del diniego in un secondo procedimento con il medesimo oggetto.

In ogni caso, anche a prescindere da quest'ultimo rilievo, ogni tentativo di costruire la preclusione al riesercizio del potere sull'art. 10-*bis* presenta il

precluso all'amministrazione fondare il diniego definitivo su ragioni del tutto nuove, non enucleabili dalla motivazione dell'atto endoprocedimentale, a scanso di frustrare irrimediabilmente la funzione partecipativa dialogica che la legge assegna all'atto di preavviso". Osserva D. Vaiano, *Preavviso di rigetto e principio del contraddittorio*, cit., 47, che il preavviso di rigetto deve cristallizzare la materia del contendere, "poiché altrimenti sarebbe violata quella che è veramente la regola prima di un vero e proprio contraddittorio, risultando vanificato l'istituto proprio delle finalità garantistiche che ne hanno giustificato l'introduzione nell'ordinamento". Cfr. altresì M. Clarich, *Tipicità delle azioni*, cit., 572, nota 32, secondo cui "l'espressione legislativa «i motivi che ostano all'accoglimento della domanda» sembra indicare che l'amministrazione non possa limitarsi a individuare «uno o più dei possibili motivi» di rigetto dell'istanza, anche se sarebbe stata più precisa la formula «tutti i motivi». Un'interpretazione restrittiva della disposizione non appare giustificata anche in base alla sua *ratio* che sembra essere, per un verso, quella di favorire, per quanto possibile, l'accoglimento delle istanze di privati tutte le volte che l'interessato sia in grado di dimostrare, integrando la domanda originaria, l'esistenza dei presupposti e requisiti di legge, per altro verso, quella di deflazionare il contenzioso attraverso un rafforzamento del contraddittorio procedimentale". Cfr. A. Fabri, *Alcune questioni*, cit., 705 s.; I.M. Marenghi, *Giusto procedimento e processualprocedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 996 s.

[124] Così anche P. Lazzara, *Comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza*, in A. Romano (a cura di), *L'azione amministrativa*, cit., 388, laddove la condivisibile critica dell'orientamento giurisprudenziale meno rigoroso che consente all'amministrazione di fondare il rigetto definitivo dell'istanza su elementi non indicati nel preavviso.

[125] In questo senso da ultimo A. Carbone, *Il contraddittorio procedimentale*, cit., 271, nota 217, il quale aggiunge che la preclusione procedimentale determinerebbe uno squilibrio tra le parti perché opererebbe soltanto nei confronti della pubblica amministrazione e non anche della parte privata, che in sede di impugnazione del diniego può certamente dedurre ragioni di illegittimità ulteriori rispetto a quelle sollevate in replica al preavviso di rigetto.

limite di operare esclusivamente nei procedimenti ad istanza di parte e non anche nei procedimenti d'ufficio, dove non è richiesto alcun preavviso della decisione[126]. Per cui l'onere di acclarare tutti i fatti costitutivi verrebbe affermato nei procedimenti a istanza di parte ma non in quelli d'ufficio: col risultato che il potere restrittivo, solitamente esercitato nell'ambito di procedimenti del secondo tipo, non andrebbe incontro ad alcuna preclusione e sopravvivrebbe integro al suo esercizio.

5. *Motivazione del provvedimento ed esaurimento del potere*

La tesi della preclusione procedimentale rappresenta l'unica costruzione concettuale che, senza attribuire al giudicato di annullamento un'efficacia preclusiva più ampia rispetto a quella che gli è propria effettivamente, offre una alternativa ricostruttiva alla tesi dominante, secondo la quale dopo l'annullamento l'amministrazione può liberamente esercitare il proprio inesauribile potere in relazione a tutti gli aspetti del rapporto non interessati dall'accertamento giurisdizionale.

Tuttavia la preclusione procedimentale presuppone un onere dell'amministrazione di acclarare nel procedimento tutti i fatti costitutivi del potere, che non sembra essere previsto dalla legislazione. E che non si può ricavare in ragione di una astratta analogia tra la posizione dell'amministrazione e quella dell'attore processuale, il quale secondo una certa impostazione della tutela costituiva ha l'onere di dedurre immediatamente in giudizio tutti i fatti costitutivi che si pongono a fondamento della sua azione.

Si profila a questo punto una situazione di *impasse*. Da una parte, la legislazione vigente non prevede, come in passato, che la gestione dell'affare dopo l'annullamento è rimessa alla pubblica amministrazione; né questa può essere considerata una conseguenza implicita nella retroattività dell'annullamento. D'altra parte, l'unica impostazione concettuale disponibile in grado di smentire l'inesauribilità del potere appare a sua volta priva di un sicuro fondamento nel diritto positivo.

Occorre, allora, individuare su diverse basi normative la regola dell'esaurimento del potere amministrativo come regola di diritto sostanziale, in armonia con le premesse teoriche e metodologiche poste nel precedente capitolo.

[126] Da qui il paradosso che colui che partecipa ad un procedimento che potrebbe sfociare in un provvedimento limitativo non riceve le garanzie del contraddittorio rinforzato con finalità difensive che sono invece assicurate a colui che richieda una concessione o un'autorizzazione e rischi di vedersela negare. Il rilievo è comune a D. Vaiano, *Preavviso di rigetto e principio del contraddittorio*, cit., 52; C. Videtta, *Note a margine del nuovo art. 10 bis della l. n. 241 del 1990*, in *Foro amm. - TAR*, 2006, 844; A. Fabri, *Alcune questioni*, cit., 679 ss.

Punto di partenza del ragionamento che si propone è che non *all'essere* del potere amministrativo, cioè al modo in cui concretamente si manifesta ogni qual volta viene esercitato, bensì al suo *dover-essere*, al suo modello normativo, bisogna guardare per individuare le ragioni per cui il potere stesso si esaurisce col suo esercizio.

In questa prospettiva è decisivo l'art. 3, l. n. 241/1990, il quale stabilisce che "ogni provvedimento amministrativo […] deve essere motivato […]" e che "la motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria".

La disposizione, prescrivendo l'obbligo o dovere di motivare i provvedimenti, ha smentito la concezione "sostanziale" della motivazione, che in essa ravvisava non un segno linguistico bensì le "ragioni oggettive" della decisione[127]. La motivazione è infatti configurata come un discorso giustificativo, in sintonia con la concezione formale propria alla dottrina più antica[128].

Mentre però nell'impostazione tradizionale l'oggetto della motivazione discorsiva era l'enunciazione dei motivi del decidere[129], sicché la motivazio-

[127] Per questa valutazione A. Romano Tassone, *Motivazione nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, Appendice, XIII, Torino, 1997, 683 ss.; G. Corso, *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, Agg. V, Milano, 2001, 774 ss.; A. Cassatella, *Il dovere di motivazione nell'attività amministrativa*, Padova, 2013, 157 ss; G. Mannucci, *Uno, nessuno, centomila. Le motivazioni del provvedimento amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2012, 840, secondo cui l'art. 3, l. n. 241/1990, individua nella motivazione l'oggetto di un diritto del cittadino; da ultimo F. Cardarelli, *La motivazione del provvedimento*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 418 ss. *Contra* A. Guantario, *Dequotazione della motivazione*, cit., 2233 ss.

Secondo la concezione sostanziale della motivazione, un atto è motivato o meno a seconda della presenza o dell'assenza di sufficienti ragioni per l'adozione del provvedimento. Tale concezione si riflette nella c.d. dequotazione della motivazione, propugnata, come noto, da M.S. Giannini, *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, 268 ss., con l'obiettivo di valorizzare, al fine del sindacato del giudice, "ciò che si è fatto, non ciò che si è dichiarato di fare". Osserva da ultimo M. Ramajoli, *Il declino della decisione motivata*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 897, che la teoria della dequotazione si ispirava, quantomeno nelle intenzioni, ad un'istanza garantistica in quanto intendeva affermare la possibilità per il giudice di accedere direttamente al rapporto, superando lo schermo dell'atto e di quanto in esso dichiarato. Cfr. A. Police, *Annullabilità e annullamento*, in *Enc. dir., Annali*, I, Milano, 2007, 49 ss.

Sul piano teorico appare ineccepibile il rilievo di A. Romano Tassone, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987, 43, secondo cui la concezione sostanziale confonde la motivazione con la legittimità sostanziale del provvedimento.

[128] C.M. Jaccarino, *Studi sulla motivazione*, Roma, 1933, *passim*. Sul punto A. Romano Tassone, *Motivazione dei provvedimenti*, cit., 10 ss., 32 ss.

[129] Secondo C.M. Jaccarino, *op. cit.*, 42 ss., la motivazione è l'indicazione dei motivi dell'atto, intesi come moventi soggettivi, mentre la giustificazione attiene ai presupposti

ne si risolveva nel resoconto dell'*iter voluntatis* dell'amministrazione procedente, l'art. 3 lo individua in elementi squisitamente oggettivi: i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche della decisione assunta (e non del provvedimento, che della motivazione è soltanto il supporto formale)[130]. La disciplina della motivazione raggiunge così una sintesi tra la concezione formale della motivazione, qualificandola come discorso, e quella sostanziale, individuandone l'oggetto nelle ragioni della decisione[131].

Sennonché, per quanto l'art. 3 individui chiaramente l'oggetto della motivazione (intesa come discorso) nelle ragioni della decisione, un retaggio dell'approccio volontaristico[132] fa sì che la motivazione venga oggi comunemente concepita come il "racconto" dell'*iter* procedimentale seguito dall'amministrazione.

La sostituzione dell'*iter voluntatis* con l'*iter* procedimentale è coerente con i caratteri assunti dall'azione amministrativa, la quale si basa ormai prevalentemente su moduli di legittimazione oggettiva[133], ma non libera del tutto la motivazione dalla originaria impostazione soggettivista: perché pur sempre del racconto dell'azione di un soggetto si tratta, sia pur di un'azione che si svolge in ambito procedimentale e che assume i tratti del giudizio più che i tratti della bruta volontà creatrice[134].

Occorre tuttavia prendere atto che l'art. 3, l. n. 241/1990, riferisce la

oggettivi. Sulla intrinseca difficoltà di tracciare una netta distinzione tra presupposti e motivi v. A. Romano Tassone, *Motivazione dei provvedimenti*, cit., 36 s., che peraltro ritiene non condivisibile la tesi di Jaccarino in quanto occorre "dismettere ogni riferimento alla volizione, psicologicamente intesa, nella ricostruzione dei processi formativi del provvedimento, alle scaturigini del quale si pongono quindi, sullo stesso piano ed in posizione di assoluta eguaglianza, ogni sorta di fattori oggettivamente «motivi»".

[130] A. Romano Tassone, *Motivazione nel diritto amministrativo*, cit., 684; G. Corso, *Motivazione*, cit., 775 s., dove si osserva che la disposizione individua il contenuto della motivazione in una sorta di sillogismo pratico avente come premessa maggiore le norme applicate, come premessa minore i fatti rilevanti emersi dall'istruttoria e come conclusione la decisione assunta; Id., *Motivazione degli atti amministrativi e legittimazione del potere negli scritti di Antonio Romano Tassone*, in *Dir. amm.*, 2014, 463 ss.; A. Cioffi, *Motivazione del provvedimento*, in A. Romano (a cura di), *L'azione amministrativa*, cit., 201 ss.

[131] La sintesi tra i due indirizzi di fondo era già indicata da A. Romano Tassone, *Motivazione dei provvedimenti*, cit., 32 ss., come la migliore premessa per impostare la soluzione del problema della motivazione.

[132] Forse indirettamente alimentato dall'adesione del legislatore alla concezione discorsiva della motivazione.

[133] Per tutti A. Romano Tassone, *A proposito del potere, pubblico e privato, e della sua legittimazione*, in *Dir. amm.*, 2013, 559 ss.

[134] Sul carattere oggettivo della volontà provvedimentale M.S. Giannini, *Motivazione*, cit., 259.

motivazione alla decisione, e non già al percorso (procedimentale) che ha condotto l'agente ad assumerla: i presupposti di fatto e le ragioni di diritto che devono essere indicati sono i presupposti e le ragioni della decisione, non i presupposti e le ragioni che hanno indotto l'amministrazione ad assumerla.

La disposizione richiede perciò di compiere un passo ulteriore verso la definitiva oggettivizzazione dell'approccio alla motivazione[135], coerentemente con la funzione che questa riveste quando, come nel caso dell'attività amministrativa, non riguarda l'azione di un individuo "come tale", bensì di un individuo "come attore sociale, come persona che svolge un ruolo", le ragioni del cui agire sono soltanto quelle "imposte o autorizzate dal ruolo o comunque con questo coerenti", dimodoché "non all'essere (credenza, istinto, desiderio, avversione) si fa riferimento, ma al dover essere, quale è imposto dalle norme o dal complesso di norme e di regole che definiscono il ruolo"[136].

Per la sua connotazione rigorosamente obiettiva, la motivazione della decisione non consiste nell'esternazione dei motivi che hanno indotto l'amministrazione ad adottare un determinato atto, o del percorso procedimentale che ha condotto all'espressione di una preferenza: essa esterna quelli che, a detta dell'amministrazione, sono i presupposti e le ragioni della decisione entro il contesto normativo e fattuale in cui essa è concretamente assunta[137].

Attraverso la motivazione, l'amministrazione non rende conto di una propria preferenza, bensì della conformità all'ordinamento della "norma causale" individuata e trasfusa nel provvedimento. Di conseguenza, l'art. 3 va interpretato nel senso che i presupposti e le ragioni di diritto da indicare nella motivazione sono tutti quelli, eventualmente concorrenti, sui quali si fonda la scelta effettuata in relazione alle risultanze dell'istruttoria; e non soltanto quelli sufficienti a giustificarla[138]. Solo così inteso, l'art. 3 prescrive

[135] Sebbene si possa convenire con A. Cioffi, *Motivazione del provvedimento*, cit., 228 ss., sul fatto che la concezione della motivazione come esibizione delle ragioni fattuali e giuridiche della decisione, fatta propria dall'art. 3, non sia necessariamente incompatibile con la concezione della motivazione come esibizione dell'*iter* logico giuridico della scelta, resta fermo che la seconda concezione non può oscurare la prima, così occultando anche le indicazioni che dall'art. 3 provengono per la ricostruzione dei rapporti tra funzione, potere e provvedimento.

[136] G. Corso, *Motivazione*, cit., 776.

[137] Significativamente A. Romano Tassone, *Motivazione nel diritto amministrativo*, cit., 684, ritiene che la legge pone quale oggetto della motivazione ragioni giuridiche "oggettive", legate alle risultanze dell'istruttoria.

[138] Uno spunto in questo senso in A. Guantario, *Dequotazione della motivazione*, cit., 2264.

una motivazione che assolve al compito di indicare come la decisione assunta si colloca, secondo l'amministrazione, entro un dato contesto normativo e fattuale.

Dalla disciplina della motivazione si ricava dunque che la funzione amministrativa, intendendo per tale non la generica concretizzazione del potere in atto[139] bensì l'agire dell'amministrazione per l'esercizio del potere[140], è

L'interpretazione dominante, secondo cui sarebbe completa la motivazione che indica presupposti di fatto e ragioni di diritto sufficienti a sostenere la scelta compiuta dalla pubblica amministrazione tramite l'adozione del provvedimento, sarebbe condivisibile qualora fosse accolta la concezione della motivazione come esternazione dei motivi che hanno indotto l'amministrazione ad adottare un determinato atto. In questa logica, infatti, il provvedimento motivato è quello che reca l'indicazione dei presupposti e delle ragioni che hanno determinato la volontà di chi l'ha adottato.

[139] Secondo la definizione di F. Benvenuti, *Funzione amministrativa*, cit., 121. Questa raffigurazione della funzione presuppone una concezione del potere quale entità astratta (ad esempio, il potere di legiferare o il poteri adottare un certo tipo di atti amministrativi) che si mette in moto differenziandosi sino a tradursi in atto concreto: la funzione infatti designa proprio questa entità "che, mentre si concreta, non è più potere ma non è ancora atto". Cfr., anche per ulteriori svolgimenti, L.R. Perfetti, *Funzione e còmpito nella teoria delle procedure amministrative. Metateoria su procedimento e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 53 ss., 66 ss.

[140] Questa definizione della funzione appare infatti più coerente con la concezione del potere quale situazione giuridica soggettiva che diventa effettiva in capo al suo titolare quando sussistono in concreto i presupposti richiesti dalla norma (fatti costitutivi) ed è quella proposta da F. Ledda, *Il rifiuto di provvedimento*, cit., 78 ss., il quale colloca nella funzione amministrativa il dovere d'ufficio, che ha come suo contenuto appunto "l'agire per l'esercizio (eventuale) del potere; non l'emanazione di un provvedimento determinato, ma l'agire per un provvedimento" (79). Ledda quindi rifiuta la figura del potere-dovere perché non identifica il contenuto del dovere con l'esercizio del potere ma lo riferisce all'azione precedente (la funzione) che assume rilievo anche se il potere non viene esercitato per assenza dei presupposti o per decisione discrezionale dell'amminsitrazione (84 ss.).

Nel momento in cui sorge il dovere e si avvia l'azione, l'esistenza del potere e soprattutto del suo legittimo esercizio è del tutto problematica (80). Col progredire dell'azione, il dovere di ufficio si specifica attraverso una molteplicità di contenuti "che vengono determinati gradualmente nel corso dell'azione" sino a verificare la presenza o l'assenza dei fatti costitutivi del potere (81 s.). Quando l'azione dell'autorità è discrezionale, l'esito dell'apprezzamento comporta la definitiva specificazione del dovere di ufficio: "contenuto del dovere in questa nuova specificazione è un comportamento conforme alla norma del caso concreto" (101); e "questa norma riduce ad una sola le possibili soluzioni che per l'innanzi si prospettavano alla stessa autorità come giuridicamente equivalenti" (103).

Nonostante la molteplicità di contenuti che lo caratterizza, il dovere di ufficio viene in considerazione in termini unitari per le seguenti ragioni (83): "a) la identità del fondamento: i diversi fatti da cui dipende la graduale specificazione del dovere incidono una stessa situazione-base che, se pur non si identifica con l'ufficio, è a questo inerente come elemento strutturale insopprimibile; b) la identità della funzione: in tutti i momenti della sua gra-

normativamente configurata come una ricerca (non già del fatto costitutivo sufficiente per l'esercizio del potere, ma) di tutti i fatti costitutivi presenti nella fattispecie interessata dall'istruttoria (quell'istruttoria le cui "risultanze" devono essere utilizzate dall'amministrazione per redigere la motivazione ai sensi dell'art. 3)[141]. Di conseguenza, anche l'atto di esercizio del potere va inteso come un atto fondato su tutti i suoi possibili presupposti e ragioni.

In altre parole, se la disciplina della motivazione richiede di giustificare la decisione sulla base di tutti i fatti e le ragioni ritenute rilevanti dall'amministrazione, allora se ne ricava che, secondo modello normativo, la decisione amministrativa va intesa come una decisione fondata su tutti quei fatti e quelle ragioni. Non avrebbe senso aver strutturato la motivazione nei termini descritti dall'art. 3, se il modello normativo della decisione fosse diverso.

Si potrebbe obiettare che nella prassi[142] sono ammessi[143] atti non moti-

duale specificazione, il dovere è strumentalmente ordinato alla individuazione delle condizioni di un provvedimento, e alla eventuale emanazione del medesimo; c) il carattere unitario che la situazione assume in questa sua funzione strumentale, nei confronti del cittadino, quando il provvedimento positivo sia per esso favorevole; d) la identità dell'oggetto: l'azione delle figure soggettive che partecipano al ciclo di produzione giuridica cui il dovere è ordinato si riferisce sempre ad una medesima realtà, cioè ad uno stesso oggetto d'ufficio; e) la identità delle vicende, o almeno di alcune vicende: certi fatti od atti incidono sul dovere d'ufficio considerato appunto come situazione giuridica unitaria, e quindi in tutte le sue possibili specificazioni e nei confronti di tutte le figure soggettive che ne risultino investite".

Sulla teoria di Ledda da ultimo cfr. S. Tuccillo, *Contributo*, cit., 43 ss., *passim*. Costituisce uno sviluppo della teoria di Ledda la qualificazione della fase procedimentale come "agire per la decisione": A. Zito, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1996, 61 ss., 116 ss., che la pone a fondamento della propria ricostruzione dei diritti partecipativi.

[141] In questo senso, ma soltanto per gli atti ablatori, uno spunto già in G. Greco, *L'accertamento autonomo del rapporto*, cit., 30, secondo cui i provvedimenti restrittivi della sfera dei destinatari presuppongono il "compiuto svolgimento della funzione amministrativa", cioè "la compiuta ricognizione e valutazione dei presupposti di fatto e di diritto, nonché l'avvenuta effettuazione delle scelte discrezionali (eventualmente insite nell'esercizio del potere)".

[142] Sui quali, da ultimo M. Ramajoli, *Il declino della decisione motivata*, cit., 897 ss., 924 s., dove si mette in evidenza che questi orientamenti sono basati su una malintesa accezione del principio di buon andamento e si ribadisce che "la motivazione è forma sostanziale, garanzia indefettibile che integra il canone del *due process* […] che è anzitutto canone di civiltà giuridica". Id., *Lo statuto del provvedimento amministrativo a vent'anni dall'approvazione della legge n. 241/90, ovvero del nesso di strumentalità triangolare tra procedimento, atto e processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 473; G. Tropea, *Motivazione del provvedimento e giudizio sul rapporto*, cit., 1266 ss. Sul difetto di motivazione come violazione di norme sostanziali v. Corte. Giust. UE, 2 dicembre 2009, C-89/08.

[143] Si segue la sistematica di M. Ramajoli, *Il declino della decisione motivata*, cit., 903 ss.

vati[144], motivazioni implicite[145], motivazioni sintetiche[146], motivazioni successive[147]. Ma tutto ciò non rileva ai fini della ricostruzione che si propone

[144] Una parte della giurisprudenza perdura nell'antico orientamento di non ritenere necessaria la motivazione degli atti vincolati: talora trae argomento dall'art. 21-*octies*, comma 2, l. n. 241/1990, derubricando il difetto di motivazione e a vizio meramente formale che non incide sul contento della decisione e quindi non ne causa l'annullabilità: cfr. Cons. Stato, sez.VI, 24 novembre 2010, n. 8218. In altre occasioni si parla di motivazione *in re ipsa* degli atti vincolati, come ad esempio fa la giurisprudenza in materia di abusi edilizi e conseguenti ordini di demolizione: di recente Cons. Stato, sez.VI, 10 maggio 2016, n. 1774.

Vi è poi una giurisprudenza che pone ingiustificate deroghe al dovere o obbligo di motivazione anche in relazione ai provvedimenti discrezionali. Si fa riferimento, in particolare, alle pronunce secondo le quali la motivazione non sarebbe necessaria tutte le volte in cui l'interesse pubblico alla adozione del provvedimento sarebbe *in re ipsa*: così per il ritiro della concessione edilizia dopo che sia stata accertata l'irregolarità compiuta in sede edificatoria (Cons. Stato, sez. IV, 28 giugno 2016, n. 2885, sul presupposto che il potere di annullamento d'ufficio si trasforma da discrezionale in vincolato a seguito dell'accertamento dell'abuso) o per il ritiro dell'atto di inquadramento economico di un dipendente che comporta l'esborso di denaro pubblico senza titolo con vantaggio ingiustificato per il dipendente stesso (Cons. Stato, sez. III, 22 dicembre 2014, n. 6310).

[145] La giurisprudenza interpreta in modo estensivo la facoltà dell'amministrazione, prevista dall'art. 3, l. n. 241/1990, di motivare il provvedimento *per relationem*, quando afferma che non è necessario richiamare la motivazione dell'altro atto se essa può essere colta dalla lettura degli atti collegati o evinta dal complesso degli atti del procedimento: così Cons. Stato, sez.VI, dicembre 2016, n. 5150; Cons. Stato, sez. IV, 1 marzo 2017, n. 941. Implicita è anche la motivazione degli atti collegiali, la quale si desume dalle opinioni espresse dai singoli componenti dell'organo (Cons. Stato, sez.VI, 15 ottobre 2013, n. 5008).

[146] È il caso dell'orientamento giurisprudenziale che ammette la motivazione numerica nelle prove di concorso, che ha ricevuto l'avallo di Corte cost. 8 giugno 2011, n. 175 sulla base del principio di buon andamento. La pronuncia è annotata criticamente da F.G. Scoca, *Punteggio numerico e principio di buon andamento*, in *Giur. cost*., 2011, 2279 ss. Da ultimo, Cons. Stato, ad. plen. 20 settembre 2017, n. 7, ha affermato il principio che "nella vigenza dell'art. 49 della legge n. 247 del 2012 i provvedimenti della commissione esaminatrice degli aspiranti avvocati, che rilevano l'inidoneità delle prove scritte e non li ammettono all'esame orale, vanno di per sé considerati adeguatamente motivati anche quando si fondano su voti numerici, attribuiti in base ai criteri da essa predeterminati, senza necessità di ulteriori spiegazioni e chiarimenti, valendo comunque il voto a garantire la trasparenza della valutazione".

Sintetica, nel senso di non approfondita, è anche la motivazione richiesta per l'annullamento d'ufficio del titolo edilizio "alla luce della pregnanza degli interessi pubblici sottesi alla disciplina in materia edilizia e alla prevalenza che deve essere riconosciuta ai valori che essa mira a tutelare": così. Cons. Stato, ad. plen. 18 ottobre 2017, n. 8.

[147] Si tratta indubbiamente dell'aspetto più complesso e controverso del depotenziamento della motivazione, anche perché sotto l'etichetta della "motivazione successiva" si coagulano in realtà fenomeni diversi tra loro, quali la motivazione postuma in funzione di sanatoria e l'integrazione della motivazione in corso di giudizio, come osserva la dottrina: G. Tropea, *La motivazione «successiva» tra attività di sanatoria e giudizio amministrativo*, in *Dir. amm*.,

in quanto attiene alla conformazione del rimedio dell'annullabilità, non al modello normativo della decisione amministrativa che qui invece interessa prendere in considerazione.

Da quanto detto si traggono importanti implicazioni per il nostro tema, dal momento che la sopravvivenza del potere al suo esercizio in tanto si giustifica, in quanto sia possibile concepire il provvedimento come un atto di volontà attraverso il quale l'amministrazione esercita una competenza giuridica suscettibile di plurime attuazioni attraverso successivi atti espressione della stessa volontà.

In questo quadro teorico tra il potere e il provvedimento si instaura un preciso rapporto: il secondo non assorbe il primo, che lo sovrasta; l'amministrazione, quando adotta il provvedimento, non esercita tutto il potere ma soltanto una frazione o un frammento di esso: per usare un'immagine, il provvedimento non scarica sul piano della realtà giuridica concreta tutti i valori ordinamentali espressi dal potere come situazione giuridica soggettiva, che pertanto rimane carico e può essere riesercitato.

Anche dal confronto con il diritto privato si ricava la conferma che l'inesauribilità, intesa come ripetitività, è un carattere ricorrente nei poteri che si esercitano attraverso atti di volontà isolati, o comunque non precedu-

2003, 531 ss.; G. Mannucci, *Uno, nessuno, centomila*, cit., 861 ss.; M. Ramajoli, *Il declino della decisione motivata*, cit., 911 ss.; A. Guantario, *Dequotazione della motivazione*, cit., 2232 ss.

Una parte della giurisprudenza, a far data da Cons. giust. amm., 20 aprile 1993, n. 149, (con note critiche di G.Virga *Integrazione della motivazione nel corso di giudizio e tutela dell'interesse alla legittimità sostanziale del provvedimento impugnato*, in *Dir. proc. amm.*, 1993, 516 ss. e di A. Zito, *L'integrazione in giudizio della motivazione del provvedimento: una questione ancora aperta*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, 577 ss.) ammette che l'amministrazione integri in giudizio la motivazione al fine di far emergere appunto nel processo i fatti ostativi all'accoglimento della domanda. Oggi si trae argomento anche dall'art. 21-*octies*, comma 2, l. n. 241/1990, con riferimento alla possibilità che questa norma conferisce all'amministrazione di dimostrare in giudizio l'ininfluenza dei vizi formali sul contenuto della decisione (ad esempio, Cons. Stato, sez.V, 9 ottobre 2007, n. 5271; Cons. Stato, sez.V, 20 agosto 2013, n. 4194).

La Corte costituzionale è stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'art. 21-*octies*, comma 2, l. n. 241/1990, nella parte in cui consentirebbe l'integrazione della motivazione in sede processuale, ma ha dichiarato la questione manifestamente inammissibile in quanto diretta non a risolvere un dubbio di legittimità costituzionale, bensì a ricevere un improprio avallo costituzionale ad una determinata interpretazione della norma censurata (ordinanza n. 92/2015). Una indicazione contraria alla svalutazione della motivazione si ricava però dalla stessa pronuncia, laddove si legge che la motivazione del provvedimento è "il presupposto, il fondamento, il baricentro e l'essenza stessa del legittimo potere amministrativo […] e, per questo, un presidio di legalità sostanziale insostituibile, nemmeno mediante il ragionamento ipotetico che fa salvo, ai sensi dell'art. 21-*octies*, comma 2, della legge n. 241 del 1990, il provvedimento affetto dai cosiddetti vizi non invalidanti".

ti da un procedimento articolato nel quale possano emergere i fatti costitutivi, legittimati in ragione delle particolari qualità possedute dal titolare del potere rispetto al soggetto su cui ricade l'esercizio: si pensi ai c.d. poteri di comando diffusi nei rapporti familiari o nel rapporto di lavoro[148].

Un siffatto approccio teorico, implicitamente sotteso alla comune opinione sulla sopravvivenza del potere al suo esercizio, può trovare una qualche giustificazione soltanto nell'argomento fattuale che l'amministrazione, quando adotta un determinato provvedimento, lo fa sulla base di certi presupposti e di certe ragioni di diritto; e non sulla base di tutti gli altri presupposti e ragioni astrattamente presenti che eventualmente avrebbero potuto legittimare la stessa decisione[149]. Sicché, annullato il provvedimento e fatti salvi i limiti dell'effetto preclusivo del giudicato, l'amministrazione può riesercitare il potere fondando la propria decisione su quegli altri presupposti e ragioni.

Ma proprio questo argomento trova una smentita nella disciplina della motivazione e nella conseguente connotazione della funzione amministrativa come attività di ricerca di tutti i fatti costitutivi del potere. Da questi elementi si ricava che il provvedimento, espressione diretta del potere, viene in rilievo come attuazione in concreto dell'ordinamento: non perché la determinazione discrezionale possa considerarsi pura applicazione del diritto preesistente[150], quanto perché l'ordinamento affida la propria attuazione in concreto a quella determinazione discrezionale, con i tratti di originalità che le sono propri; e non viene dunque in rilievo come atto volontario di attuazione di una competenza giuridica suscettibile di plurimi esercizi attraverso successivi atti espressione della stessa volontà[151]. Il provvedimento adottato al termine di un procedimento è, dunque, il "risultato conclusivo in cui è coagulato l'esercizio del potere"[152].

[148] Per indicazioni A. Lener, *Potere*, cit., 633 ss.

[149] Cfr., per gli atti negativi, F. Ledda, *Il rifiuto di provvedimento*, cit., 197; G. Greco, *L'accertamento autonomo del rapporto*, cit., 30.

[150] Il che non è, come dimostra con ampiezza di argomenti e riferimenti F. Ledda, *Potere, tecnica*, cit., 184-186; cfr. B. Tonoletti, *L'accertamento amministrativo*, cit., 107 ss., *passim*, che distingue funzioni di accertamento autonome e funzioni di accertamento strumentali a valutazioni di interessi.

[151] Uno spunto sul dovere dell'amministrazione di consumare il potere esercitato è in A. Police, *Doverosità dell'azione amministrativa, tempo e garanzie giurisdizionali*, in L.R. Perfetti (a cura di), *Le riforme della l. 7 agosto 1990 n. 241 tra garanzia della legalità ed amministrazione di risultato*, cit., 17.

[152] G.Verde, *Il riparto di giurisdizione secondo Riccardo Villata*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 703. Si può ovviamente convenire con questa affermazione soltanto se, come pare esatto, si ritiene che il provvedimento sia il prodotto di un processo produttivo del diritto e non il sem-

Per tale ragione, se è vero che un potere giuridico può essere considerato inesauribile in quanto sia consentito al suo autore di fondarlo su uno soltanto dei plurimi fatti costitutivi eventualmente presenti, si deve concludere che il potere amministrativo, almeno in linea di principio, si esaurisce con il suo esercizio, come il potere del giudice[153]. Questa non è una conseguenza sanzionatoria dell'inadempimento di un onere procedimentale di acclarare tutti i fatti costitutivi del potere, onere che in assenza di una espressa previsione in tal senso è difficile immaginare[154], bensì una caratteristica che il potere amministrativo possiede in ragione della sua struttura normativa (conformemente ai già richiamati principi di buona fede e imparzialità[155]); sempre a patto, ovviamente, di accettare la premessa che l'inesauribilità non sia un carattere intrinseco al potere, che sussiste a prescindere da ogni ulteriore considerazione.

Il provvedimento reiterativo, in assenza di una previsione normativa che rimetta espressamente il rapporto nella disponibilità dell'amministrazione, è da ritenersi invalido[156]. Impiegando le categorie tradizionali, si potrebbe

plice momento di conclusione del procedimento: in questo senso spunti in F. Ledda, *Elogio della forma scritto da un anticonformista*, in *Foro. amm.*, 2000, 3449.

[153] Come il potere del giudice, che non può intervenire nel rapporto tra le parti dopo il giudicato anche qualora queste glielo chiedessero, perché il giudice "avendo già esercitato la funzione, ha esaurito il suo potere": così G. Verde, *Considerazioni inattuali su giudicato e poteri del giudice*, cit., 17.

[154] Cfr. A. Motto, *Poteri sostanziali*, cit., 583 ss., il quale osserva che l'unico correttivo che può essere apportato per evitare il riesercizio del potere è quello di ricostruire, sul piano sostanziale, una causa di invalidità, la quale sia idonea a sanzionare la rinnovazione del potere successivamente alla prima pronuncia, sulla base di fatti già esistenti al tempo del primo giudizio". Il che è esattamente quanto ci si propone di fare nel testo.

[155] Cfr. par. 3 di questa sezione del capitolo.

[156] Del resto, il provvedimento amministrativo è l'epilogo di un processo decisionale complesso che si svolge all'interno di un procedimento nel corso del quale l'amministrazione ha modo di confrontarsi con i soggetti interessati e controinteressati, di enunciare gli obiettivi perseguiti, di chiarire le ragioni di interesse pubblico che impongono o consigliano la scelta, di valutare i fatti ostativi, di modificare le soluzioni, tenendo conto delle esigenze di tutti.

In questo quadro normativo – è stato detto – se l'amministrazione potesse reiterare il provvedimento annullato, pur in assenza di una espressa disposizione che lo prevede, sarebbe "legittimo domandarsi che senso abbia avuto l'introduzione della legge n. 241/1990: il procedimento amministrativo ha costi, di tempo, di lavoro, di spese effettive; appesantisce l'attività dell'Amministrazione, a rischio di renderla intempestiva; favorisce soluzioni di compromesso che quasi sempre non sono le migliori. Si stenta a credere che tutto ciò non limiti la potestà provvedimentale della medesima": G. Verde, *Il riparto di giurisdizione*, cit., 703.

Cfr. altresì F. Francario, *Riesercizio del potere amministrativo e stabilità degli effetti giuridici*, cit., 15, il quale, pur al limitato fine di sostenere che i poteri di autotutela non trovano un

ritenere che qui manchi, se non l'attribuzione, quantomeno l'effettività del potere; e che dunque il provvedimento reiterativo, in quanto espressione di un potere esaurito, sia affetto da carenza di potere in concreto[157].

Tuttavia, questa qualificazione perde inevitabilmente di rilievo se si ritiene che i rimedi all'invalidità degli atti giuridici siano nella piena disponibilità dell'ordinamento: nel senso che il loro operare e il loro regime non dipende dalla qualità intrinseca del vizio, ma da una valutazione più o meno espressa del legislatore[158]. In questa ottica, che pare di dover confermare[159], si deve riconoscere che la carenza di potere in concreto non è stata prevista come causa di nullità da parte del nostro legislatore[160] e che tali cause soggiacciono a un principio di stretta tipicità[161]. Appare dunque plausibile che

adeguato fondamento dogmatico nell'inesauribilità del potere, osserva che l'inesauribilità è incompatibile con la strutturazione del procedimento in forma contenziosa o quasi conteziosa. Questa induce a qualificare il provvedimento come una decisione in senso proprio, definizione riservata in passato ai procedimenti amministrativi volti alla soluzione di controversie (tipico esempio è il ricorso gerarchico). E si è sempre ritenuto che la decisione, proprio per il fatto di addivenire a una soluzione in forma contenziosa del conflitto tra interesse privato e interesse pubblico, consumasse il potere di provvedere.

[157] A.M. Sandulli, *Per la delimitazione del vizio di incompetenza*, cit., 65 ss.

[158] R. Tommasini, *Invalidità, (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XXII, Milano, 1972, 576 s.

[159] Cfr. M. Trimarchi, *La validità*, cit., 115, dove maggiori svolgimenti.

[160] La formula "difetto assoluto di attribuzione", utilizzata dall'art. 21-*septies*, l. n. 241/1990, secondo la dottrina prevalente allude alla carenza di potere in astratto ed esclude la carenza di potere in concreto: cfr., tra gli altri, R. Villata - M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 422; Gius. Urbano, *La nullità del provvedimento amministrativo*, in M. Clarich - G. Fonderico (a cura di), *Procedimento amministrativo*, Milano, 2015, 685 ss.

Non mancano comunque ricostruzioni dottrinali secondo cui la carenza di potere in concreto andrebbe ricondotta alla nullità per carenza degli elementi essenziali, prevista dall'art. 21-*septies*, in quanto denoterebbe la mancanza di un presupposto-elemento per il concreto esercizio del potere: M.C. Cavallaro, *Gli elementi essenziali del provvedimento amministrativo. Il problema della nullità*, Torino, 2012, 204 ss. Parimenti ritiene attuale la carenza di potere in concreto alla luce di una interpretazione rigorosa del principio di tipicità, D. Sorace, *Atto amministrativo*, in *Enc. Dir.*, *Ann*. III, Milano, 2010, 83 s.

Il nesso tra la mancanza degli elementi essenziali e la carenza di potere è messo autorevolmente in rilievo da A. Romano, *Nullità del provvedimento*, cit., 816 ss., 819, sulla base dell'osservazione che la norma attributiva non solo attribuisce, ma anche delimita il potere dell'amministrazione (o, meglio, la sua autonomia); e lo fa definendo gli elementi essenziali dell'atto tramite il quale il potere viene esercitato. Questa impostazione teorica consente di ricondurre la nullità strutturale (per mancanza degli elementi essenziali) alla carenza di potere, ma, come si è già visto, lascia aperto il problema della individuazione in concreto dei limiti che la norma attributiva pone all'autonomia dell'amministrazione, e soprattutto del confine tra codesti limiti e quelli posti dalle norme di azione, la cui violazione dà luogo ad annullabilità.

[161] Cfr. R. Villata - M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 386 s., dove anche i necessari riferimenti giurisprudenziali.

il rimedio operante a fronte del provvedimento reiterato sia l'annullabilità, potendo venire in rilievo sia la figura della violazione di legge sia quella dell'eccesso di potere.

D'altra parte, non deve stupire che il provvedimento espressione di un potere esaurito sia, o possa essere, (provvisoriamente) efficace: considerato, in primo luogo, che la misura dell'esaurimento del potere è l'invalidità dell'atto e non la sua inefficacia[162]; e, in secondo luogo, che il profilo effettuale dei provvedimenti nulli coincide in massima parte quello dei provvedimenti annullabili, nel senso che entrambi sono efficaci e eseguibili sino all'intervento del giudice[163].

A conclusioni analoghe a quelle ora prospettate si può pervenire se si accoglie la tesi della motivazione come punto di emersione in seno al procedimento del principio di responsabilità dell'amministrazione posto dall'art. 97 Cost.[164]. La responsabilità in questione è una responsabilità *ex*

[162] Cfr. cap. III, par. 5, *supra*.

[163] V. Cerulli Irelli, *Invalidità e inesistenza degli atti amministrativi*, cit., 211 s., mette in rilievo che la presunta inefficacia dell'atto nullo va correlata al fatto che anch'esso è suscettibile di essere eseguito (il che vale anche per il contratto, e qui Cerulli Irelli richiama A. Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003, 378, dove l'osservazione che il contratto nullo prima della pronuncia del giudice produce tutti gli effetti di cui è capace, non diversamente dal contratto annullabile), circostanza che assume massimo rilievo nel diritto amministrativo in quanto l'esecuzione del provvedimento ordinariamente precede il giudizio per l'accertamento della sua validità (mentre nei rapporti tra privati il giudizio sulla nullità ed inefficacia dell'atto di regola precede la sua esecuzione): "di qui, la capacità del provvedimento nullo, tecnicamente inefficace, di produrre comunque effetti giuridici, che possono essere rimossi in via giurisdizionale o di autotutela". Cfr. anche, sia pur in un'ottica critica, S. Perongini, *Teoria e dogmatica*, cit., 397.

La dottrina amministrativistica, dovendo prendere atto della produzione di effetti da parte dell'atto nullo, ha variamente qualificato questi come effetti pratici (A. Bartolini, *La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, Torino, 2002, 116 s.) oppure come effetti apparenti connessi alla rilevanza della fattispecie (F. Luciani, *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo. Rilevanza ed efficacia*, Torino, 2010, 124 ss., *passim*). Da ultimo R. Villata - M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 391, rilevano che queste ricostruzioni danno luogo a una "marcata sensazione di artificiosità"; così anche M. Trimarchi, *La validità*, cit., 280 s., dove si rifiuta l'idea del nesso eziologico tra (in)validità e (in) efficacia e dunque si superano le difficoltà ad ammettere che gli effetti prodotti dal provvedimento invalido in quanto fatto giuridicamente rilevante siano veri e propri effetti giuridici.

La tendenziale capacità del provvedimento nullo di produrre effetti giuridici trova una conferma nella disciplina dell'azione di nullità che, sebbene qualificata dal legislatore come azione dichiarativa, presenta caratteri che la assimilano all'azione costitutiva di annullamento. In tema F. Vetrò, *L'azione di nullità dinanzi al giudice amministrativo*, Napoli, 2012, *passim*.

[164] A. Cassatella, *Il dovere di motivazione*, cit., 312.

ante, collegata alla cura dell'interesse pubblico di settore rilevante nel singolo procedimento, "in forza della quale viene addossato all'organo l'onere di realizzare determinati effetti giuridici o raggiungere specifici risultati"[165].

Tale responsabilità non coincide con la funzionalizzazione dell'attività, è piuttosto un suo risvolto: l'amministrazione, proprio perché le è rimessa la cura di un determinato interesse pubblico, con la motivazione assume su di sé la responsabilità delle scelte adottate per la cura di quell'interesse. Se la scelta si rivelerà illegittima, allora l'interesse pubblico non potrà essere più curato attraverso quella scelta. Si tratta, propriamente, di una forma di autoresponsabilità simile a quella in cui incorre la parte del processo che sia incorsa in una decadenza[166].

Si ribadisce che sarebbe un errore desumere argomenti contrari a questa conclusione sulla base del pragmatico rilievo che nel concreto l'amministrazione può benissimo non porre a base del provvedimento tutti i fatti costitutivi del potere presenti. Ciò ovviamente può accadere nella prassi, ma è un profilo che attiene ancora una volta alla validità del provvedimento, o meglio alla sufficienza della motivazione ai fini del giudizio di validità, e che viceversa non ha alcuna influenza sul piano del modello normativo dei rapporti tra funzione, potere e provvedimento che ne è espressione.

Né la tesi qui sostenuta trova un ostacolo nella possibilità, che talora si riconosce all'amministrazione, di allegare nel corso del giudizio ragioni a sostegno delle proprie scelte non enunciate nel provvedimento. Delle due l'una: o si ritiene che questo orientamento ammette l'integrazione in giudizio della motivazione, e allora saremmo di fronte a una posizione giurisprudenziale che, oltre a violare l'art. 3 l. n. 241/1990 (dal quale si desume facilmente che la disposizione deve essere contestuale al provvedimento)[167] si pone in contrasto con il principio essenziale per cui nello stato di diritto l'amministrazione entra in giudizio come parte e non come autorità[168]; oppure si ritiene che l'introduzione in giudizio di nuove ragioni sia ammissibile soltanto nei limiti in cui l'ordinamento processuale lo preveda e vi appresti strumenti appositi, a questo punto intendendola non come manifesta-

[165] A. Cassatella, *Il dovere di motivazione*, cit., 253.

[166] Al principio di autoresponsabilità si appella infatti anche G. Verde, *Considerazioni inattuali su giudicato e poteri del giudice*, cit., 34.

[167] A. Cassatella, *Il dovere di motivazione*, cit., 323 ss. Per un quadro generale si rinvia a R. Villata - M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 310 ss.

[168] Così F. Ledda, *Elogio della forma*, cit., 3449, secondo cui l'orientamento giurisprudenziale che ammette l'integrazione in giudizio della motivazione consente all'amministrazione di portare davanti al giudice un provvedimento non ancora "fatto".

zione dell'inesauribilità del potere ma come esercizio del diritto di difesa da parte della pubblica amministrazione nel processo[169].

Va piuttosto precisato che l'esaurimento del potere non impedisce la reiterazione del provvedimento annullato per vizi meramente formali non incidenti sul contenuto della decisione (nei limiti in cui tale annullamento sia ammesso dall'art. 21-*octies*, comma 2, l. n. 241/1990) poiché in questo caso la riproduzione del provvedimento non richiede l'individuazione di nuovi fatti costitutivi o ragioni dell'esercizio del potere, il che sarebbe vietato all'amministrazione alla luce di quanto visto, ma soltanto l'attribuzione di una nuova veste giuridica, e quindi di una nuova efficacia, ad una decisione che sostanzialmente non è stata mai posta in discussione.

6. (segue) *Temperamenti all'esaurimento del potere*

Il potere amministrativo, per quanto detto, è da collocare tra i poteri che si esauriscono attraverso il loro esercizio: nel senso che non possono essere esercitati più di una volta in relazione alla medesima fattispecie concreta; sono poteri che "sorgono in funzione dell'unico atto di esercizio con il quale si consumano"[170].

Vi sono però da prendere in considerazione alcuni temperamenti alla regola generale secondo cui il potere si esaurisce con il suo esercizio, tutti desumibili dall'interpretazione del diritto positivo vigente.

Innanzitutto, la responsabilità dell'amministrazione rispetto alla decisione è necessariamente relativa allo stato dei fatti presente al momento in cui la decisione medesima è stata assunta. Per cui in presenza di fatti sopravvenuti non v'è nulla che possa impedire alla pubblica amministrazione di svolgere una nuova istruttoria e reiterare il provvedimento annullato, se ne ricorrono i presupposti[171].

[169] Sul punto si tornerà a breve nel testo. Cfr. A. Carbone, *L'azione di adempimento*, cit., 254 s.

[170] Il diritto privato offre numerose ipotesi di poteri che presentano la caratteristica di sorgere "in funzione dell'unico atto di esercizio con il quale si consumano": così A. Lener, *Potere*, cit., 628, che offre una ricca esemplificazione di poteri così strutturati, menzionando tra gli altri: il potere di opzione che determina il passaggio dal rapporto preliminare nascente dal patto al rapporto definitivo in esso prefigurato; il potere di scelta nelle obbligazioni alternative, che fissa l'oggetto del rapporto; i poteri di recesso, revoca, disdetta, che determinano la cessazione o l'eliminazione retroattiva del rapporto.

[171] Cfr. G. Verde, *Il riparto di giurisdizione*, cit., 703, secondo cui all'amministrazione deve essere consentito di tornare sui propri passi soltanto se vi siano circostanze sopravvenute rilevanti o se emergono circostanze preesistenti di cui non si era potuto tener conto.

È altresì possibile che la riapertura dell'istruttoria si imponga come adempimento per dare esecuzione alla sentenza di annullamento, il che avviene tipicamente se la censura accolta concerne l'incompletezza dell'istruttoria. Una volta completata l'istruttoria il potere è riesercitabile e la decisione può essere reiterata ove ne ricorrano i presupposti.

Un secondo temperamento del principio dell'esaurimento del potere si rinviene nell'ambito della disciplina degli atti normativi e amministrativi generali, non a caso esclusi dall'obbligo di motivazione ai sensi dell'art. 3, comma 2, l. n. 241/1990[172]. Tale esclusione deve essere interpretata, nella prospettiva di questo studio, come la presa d'atto da parte del legislatore della varietà e complessità degli apprezzamenti discrezionali sottesi a questi atti, nonché della pluralità delle situazioni di interesse (pubblici e privati) con essi interferenti: elementi che rendono quantomeno problematico prospettare l'assorbimento del potere nel provvedimento in concreto adottato. Ne discende che la reiterazione da parte dell'amministrazione dell'atto normativo o generale a seguito dell'eventuale annullamento non può ritenersi preclusa.

Non si deve peraltro trascurare che il regime del provvedimento amministrativo "ordinario", e in particolare la disciplina della motivazione e della impugnabilità, potrebbe trovare comunque applicazione ai plurimi atti amministrativi singolari nei quali gli atti normativi e generali sono spesso scomponibili[173]. In questa logica, l'amministrazione ha l'obbligo di motivare le prescrizioni individuali contenute nell'atto generale; e, ove tali prescrizioni venissero annullate dal giudice, l'amministrazione non avrebbe il potere di riprodurle in un nuovo atto reiterativo: così come (e per le stesse ragioni per cui) non avrebbe il potere di riprodurre le stesse prescrizioni qualora costituissero il contenuto di un atto anche formalmente individuale.

Un terzo temperamento alla consumazione del potere attraverso il suo esercizio è desumibile dall'art. 2, comma 1, l. n. 241/1990, modificato dall'art. 1, comma 38, l. 6 novembre 2012, n. 190, per il quale le pubbliche

[172] Sulla difficile distinzione tra atti amministrativi a contenuto normativo e atti amministrativi generali, tra gli altri, G. Della Cananea, *Gli atti amministrativi generali*, Padova, 2000, 172 ss.; G. Clemente di San Luca, *L'atto amministrativo fonte del diritto obiettivo*, Napoli, 2003, 115 ss.; M.C. Romano, *Atti amministrativi generali*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, cit., *ad vocem*; B. Tonoletti - M. Ramajoli, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, in *Dir. amm.*, 2013, 56 ss. In generale sul sistema delle fonti nel diritto amministrativo M. Mazzamuto, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2015, 683 ss.

[173] In questo ordine di idee B. Tonoletti - M. Ramajoli, *op. cit.*, 87 ss.

amministrazioni "se ravvisano la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza della domanda […] concludono il procedimento con un provvedimento espresso redatto in forma semplificata, la cui motivazione può consistere in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo"[174].

La circostanza che la motivazione del provvedimento in forma semplificata riguardi soltanto il punto di fatto o diritto ritenuto risolutivo al fine di dichiarare "la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza della domanda" indica che alla pubblica amministrazione nei casi indicati dalla norma è consentito adottare la decisione di rigetto *in limine*, senza alcun approfondimento ulteriore sia sul piano istruttorio sia della comparazione degli interessi[175].

In tali casi, che si realizzano quando è manifesta la ragione di rigetto dell'istanza, la funzione amministrativa non si connota come attività di ricerca di tutti i fatti costitutivi. Essa è legittimata ad arrestarsi una volta individuato il fatto costitutivo sufficiente per l'esercizio del potere[176].

[174] Sull'istituto del provvedimento in forma semplificata S. Vernile, *Il provvedimento amministrativo in forma semplificata*, cit., 177 ss., *passim*, la quale concepisce il provvedimento in forma semplificata come una forma di "semplificazione provvedimentale" finalizzata a controbilanciare "il maggiore onere" derivante alla p.a. dall'estensione del dovere di provvedere sulle domande manifestamente inammissibili, irricevibili o infondate (l'A. ritiene comunque che il dovere di procedere e provvedere non sia stato generalizzato al punto da sorgere anche in presenza di mere denunce che neppure prospettano un interesse sostanziale, oppure di domande manifestamente esorbitanti le funzioni amministrative ovvero palesemente elusive del termine per impugnare o infine volte a un controllo politico dell'azione amministrativa, 172).

La disciplina del provvedimento in forma semplificata è nei termini essenziali mutuata da quella della sentenza in forma semplificata, prevista all'art. 74 c.p.a.: su questo istituto A. Clini, *La forma semplificata della sentenza nel "giusto" processo amministrativo*, Padova, 2009; E. Sticchi Damiani, *La sentenza in forma semplificata*, in *Foro amm. - C. d. S*, 2008, 2857.

[175] Osserva esattamente S. Vernile, *Il provvedimento in forma semplificata*, cit., 179, che nell'istituto del provvedimento in forma semplificata, così come in quello della sentenza in forma semplificata, "la possibilità di motivare in maniera sintetica il provvedimento non dipende dall'urgenza di concludere il procedimento ovvero di definire il giudizio; la semplificazione si giustifica per la natura e il tempo dell'accertamento, più rapido rispetto a quanto solitamente necessario per giungere alla conclusione del procedimento ovvero del giudizio"; con accenti critici, alla luce del principio della doverosità della funzione amministrativa, N. Paolantonio, *Il provvedimento in forma semplificata*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 308.

[176] Come rileva S. Vernile, *Il provvedimento in forma semplificata*, cit., 180, quella del provvedimento in forma semplificata non è una motivazione inesaustiva o incompleta, bensì una motivazione "conforme al tipo di valutazione" effettuata dall'amministrazione. Essa, pertanto, rispecchia la "quantità" di potere esercitata, così come la motivazione prevista dall'art. 3

Per questa ragione non si verifica quel rapporto tra provvedimento e potere già esaminato e in base al quale il primo assorbe e consuma il secondo. Ed allora, a seguito dell'eventuale annullamento del provvedimento in forma semplificata, l'amministrazione mantiene intatto il potere di valutare se accogliere o rigettare l'istanza[177].

L'istituto del provvedimento in forma semplificata, valorizzato in chiave di temperamento alla consumazione del potere, consente di superare quello che sembra uno dei più gravi motivi di perplessità rispetto alla tesi secondo cui il potere amministrativo si esaurisce con il suo esercizio.

È stato infatti rilevato che, se all'amministrazione fosse vietata la reiterazione del diniego annullato, allora essa si vedrebbe costretta a svolgere una istruttoria approfondita anche nel caso in cui a suo avviso il rigetto dell'istanza si impone per ragioni che non richiedono alcun approfondimento: il che si porrebbe in contrasto con il criterio di economicità ed efficienza dell'azione amministrativa (art. 1, l. n. 241/1990) e, in ultima analisi, con il principio costituzionale di buon andamento di cui tali criteri sono espressione (art. 97, comma 2 Cost.)[178].

Questo problema è tuttavia superato se si ritiene che, quando adotta un provvedimento in forma semplificata, motivato in relazione al solo punto decisivo che rende manifestamente inaccoglibile la domanda, l'amministrazione non esaurisce il potere di provvedere sull'istanza, per cui questo potere potrà essere esercitato pienamente a seguito dell'eventuale annullamento del diniego. L'amministrazione può dunque procedere al rigetto dell'i-

l. n. 241/1990: l'adozione del provvedimento in forma semplificata indica che l'amministrazione ha esercitato una "quantità" di potere minore rispetto a quella che ordinariamente esercita per l'adozione di un provvedimento amministrativo.

[177] Configura il potere di adottare il provvedimento in forma semplificata come potere autonomo dall'ordinario potere di provvedere A. Tigano, *Brevi considerazioni sul rapporto procedimento-processo in tema di silenzio inadempimento*, in AA.VV., *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, I, Torino, 2016, 2413.

[178] In questo senso C. Cacciavillani, *Giudizio amministrativo e giudicato*, cit., 316, laddove si osserva che l'onere a carico dell'amministrazione di enunciare immediatamente tutto ciò che impedisce l'accoglimento dell'istanza sarebbe "astrattamente contemplabile solo tra fatti costitutivi omogenei. Non vi è infatti alcuna ragione per imporre all'amministrazione di addurre, a fondamento di un suo provvedimento, ragioni che presuppongano lo svolgimento di un'istruttoria approfondita allorché il suo contenuto si imponga per ragioni che non richiedono alcun approfondimento istruttorio".

Di diverso avviso S. Vaccari, *Il giudicato nel nuovo diritto processuale amministrativo*, cit., 304, secondo cui la soluzione dell'onere procedimentale non è diseconomica in quanto il maggior aggravio della fase procedimentale all'atto del primo esercizio del potere è compensato dal risparmio di energie amministrative post-giudizio.

stanza per la ragione più liquida senza che su di essa penda la spada di Damocle dell'esaurimento del potere.

7. (segue) *Rimedi all'esercizio di un potere esaurito e giurisdizione*

La consumazione del potere col suo esercizio comporta che, di regola, l'amministrazione non abbia facoltà di esercitare il potere una seconda volta e riprodurre il provvedimento annullato.

L'invalidità del provvedimento reiterativo, sia esso nullo o annullabile, dipende dalla struttura normativa del potere amministrativo, che può essere esercitato una sola volta sopra una determinata fattispecie concreta, e pertanto sussiste anche se il provvedimento reiterativo non si pone in contrasto con l'accertamento contenuto nella sentenza che ha annullato il primo atto.

La ricaduta di ciò sull'assetto della giurisdizione è che il giudice amministrativo dovrebbe conoscere dell'invalidità del provvedimento reiterativo nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità, se il ricorrente si duole che l'amministrazione ha esercitato un potere esaurito: in quella sede il ricorso sarà respinto se ricorre una delle ipotesi in cui il potere sopravvive al suo esercizio, altrimenti sarà accolto e il provvedimento annullato non potrà essere riprodotto.

Il processo dovrebbe invece svolgersi secondo le regole del giudizio di ottemperanza qualora il ricorrente, lamentando la reiterazione del vizio accertato nel precedente giudizio, deducesse la nullità del nuovo provvedimento per violazione o l'elusione del giudicato (art. 114, comma 4, lett. *b*), c.p.a.).

Sennonché la giurisprudenza dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato, in nome di esigenze di semplicità ed effettività della tutela, consente al ricorrente di impugnare sempre il provvedimento di riesercizio del potere davanti al giudice dell'ottemperanza, nella veste di giudice naturale dell'attività successiva al giudicato, prudenzialmente entro il termine decadenziale di sessanta giorni[179].

Sarà questo giudice, pertanto, a valutare se nel ricorso è stata fatta valere l'invalidità per esercizio del potere esaurito oppure il diretto contrasto del provvedimento con il giudicato: nel primo caso, procederà alla conversione del rito in rito ordinario; nel secondo, il processo proseguirà nelle forme del giudizio di ottemperanza.

Un diverso assetto delle tutele potrebbe essere immaginato qualora si ritenesse che la sentenza di annullamento, ricadendo su un provvedimento

[179] Cons. Stato, ad. plen., n. 2/2013.

che ha esaurito il potere dell'amministrazione, statuisce implicitamente (cioè: indipendentemente da quale sia il vizio accertato e da cosa sia stato discusso dalle parti) sull'inesistenza del potere stesso, precludendone una volta per tutte l'esercizio. A questo punto la riedizione del potere integrerebbe sempre e comunque una violazione del giudicato (implicito) e aprirebbe senz'altro la via al giudizio di ottemperanza[180].

8. (segue) *Esaurimento del potere e tutela giurisdizionale degli interessi legittimi pretensivi e oppositivi*

Sono evidenti i passi in avanti che la tesi prospettata consente di compiere nell'ambito della tutela giurisdizionale degli interessi legittimi oppositivi: l'atto annullato, se il potere esercitato si è esaurito con il suo esercizio, non può essere reiterato. Questa possibilità sussiste solo se ricorrono sopravvenienze che richiedono la riapertura dell'istruttoria o se questa debba essere riaperta in diretta esecuzione del giudicato.

Nell'ambito della tutela degli interessi pretensivi, la consumazione del potere a seguito del suo esercizio, da cui deriva il divieto per l'amministrazione di reiterare il diniego annullato, potrebbe aprire lo spazio per una sentenza costitutiva del giudice amministrativo che tenga luogo del provvedimento ampliativo richiesto[181].

[180] A questa soluzione fa riferimento G. Verde, *Considerazioni inattuali su giudicato e poteri del giudice*, cit., 33, quando ritiene che l'effettività della tutela del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione richiede che si faccia applicazione del giudicato implicito, ripudiato invece dall'A. (da qui la "inattualità" della Sua posizione, visti i recenti orientamenti della giurisprudenza di legittimità sulle impugnazioni negoziali) tutte le volte in cui in giudizio si discuta di diritti.

Tale soluzione è indicata nel testo in via subordinata a causa delle perplessità di chi scrive verso il diffondersi del giudicato implicito nella cultura del giudice ordinario (sul punto, si condivide quanto osservato diffusamente da M. De Cristofaro, *Giudicato e motivazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 56 ss., e dallo stesso G. Verde, *op. ult. cit.*, 18 ss.), perplessità che inducono a una certa cautela rispetto all'accoglimento di questa nozione nel processo amministrativo (per aspetti ulteriori al riparto di giurisdizione). Non v'è dubbio, però, che se il potere si esaurisce con il suo esercizio, allora immaginare un giudicato che estende la propria forza preclusiva agli aspetti del rapporto non dedotti (ed eventualmente deducibili dalle parti) sia meno problematico di quanto lo sia in un contesto nel quale si ritenga che il potere sopravvive al processo: in questo tradizionale quadro concettuale, come si è avuto modo di osservare, è da escludere si possa trarre dalla sentenza una preclusione rispetto a frammenti del potere non esercitati.

[181] Su cui L. Ferrara, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, cit., 72 ss.; Id., *Oltre l'azione di adempimento, una sentenza che tenga luogo dell'atto non emanato*, in *www.diritto 24.ilsole24ore.com*, 2011; un cenno anche in F. Merusi, *Il codice del giusto processo amministrativo*, in

Sennonché tale soluzione è incompatibile con il diritto positivo, in quanto nella giurisdizione generale di legittimità è vietato al giudice amministrativo di sostituirsi all'amministrazione sul versante dei poteri decisori[182]. Poiché il sistema processuale vigente non consente il trasferimento al giudice del potere ampliativo, la soddisfazione dell'interesse finale del ricorrente passa necessariamente per il rilascio da parte dell'amministrazione del provvedimento richiesto.

Si pone a questo punto il problema di come la permanenza in capo all'amministrazione del potere di rilasciare il provvedimento si concili con l'esaurimento del potere amministrativo intervenuto a seguito dell'atto di diniego.

Ma in realtà non vi è alcuna contraddizione tra le due cose, in quanto il diniego è una semplice manifestazione del rifiuto di provvedere e non comporta l'esercizio del potere di cui il privato aveva chiesto l'attivazione[183].

Dir. proc. amm., 2011, 9. Nell'ambito della tutela avverso il silenzio B. Tonoletti, *Silenzio della pubblica amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIV, Torino, 1999, 170 ss.

In questo senso si è mosso T.A.R. Friuli Venezia-Giulia, sez. I, 31 marzo 2015, n. 167: benché nella motivazione della sentenza siano fatti ampi richiami all'azione di adempimento, il Tar in questo caso non ha affatto condannato l'amministrazione ad adempiere, come sarebbe nella logica di tale azione, ma si è surrogato all'amministrazione nell'attribuzione del bene della vita atteso dal ricorrente, come osserva A. Cassatella, *L'effetto sostitutivo della sentenza di annullamento*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 102 ss., secondo il quale questo tipo di tutela è ammissibile solo nei rari casi in cui la sentenza sia pienamente fungibile con il provvedimento (e viceversa), ossia quando "la norma attributiva del potere sia la fonte di una relazione destinata ad esaurire i propri effetti nell'esclusivo rapporto fra pubblica amministrazione e amministrato: ipotesi che si può riscontrare nei procedimenti di attribuzione di status, come quello deciso nel caso di specie, in cui la conferma in ruolo di un soggetto già abilitato e chiamato all'esercizio delle funzioni e mansioni di professore associato esaurisce i propri effetti nel rapporto fra Università e docente". L'azione di condanna al rilascio del provvedimento richiesto (azione di adempimento) sarebbe invece "pur sempre necessaria qualora l'amministrazione conservi il dovere funzionale di concludere il procedimento mediante provvedimento espresso, ancorché vincolato nell'*an* e nel *quid*: situazione che ricorre quando la norma di attribuzione del potere implica la produzione di effetti giuridici che vanno oltre la relazione fra le parti necessarie del giudizio e riguardano terzi indeterminati o indeterminabili a priori".

[182] Il che, ai sensi dell'art. 34, comma 1, lett. *d*), c.p.a., è consentito solo nei "casi di giurisdizione di merito": cfr., criticamente, G. Verde, *Sguardo panoramico al libro primo e in particolare alle tutele e ai poteri del giudice*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 797.

[183] In questo senso F. Ledda, *Il rifiuto di provvedimento amministrativo*, cit., 232, dove si legge che l'atto di diniego esprime la funzione amministrativa ma non è esercizio di un potere, o quantomeno del medesimo potere che avrebbe esercitato l'atto positivo. Secondo l'A. la rilevanza della pronuncia negativa non si può determinare con riferimento alla situazione giuridica del privato perché "la causa della lesione degli interessi individuali non è

Il rilascio del provvedimento è possibile perché il potere ampliativo non si è esaurito in quanto non ancora esercitato.

Tale soluzione non soltanto spiega perché il rilascio del provvedimento favorevole da parte dell'amministrazione sia compatibile con la teorica dell'esaurimento del potere, ma apre anche lo spazio logico per una interpretazione dei limiti di ammissibilità dell'azione di adempimento posti dall'art. l'art. 34, comma 1, lett. *c*), c.p.a. diversa da quella invalsa nella giurisprudenza e nella dottrina[184].

Questa previsione, che consente l'esperibilità dell'azione di adempimento "quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità"[185], può in particolare essere interpretata nel senso che

costituita dal rifiuto ma dalla omessa emanazione del provvedimento atteso, cioè da un fatto puramente negativo dell'amministrazione" (24). Peraltro, il rifiuto non altera il rapporto tra interesse pubblico e interessi privati quali stabiliti dalla norma (39). La funzione del rifiuto è allora esclusivamente formale e la sua rilevanza può essere colta nella prospettiva del dovere: il rifiuto è infatti causa di estinzione del dovere d'ufficio che trova esplicazione nel corso della funzione (78 ss.).

La dottrina prevalente è concorde nel ritenere che l'atto di diniego è previsto dall'ordinamento per soddisfare esigenze diverse da quelle per le quali è attribuito all'amministrazione il potere di provvedere. Ad esempio, U. Forti, *Diritto amministrativo, Parte generale*, *vol. II, il rapporto - la teoria degli atti*, Napoli, 1947, 111, ritiene che l'atto negativo in senso stretto "consiste nella volontà, dichiarata in modo positivo, di non tenere un determinato comportamento" ed è previsto "anzi tutto, per un certo maggior formalismo che regola l'attività della pubblica amministrazione, per cui questa viene portata a dare forma espressa ai suoi rifiuti" o per la necessità che la decisione sia motivata o per l'obbligo di provvedere sopra una domanda. Cfr. altresì F.G. Scoca, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971, 215, secondo cui il diniego ha l'effetto quantomeno di estinguere la pretesa del privato a ottenere una pronuncia sulla sua istanza, donde il carattere provvedimentale dello stesso. Invece per F. Volpe, *Norme di relazione*, cit., 487 s., il diniego non è neppure un vero e proprio atto giuridico; secondo M. Monteduro, *Provvedimento amministrativo e interpretazione autentica. I. Questioni presupposte di teoria del provvedimento*, Padova, 2012, 140, l'atto negativo non produce alcun effetto costitutivo ma solo un "effetto dichiarativo in ordine alla fissazione dei fatti materiali e giuridici".

[184] Cfr. F.G. Scoca, *Interesse legittimo*, cit., 418, secondo cui l'azione è ammissibile quando l'amministrazione "abbia già completato tutte le scelte che gli competono"; cioè nei casi in cui "il procedimento può dirsi sostanzialmente, anche se non ancora formalmente, concluso: al giudice si chiede di concluderlo anche da punto di vita formale, accertando l'assetto di interessi che già risulta determinato dall'amministrazione o, in caso di attività vincolata, stabilito dalla legge". Così ragionando, come l'A. non manca di osservare, quello avviato con l'azione di adempimento è un giudizio di condanna "basato sul mero accertamento di ciò che risulta già operato dall'amministrazione".

[185] Così l'art. 31, comma 3, c.p.a., richiamato dall'art. 34 comma 1, lett *c*), c.p.a., per definire i limiti di ammissibilità dell'azione di adempimento.

l'azione di adempimento sia sempre ammissibile, una volta che l'amministrazione abbia adottato l'atto di diniego.

Il diniego, infatti, enuclea tutti i fatti e le ragioni che impediscono (a detta dell'amministrazione) il rilascio del provvedimento e pertanto esaurisce ciò che convenzionalmente può definirsi potere di conservazione (il potere dell'amministrazione di dar luogo ad un effetto giuridico, il cui contenuto è che non si produca l'effetto favorevole richiesto[186]), dando luogo a una situazione in cui "non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità" per la semplice ragione che il diniego eventualmente illegittimo non è riproducibile[187].

Il potere ampliativo sopravvive al diniego soltanto come potere costitutivo (degli effetti ampliativi), non anche come potere determinante (dell'assetto degli interessi)[188], e pertanto l'amministrazione può essere condannata ad esercitarlo.

Il significato dei limiti posti dall'art. 34, comma 1, lett. *c*) all'esperibilità

[186] Non occorre qui affrontare il tema se questo effetto dipenda da (e dunque consenta di individuare) un potere giuridico autonomo da quello ampliativo (il c.d. potere di conservazione), ovvero sia collegato al rifiuto di esercitare il potere ampliativo stesso. Ai fini del nostro discorso conta, al di là dei pur importanti aspetti definitori, che l'adozione dell'atto di diniego ne impedisce (per le ragioni indicate nel testo) la reiterazione e dunque rende vincolato il potere ampliativo.

Cfr., per la distinzione tra il potere di conservazione e il potere di trasformazione, E. Follieri, *Atto autoritativo e giurisdizione. Poteri di conservazione e poteri di trasformazione*, cit., 46 ss., 63, la cui impostazione è tributaria delle riflessioni di S. Romano, *Poteri e potestà*, cit., 178 s., il quale riteneva "infondata ed arbitraria" l'opinione secondo cui tutti poteri avrebbero carattere innovativo (per questa opinione, nella dottrina amministrativistica, S. Cassarino, *op. cit*., 217; G. Miele, *Potere, diritto soggettivo e interesse*, cit., 116-118). Accanto ai poteri dotati di questo carattere, che Romano definisce "di conformazione", vi sono i poteri "che si esplicano con atti giuridici o con azioni che mirino a far valere, realizzare, conservare, tutelare condizioni giuridiche preesistenti senza novarle o modificarle" (la distinzione è accolta da A. Lener, *Potere*, cit., 616). Va detto, però, che Santi Romano indica quali esempi di poteri non innovativi quelli che si esplicano in atti come le certificazioni, documentazioni, accertamenti, istanze, voti, proposte, etc.: si riferisce dunque a fenomeni giuridici diversi dal potere di conservazione inteso come il potere che si esprime nella decisione di non dar luogo ad alcun effetto. Maggiori assonanze con questa definizione del potere di conservazione si riscontrano invece nell'affermazione di Santi Romano, secondo cui l'"uso negativo" del potere, che si esprime nella decisione di non esercitarlo, "è anch'esso esercizio del potere" (*op. ult. cit.*, 181).

[187] Per una simile interpretazione, che presuppone l'esaurimento del potere sul piano sostanziale, G. Greco, *Potere situazioni giuridiche soggettive*, cit., 103, seppur sulla base di diversi argomenti.

[188] Secondo l'espressione di F.G. Scoca, *Osservazioni eccentriche, forse stravaganti, sul processo amministrativo*, cit., 858.

dell'azione di adempimento non è quello di proteggere una probabilmente inesistente riserva di amministrazione bensì quello, ricavabile anche dalla necessità che tale azione sia proposta contestualmente a quella di annullamento del diniego, di vietare l'adozione di una condanna al rilascio del provvedimento prima che il procedimento sia stato definito dall'amministrazione.

Così individuati, i limiti all'azione di adempimento sono una implicazione del divieto di pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati (art. 34, comma 2, c.p.a.), il cui significato è appunto di evitare che l'intervento del giudice anticipi quello dell'amministrazione sino a quando questa mantiene il potere di pronunciarsi discrezionalmente sul rapporto[189]. Entrambe le disposizioni hanno la funzione di preservare la discrezionalità dell'amministrazione all'interno dei limiti entro i quali essa è riconosciuta e può essere esercitata, non anche di salvaguardarla al di fuori dei limiti stessi.

Si potrebbe obiettare che se il diniego non rappresenta esercizio del potere ampliativo, allora la condanna dell'amministrazione all'esercizio di questo potere è impedita proprio dal divieto di pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati. Tuttavia l'argomento proverebbe troppo, perché l'azione di adempimento è ammessa anche nell'ipotesi in cui l'amministrazione sia rimasta inerte, essendo proponibile contestualmente all'azione avverso il silenzio-inadempimento: e non v'è dubbio, in questo caso, che il potere su cui ricade la condanna non sia stato esercitato dall'amministrazione. Ciò dimostra che il divieto di pronunciare con riferimento ai poteri non ancora esercitati opera a protezione della fisiologia del potere amministrativo, non anche della sua patologia. Per cui non impedisce la condanna al rilascio del provvedimento se l'amministrazione ha esercitato illegittimamente il potere di conservazione, cosi come non la impedisce se l'amministrazione ha violato il termine per provvedere.

L'ampliamento delle ipotesi in cui è ammissibile l'azione di condanna al rilascio del provvedimento favorevole potrebbe destare preoccupazioni nella prospettiva della difesa in giudizio dell'amministrazione e della cura dell'interesse pubblico da essa perseguito. Vi sono tuttavia argomenti di di-

[189] Sia consentito rinviare a M. Trimarchi, *Il divieto di "pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati" attraverso il prisma della giurisprudenza*, in *Foro amm. CdS*, 2013, 1101 s. Da ultimo ritiene che l'art. 34, comma 2, c.p.a., si concretizza nel divieto per il giudice di conoscere del rapporto tra amministrazione e cittadino senza un previo esercizio delle competenze dell'amministrazione, che devono sfociare in un provvedimento o in un'inerzia illegittima, C. Commandatore, *La piena tutela dell'interesse legittimo pretensivo*, cit., 661.

ritto sostanziale e di diritto processuale che suggeriscono di non sopravvalutare queste comprensibili preoccupazioni. In questa sede vi si possono dedicare soltanto alcuni brevi cenni.

Sul piano del diritto sostanziale, l'azione di condanna all'adozione del provvedimento richiesto non è ammissibile, se l'attività è discrezionale, in tutte le ipotesi in cui operano i temperamenti alla regola dell'esaurimento del potere che si sono esposti in precedenza. Tali temperamenti o eccezioni riguardano i casi in cui vi è un interesse obiettivo a che l'amministrazione mantenga nella propria disponibilità la reiterazione del provvedimento con i soli limiti rappresentati dalla preclusione derivante dal giudicato: vuoi perché l'individuazione dei fatti costitutivi del potere è avvenuta sulla base di una istruttoria obiettivamente incompleta, vuoi perché sono sopravvenuti fatti nuovi, vuoi perché la decisione di rigettare l'istanza è stata assunta senza esaminare approfonditamente l'affare in quanto l'amministrazione aveva ritenuto esistente un motivo di manifesta inammissibilità o infondatezza dell'istanza. In tutte queste ipotesi l'azione di condanna all'adozione del provvedimento richiesto non è ammissibile se l'attività è discrezionale.

Sul piano del diritto processuale, l'impostazione qui seguita determina un ampliamento delle ipotesi in cui l'azione di adempimento è ammissibile, ma non incide in alcun modo sul profilo della sua fondatezza: rimane fermo che, per ottenere la condanna al rilascio del provvedimento richiesto, il ricorrente deve dimostrare nel contraddittorio di possedere i presupposti richiesti dalla legge per ottenere quel provvedimento. Un rischio per la cura dell'interesse pubblico potrebbe essere costituito dalla norma che equipara alla prova la mancata contestazione dei fatti allegati dal ricorrente (art. 64, comma 4, c.p.a.; art. 115, comma 1, c.p.c.), soprattutto nell'ipotesi che l'amministrazione non sia in grado di rappresentare adeguatamente le proprie ragioni in giudizio[190]. Ma sul punto vi è da dire, per un verso, che la struttura stessa del processo amministrativo rappresenta un arduo ostacolo all'operatività del principio di non contestazione[191] e, per altro verso, che il

[190] Il problema è avvertito da A. Romano Tassone, *Poteri del giudice e poteri delle parti nel nuovo processo amministrativo*, in *Scritti in onore di Paolo Stella Richter*, I, Napoli, 2013, 474, che prende in considerazione anche l'ipotesi in cui la formazione non genuina della prova sia dovuta alla connivenza di ricorrente e amministratori.

[191] Si allude alla circostanza che, non essendo prevista alcuna preclusione, la contestazione dei fatti affermati dal ricorrente può intervenire nel processo amministrativo sino alla udienza pubblica. Il fatto che la non contestazione possa ritenersi realizzata soltanto dopo l'udienza pubblica, quando l'istruttoria è ordinariamente già stata espletata, vanifica l'intento semplificatorio sotteso alla previsione del principio di non contestazione: cfr. F. Follieri, *Il principio di non contestazione nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1025 ss.; G.

giudice sulla base di un uso accorto del principio del libero apprezzamento (art. 64, comma 4, c.p.a.; art. 116, comma 1, c.p.c.)[192] ben può dichiararsi non convinto delle affermazioni del ricorrente non (adeguatamente) contestate dall'amministrazione e dunque dichiarare infondata l'azione[193].

A ciò si aggiunga, sempre nell'ottica della difesa dell'interesse pubblico, che l'amministrazione resistente può introdurre nel processo elementi nuovi a sostegno della decisione adottata che fungono da fatti impeditivi o estintivi della pretesa sostanziale avanzata dal ricorrente con l'azione di condanna[194], senza che ciò si ponga in contrasto con l'intervenuto esaurimento

Tropea, *Considerazioni sul principio di non contestazione nel processo amministrativo, anche alla luce delle sue prime applicazioni giurisprudenziali*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1173.

[192] Il giudice valuta i fatti non contestati alla luce del criterio del libero apprezzamento in quanto tali fatti non sono equiparati dalla legge alle prove legali, bensì alle prove "proposte dalle parti": sul punto F. Follieri, *Il principio di non contestazione*, cit., 1015 ss.

[193] Così A. Romano Tassone, *Poteri del giudice e poteri delle parti*, cit., 474, il quale prosegue osservando che "ciò impedirebbe che una soluzione del "problema amministrativo" non corrispondente a quella già emersa nel procedimento, fosse affermata in sentenza in ragione dell'inettitudine difensiva della p.a.". L'A. ritiene inoltre che, nell'ipotesi in cui la mancata contestazione sia dovuta alla connivenza degli amministratori con il ricorrente, siano aperte le porte della revocazione straordinaria, "sotto uno (e forse più d'uno) dei primi tre numeri dell'art. 395 c.p.c.".

Più in generale, l'A. ritiene che l'esercizio di poteri istruttori d'ufficio da parte del giudice non necessariamente si pone in contrasto con la vigenza del principio della domanda nel processo amministrativo. In questo senso, nella dottrina processualcivilistica, soprattutto T. Carnacini, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, in *Studi in onere di E. Redenti*, Milano, 1951, II, 693 ss. Da ultimo si esprime in tal senso, dimostrando la compatibilità di un limitato impiego del metodo acquisitivo con il principio della domanda alla stregua del criterio della vicinanza della prova, F. Saitta, *Vicinanza alla prova e codice del processo amministrativo*, cit., 922 ss.

[194] A. Romano Tassone, *Il ricorso incidentale e gli strumenti di difesa nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2009; E. Follieri, *Il contraddittorio in condizioni di parità nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 499 ss., il quale nel quadro normativo precedente al codice osservava come escludere la proposizione del ricorso incidentale da parte della pubblica amministrazione, con l'argomento che questa se vuole ritirare il proprio atto deve valersi dei poteri di riesame, "incide sulla stessa efficiente tutela del ricorrente, quando sia titolare di un interesse legittimo pretensivo. Infatti, l'interesse legittimo pretensivo è leso da un provvedimento negativo (o dal silenzio rifiuto) e l'amministrazione potrebbe (il che, peraltro, avviene spesso) non aver indicato tutti i motivi di illegittimità (veri o presunti) che portano all'adozione di un atto di identico contenuto negativo; la proposizione del ricorso incidentale consentirebbe l'introduzione in giudizio degli altri motivi e la valutazione in un unico contesto processuale dell'intera questione che, quindi, non porterebbe, dopo l'eventuale sentenza favorevole al ricorrente, ad un nuovo atto negativo e ad un altro ricorso, recando vantaggio sia all'Amministrazione (che non deve svolgere un ulteriore procedimento ed adottare un altro atto) che al cittadino (il quale non deve produrre un secondo ricorso),

del potere: per la semplice ragione che l'amministrazione in giudizio non è autorità, ma parte: e, come parte, non può certamente esercitare il potere sostanziale ma ha diritto a difendere il proprio operato attraverso l'eccezione sollevabile con ricorso incidentale[195].

Il quadro ricostruttivo proposto in relazione alla tutela giurisdizionale degli interessi pretensivi è coerente con il fatto che nel processo viene in rilievo un "potuto" e non un potere inesauribile[196]. Non comporta invece che il giudice dismetta la propria funzione e si faccia amministratore[197]; e ciò per almeno due ragioni.

La prima è che il giudice non risolve un conflitto di interessi intorno alla definizione dell'interesse pubblico concreto: la condanna è possibile perché il provvedimento spetta di diritto al cittadino, a seguito dell'esercizio e dell'esaurimento del potere esercitato con l'atto di diniego[198].

stante la possibilità per il giudice di porre un pregnante effetto conformativo. Il processo definirebbe il rapporto, con esame dell'intera problematica ed affermazione conclusiva circa il rilascio o meno del provvedimento positivo richiesto dal ricorrente. A mio avviso, anziché ritenere vietato il ricorso incidentale dell'amministrazione, bisognerebbe stabilire, quando si controverta della lesione di interessi legittimi pretensivi, che la sua mancata proposizione determini la preclusione nella successiva azione amministrativa di adeguamento al giudicato, dando così effettivo valore alla regola di ogni vero e giusto processo e cioè che il giudicato copre il dedotto ed il deducibile ed è immutabile, salvo i mezzi di impugnativa straordinari".

[195] A riprova del fatto che con il ricorso incidentale l'amministrazione non eserciti il potere sostanziale ma un potere che possiede come parte del processo vi è, come rilevato da A. Romano Tassone, *Il ricorso incidentale*, cit., 29, che in nessun caso con il ricorso incidentale l'amministrazione potrebbe mirare a "una sostanziale risistemazione dell'assetto degli interessi già definiti con il provvedimento impugnato".

Si può aggiungere che la possibilità che dovesse essere riconosciuta all'amministrazione di difendere in giudizio il provvedimento sulla base di argomenti ulteriori rispetto a quelli rappresentati nella motivazione non sembra violare l'art. 3, l. n. 241/1990, ai sensi del quale la motivazione deve essere redatta contestualmente al provvedimento: poiché l'introduzione di fatti estintivi o impeditivi della pretesa del ricorrente, nei termini e nei modi in cui è ammesso farlo in sede processuale, non è motivazione successiva, ma esercizio del diritto di difesa secondo le regole vigenti del processo.

[196] Secondo l'espressione di G. Verde, *Il riparto di giurisdizione*, cit., 703.

[197] Questo rischio, degno della massima considerazione, è avvertito da R. Villata, *Dodici anni dopo: il Codice del processo amministrativo*, in B. Sassani - R. Villata, *Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, Torino, 2012, 56, e già da F. Ledda, *La giurisdizione amministrativa*, cit., 395.

[198] Si segue l'impostazione di A. Romano Tassone, *Poteri del giudice e poteri delle parti*, cit., 472 s., secondo cui "quel che […] compete al giudice (e più ancora: quel che il giudice è realisticamente in grado di compiere) è soltanto la definizione di ciò che spetta di diritto al cittadino nei confronti del potere della p.a. È vero però che talvolta, facendo questo, il giudice stabilisce direttamente, e non soltanto in via riflessa, quali siano la consistenza e la portata dell'interesse pubblico concreto, e che ciò accade inevitabilmente ogni qual volta

In secondo luogo, il giudice non si fa amministratore perché non sostituisce il provvedimento con la propria pronuncia, ma condanna l'amministrazione a provvedere. Che il provvedimento favorevole debba essere adottato dalla pubblica amministrazione nell'esercizio del suo potere (costitutivo) è un dato di estremo rilievo per l'equilibrio dei poteri dello Stato e non è una sorta di ipocrisia del legislatore[199]. Significa, infatti, che il giudice non assume su di sé la responsabilità del provvedere, che rimane a tutti gli effetti in capo alla pubblica amministrazione[200].

Ciò concretamente comporta che l'amministrazione sia titolare di poteri di ritiro rispetto al provvedimento favorevole adottato in esecuzione della sentenza (poteri diversi da quello di diniego, esercitato con l'atto annullato ed esaurito) e che il terzo, il quale abbia subito una lesione della propria sfera da parte del suddetto provvedimento, possa impugnarlo nell'ordinario termine decadenziale[201].

Poteri di ritiro e azione di annullamento devono peraltro coniugarsi con l'efficacia vincolante del giudicato in esecuzione del quale il provvedimento è stato adottato. Pertanto, l'amministrazione potrà valersi dei primi soltanto se l'atto adottato è difforme da quello che era stata condannata ad adottare, oppure in presenza di sopravvenienze che rendano inopportuno il provvedimento esecutivo, ma soltanto se questo produce effetti durevoli e a condizione che siano fatti salvi gli effetti prodottisi anteriormente alla sopravvenienza e dunque coperti dal giudicato[202].

Il terzo potrà contestare il provvedimento per i profili in cui esso non è diretta esecuzione della condanna: pertanto, potrà sostenere in giudizio che

esso riscontra come giuridicamente necessaria l'adozione di un provvedimento avente un verto contenuto […]. Quando ciò avviene, tuttavia, è solo perché il "problema amministrativo" è già stato risolto a monte, o dalla legge (che disegna il provvedimento come totalmente vincolato già "in astratto"), o dalla stessa amministrazione (che abbia integralmente consumato la propria discrezionalità attraverso le scelte procedimentali, sicché il provvedimento risulta "vincolato in concreto"), non perché la sua soluzione sia in effetti offerta dalla decisione giudiziale (tutto questo – si intende – pur nella piena consapevolezza della natura intrinsecamente ed inevitabilmente "creativa" della enucleazione della c.d. "norma casuale" da parte del giudice").

Sul piano generale v. G. Verde, *Considerazioni inattuali su giudicato e poteri del giudice*, cit., 15 s., dove si osserva che il comando del giudice che adotta una sentenza condanna "è insito nel precetto che il giudice applica".

[199] Cosi, invece, F. Merusi, *L'ingiustizia amministrativa*, cit., 18.

[200] E dunque anche sotto il profilo del danno erariale, come osserva Cons. Stato, ad. plen. 9 febbraio 2016, n. 2.

[201] A. Romano Tassone, *Poteri del giudice e poteri delle parti*, cit., 475.

[202] V. *supra*, 52 ss.

l'amministrazione ha illegittimamente determinato un assetto di interessi per lui più gravoso (meno favorevole) di quello strettamente necessario per l'esecuzione della condanna e, nei limiti in cui questi abbiano rilevanza ai sensi dell'art. 21-*octies*, l. n. 241/1990, può dedurre vizi procedimentali e formali. Se intende contestare l'atto nella parte in cui costituisce esecuzione della condanna dovrà proporre, contestualmente all'azione di annullamento, l'opposizione di terzo nei riguardi della sentenza eseguita[203]. Non potrà però muovere alcuna contestazione avverso il provvedimento qualora sia stato parte del giudizio in cui si è formata la decisione di condanna, perché in questo caso l'opposizione di terzo gli è preclusa trattandosi di un mezzo di impugnazione straordinaria riservato al controinteressato pretermesso[204].

Sezione III. Inesauribilità del potere e inerzia amministrativa

1. *Impostazione del problema*

Una volta sostenuto che il potere amministrativo ordinariamente si consuma con il suo esercizio, si può passare ad impostare in prospettiva ricostruttiva l'altra parte del problema oggetto di questo studio: domandandosi se sia corretto ritenere che il potere è inesauribile nel senso che l'amministrazione ha facoltà di esercitarlo in ogni tempo.

Questa tesi si fonda su due affermazioni collegate, già esposte nel primo capitolo: che vi sono poteri amministrativi non sottoposti a termine; che, se previsto, il termine ha carattere ordinatorio e dunque l'amministrazione può adottare un atto tardivo legittimo.

In sede critica è subito da osservare il carattere assolutamente approssimativo della prima affermazione: dire che taluni poteri sono inesauribili in quanto non sottoposti a termine (l'esempio paradigmatico sarebbe quello dei poteri che si inscrivono nella funzione di vigilanza[205]) significa non tenere in sufficiente considerazione che tutti i poteri amministrativi si esercitano attraverso procedimenti (d'ufficio o a istanza di parte) predeterminati dal legislatore[206], i quali una volta avviati devono concludersi (con l'adozio-

[203] D. Corletto, *La tutela dell'interesse al provvedimento e i terzi*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 139 ss.; Id., *Opposizione di terzo nel diritto processuale amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIV, Torino, 1999, 577; A. Carbone, *L'azione di adempimento*, cit., 274 s.

[204] W. Troise Mangoni, *L'opposizione ordinaria del terzo nel processo amministrativo*, Milano, 2004, 190.

[205] V. cap. I, par. 3, *supra*.

[206] Dopo l'introduzione della legge generale sul procedimento amministrativo non

ne del provvedimento espresso o con l'accordo sostitutivo) entro un termine individuato secondo i meccanismi previsti dall'art. 2 della legge n. 241/1990[207] o dalle leggi di settore[208]; termine che, ai sensi l'art. 29, comma

sembra più possibile distinguere tra procedimenti necessari, predeterminati dall'ordinamento giuridico, e procedimenti non necessari, deliberatamente determinati dall'autorità amministrativa, su cui A.M. Sandulli, *Il procedimento amministrativo*, cit., 89-94, il quale accetta la distinzione ma precisa che quando l'ordinamento rimette all'amministrazione la scelta se e come procedimentalizzare una propria attività, questa scelta, una volta compiuta dalla pubblica amministrazione, diviene giuridicamente rilevante e "viene a esplicare direttamente la sua ripercussione sulla fattispecie in funzione della quale il procedimento si svolge".

[207] Come noto, l'art. 2 stabilisce un termine residuale di 30 giorni per la conclusione dei procedimenti (comma 2) che opera se la pubblica amministrazione non si avvale della facoltà, prevista dallo stesso articolo, di individuare in autonomia il termine di conclusione del procedimento. Termine che, in ogni caso, non può essere superiore a 90 giorni o, per i procedimenti di particolare complessità, a 180 giorni (commi 3 e 4). Maggiore libertà d'azione è riconosciuta alle autorità di garanzia e vigilanza, che possono stabilire il termine "in conformità ai propri ordinamenti" senza sottostare al vincolo legale di un termine massimo (comma 5).

[208] La materia più rilevante nella quale la legge non stabilisce un termine per la conclusione del procedimento, in cui è pertanto giustificato ricorrere all'art. 2, l. n. 241/1990, in funzione integrativa, è, con ogni probabilità, quella delle sanzioni amministrative pecuniarie. Come visto nel primo capitolo, infatti, l'art. 18, l. n. 689/1981, non indica un termine entro il quale deve intervenire l'ordinanza-ingiunzione che conclude il procedimento; una parte della giurisprudenza, sulla scorta dell'art. 28, l. n. 689/1981, ritiene che il potere sanzionatorio debba essere esercitato entro il termine prescrizionale di cinque anni, mentre altra parte della giurisprudenza ritiene che la prescrizione riguarda soltanto il diritto dell'amministrazione di riscuotere le somme oggetto di condanna.

Osserva S. Cimini, *Il potere sanzionatorio*, cit., 369 ss. che l'assenza di un termine per l'emissione della sanzione, se non quello prescrizionale, desta molte perplessità sotto il profilo dell'irragionevolezza e della violazione del principio di imparzialità, anche comparando il procedimento sanzionatorio agli altri procedimenti amministrativi. L'assenza di un termine legale, inoltre, si pone in contrasto con la normativa convenzionale (Cedu) sull'equo processo e con il diritto ad una buona amministrazione sancito dall'art. 41 della Carta europea dei diritti fondamentali.

Per rimediare alla oggettiva lacuna disciplinare, l'A. propone di interpretare l'art. 2, comma 5, l. n. 241/1990 (il quale impone alle autorità di garanzia e di vigilanza di prevedere – determinandoli in autonomia – i termini di conclusione dei propri procedimenti, inclusi quelli sanzionatori) nel senso che vi è un "obbligo per tutte le Amministrazioni pubbliche che irrogano sanzioni di stabilire un termine di conclusione dei procedimenti sanzionatori di rispettiva competenza, quando ovviamente tale termine non sia stato già fissato per legge […] con la conseguenza che, se manca una determinazione del termine procedimentale con regolamento, il termine sarà quello residuale di trenta giorni fissato dalla predetta disposizione [art. 2, comma 2, l. n. 241/1990], pur essendo questo un termine […] eccessivamente breve se riferito ad un procedimento complesso e scandito in fasi come quello sanzionatorio".

Altra materia in cui si rende necessario integrare la disciplina speciale con la l. n.

2-*bis*, l. n. 241/1990, attiene ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale[209].

Se la presenza di un termine (quale ne sia la corretta qualificazione) è un dato comune a tutti i poteri amministrativi[210], non esiste un potere amministrativo del quale si possa predicare l'inesauribilità in ragione della assoluta mancanza di un termine per il suo esercizio. Correlativamente, l'intera tematica del rapporto tra inerzia amministrativa ed (eventuale) inesauribilità del potere viene a risolversi nello studio dell'incidenza del termine (*rectius*, dei termini) sul potere amministrativo e, più esattamente, sulla validità delle sue espressioni. In altre parole, escluso che il potere sia inesauribile in quanto non soggetto a termine, il problema diventa quello di verificare se l'inosservanza del termine esaurisce il potere.

L'interpretazione del termine, a sua volta, non può valersi del postulato dell'inesauribilità del potere poiché questa non è un carattere intrinseco del potere amministrativo, bensì una nota che esso può o meno possedere a seconda della disciplina degli atti che ne sono espressione. Occorre allora prendere le distanze dal procedimento logico, assai diffuso soprattutto in giurisprudenza, che desume l'ordinarietà del termine dall'inesauribilità del potere e porsi alla ricerca della corretta interpretazione del termine stesso in chiave sistematica onde stabilire se, ed entro quali limiti, l'inerzia dell'amministrazione esaurisce o meno il potere della stessa.

Prima di avviare l'indagine in questa direzione è interessante rilevare come la tendenza della dottrina tradizionale (salvo qualche rara eccezione[211]) a negare ogni profilo di incidenza del decorso del termine sulla con-

241/1990 anche al fine di assicurare la certezza dei tempi è quella dei procedimenti di controllo sulle autocertificazioni previsti dal d.P.R. 445/2000: v. L. Donato, *Le autocertificazioni*, cit., 145 ss.

[209] Trattandosi di materia di legislazione esclusiva dello Stato ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera *m*), della Costituzione. Cfr. M. Immordino, *Tempo ed efficienza nella decisione amministrativa*, cit., 72, la quale dal riferimento contenuto nell'art. 29 ai "diritti civili" ricava che la situazione protetta dall'art. 2, l. n. 241, avente ad oggetto la tempestività dell'azione amministrativa, ha la consistenza di un diritto soggettivo cui è frontistante un vero e proprio obbligo alla cui stregua l'inerzia dell'amministrazione è qualificabile in termini di adempimento. Osserva M. Sica, *Il rito del silenzio inadempimento: limiti e proposte*, in *Giur. it.*, 2017, 994, che l'attinenza della tematica del termine procedimentale ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali non dovrebbe consentire atteggiamenti di tolleranza nei confronti dell'inerzia dell'amministrazione.

[210] D. Vese, *Termine del procedimento e analisi economica*, cit., 787 s.

[211] Su cui v. M. Clarich, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, cit., 63 ss., il quale richiama in particolare lo studio di F. Cammeo, *La prescrizione nel diritto amministrativo*,

sistenza del potere amministrativo e sulla validità delle sue espressioni[212]

in *Giur. it.*, 1922, IV, 1 ss. 23, osservando che "La ricostruzione di Cammeo, pur risentendo di imprecisioni terminologiche (vengono qualificati come diritti quelli che con termine moderno andrebbero probabilmente chiamati poteri), sembra testimoniare una nuova sensibilità nei confronti della rilevanza del fattore tempo rispetto all'esercizio di diritti e poteri dell'amministrazione. Sembrerebbe cioè farsi strada l'idea che l'inerzia dell'amministrazione (dovuta o non dovuta a negligenza) protrattasi oltre un termine (non rileva, da questo specifico punto di vista, se di prescrizione o di decadenza) possa ritorcersi anche in danno all'amministrazione, e questo a tutela del privato nella cui sfera giuridica ricadono gli effetti dell'attività dell'amministrazione" (65). R. Montagna, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, in *Il Consiglio di Stato. Studi in occasione del centenario*, Roma, 1932, II, 392 s., riprende la intuizione di Cammeo e sostiene che la decadenza interviene in "tutti i casi in cui la legge o la volontà delle parti od eccezionalmente la sentenza stabiliscono un termine perentorio entro il quale un atto deve essere compiuto od un'azione giudiziaria sperimentata"; trascorso il termine "rimane interdetto all'interessato di compiere l'atto o di sperimentare l'azione". Nel diritto amministrativo, secondo Montagna, si ha decadenza, per esempio, con riferimento al termine per il visto di legittimità delle deliberazioni e dei contratti comunali, per il licenziamento degli impiegati assunti in prova, per il giudizio di stima nei procedimenti fiscali. Stabilire se un determinata fattispecie debba essere qualificata come decadenziale o come silenzio è una questione di interpretazione che va risolta analizzando volta per volta i fini della legge.

[212] La dottrina tradizionale si è occupata del termine come elemento accidentale dell'atto amministrativo, incidente sulla sua efficacia nel tempo (termine iniziale e termine finale): sul termine come coelemento accidentale del provvedimento v. M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, I, cit., 555. Si tratta ovviamente di un profilo diverso da quello in esame in quanto presuppone l'avvenuto esercizio del potere, come osserva anche M. Clarich, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, cit., 68.

Il relativo disinteresse nei riguardi del termine per l'esercizio del potere è inversamente proporzionale all'attenzione che da sempre la dottrina e la giurisprudenza hanno riservato al tema contiguo del silenzio della pubblica amministrazione. Ciò tuttavia non deve apparire paradossale, in quanto il dibattito sul silenzio coglie nei suoi tratti essenziali un profilo diverso dell'inerzia amministrativa: non riguarda tanto l'inerzia come mero fatto di diritto sostanziale, che pure ne è il presupposto necessario, bensì il significato da attribuirvi (atto tacito, comportamento o inadempimento) al fine di garantire al privato l'accesso alla tutela giurisdizionale in un sistema complessivamente disegnato per sindacare l'esercizio positivo del potere: il formarsi del silenzio è "l'effetto di una norma che si concretizza in modo automatico (e cioè svincolato dalla volontà della pubblica Amministrazione) ove si realizzino i presupposti di fatto (inerzia in presenza di obbligo, qualificato dalla diffida) che lo condizionano": F.G. Scoca, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, cit., 26.

Rispetto al motivo fondamentale del dibattito sul silenzio, che è appunto quello del significato da attribuire all'inerzia per consentire la tutela, l'esistenza o meno di un termine legale per provvedere non ha mai assunto un peso decisivo, avendo al più inciso sulla necessità o meno di proporre la diffida per la formazione del silenzio impugnabile, come osserva M. Clarich, *Termine del procedimento*, cit., 58, 63, citando la posizione di O. Ranelletti e A. Amorth, secondo cui "non possiamo ritenere come principio generale che il silenzio dell'autorità, in qualunque condizione mantenuto, e anche quando essa abbia l'obbligo per

fosse dovuta all'assenza di una disposizione di carattere generale che stabilisse un termine per la conclusione del procedimento amministrativo e per l'adozione dell'atto: questo elemento induceva infatti a considerare la decisione sul tempo del provvedere come una manifestazione della discrezionalità amministrativa (discrezionalità nel *quando*)[213].

Il quadro normativo con cui oggi si confronta l'interprete è radicalmente mutato. Dopo l'introduzione dell'art. 2, l. n. 241/1990, infatti, il legislatore ha dedicato una attenzione sempre crescente alla tempestività e alla certezza dei tempi dell'azione amministrativa[214], affiancando al tradizionale rimedio processuale del silenzio-rifiuto (oggi silenzio-inadempimento, disciplinato dagli artt. 31 e 117 c.p.a.) nuove forme di tutela (dell'interesse privato e dell'interesse pubblico) nei confronti dell'inerzia dell'amministrazione[215]: la risarcibilità del c.d. danno da ritardo[216] e la previsione dell'indenniz-

legge di dichiarare la propria volontà entro un termine prestabilito, possa essere interpretato come dichiarazione di consenso". Cfr. altresì M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, II, cit., 920, il quale osserva che il problema della durata del procedimento si identifica con quello del silenzio procedimentale, nel senso che la questione essenziale "non è quella di fissare dei termini per l'adozione dei diversi atti del procedimento o per l'esaurimento del procedimento, ma è piuttosto quella di stabilire che cosa accade se la durata fissata viene superata".

[213] Cfr. A. Angiuli, *Studi sulla discrezionalità amministrativa nel quando*, Bari, 1988, 27, dove si metteva in rilievo che le valutazioni dell'amministrazione in relazione al *quando* hanno carattere intimamente discrezionale, non presentano cioè differenze di sorta dai giudizi relativi all'*an* dell'azione amministrativa, in quanto consistono in una "rilevazione, valutazione e comparazione di interessi per pervenire alla scelta che si appalesi più idonea alla realizzazione dell'interesse pubblico consegnato nella norma e specificato in concreto attraverso questo procedimento". Cfr. altresì M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1970, 192.

[214] M. Clarich, *Termine del procedimento*, cit., 123 ss.; F. Merusi, *Sentieri interrotti della legalità*, cit., 44 ss.; A. Police, *Doverosità dell'azione amministrativa*, cit., 23; A. Colavecchio, *L'obbligo di provvedere tempestivamente*, Torino, 2013, 212 s., 216, *passim*, il quale insiste sul fondamento costituzionale dell'obbligo di provvedere entro il termine, così come G. Mari, *L'obbligo di provvedere e i rimedi preventivi e successivi alla relativa violazione*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2015, 107 ss.; M. Immordino, *Svolgimento nel tempo del potere amministrativo tra certezza e incertezza*, in *L'incertezza delle regole. Atti del convegno annuale AIPDA*, Napoli 3-4 ottobre 2014, Napoli, 2015, 99; A. Sandulli, *Il procedimento amministrativo*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, II, Milano, 2003; F. Goggiamani, *La doverosità*, cit., 106 ss., *passim*.; S. Tuccillo, *Contributo*, cit., 73, dove si osserva che la tempestività nel rilascio del provvedimento può talora collidere con la doverosità della funzione; S.S. Scoca, *Il termine come garanzia del procedimento amministrativo*, in *Giust. amm.*, 2005, III, 704 ss.

[215] Sul punto M. Ramajoli, *Forme e limiti della tutela giurisdizionale contro il silenzio inadempimento*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 711 ss.; G. Napolitano, *Diritto amministrativo e processo economico*, in *Dir. amm.*, 2014, 709 ss.

[216] Ai sensi dell'art. 2-*bis*, comma 1, l. n. 241/1990, l'amministrazione è tenuta al risar-

zo in assenza dei presupposti della responsabilità civile[217], la responsabilità

cimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento.

Come da ultimo osserva A. Scognamiglio, *Rito speciale per l'accertamento del silenzio e possibili contenuti della sentenza di condanna*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 453 s., la giurisprudenza prevalente (sulla scia di Cons. Stato, ad. plen., 15 settembre 2005, n. 7, in *Urb. e app.*, con nota di M. Clarich - G. Fonderico, *La risarcibilità del danno da mero ritardo dell'azione amministrativa*) interpreta la norma nel senso che il privato ha diritto al risarcimento del danno da ritardo soltanto in caso di mancata o ritardata emanazione del provvedimento favorevole, in quanto ciò che viene risarcito è il mancato o ritardato soddisfacimento dell'interesse finale e non il bene-tempo in sé considerato. Prova ne sia che, secondo la giurisprudenza prevalente, non ha diritto al risarcimento il destinatario di un provvedimento sfavorevole tardivo. Sulla non risarcibilità del danno da mero ritardo da ultimo Cons. Stato, sez. IV, 6 aprile 2016, n. 1371. Per il quadro della giurisprudenza cfr. G. Mari, *La responsabilità della p.a. per danno da ritardo*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 338 ss.; E.A. Taraschi, *Il valore del "tempo" nel risarcimento del danno*, in *www.giustamm.it*, n. 7/2017.

La dottrina è invece prevalentemente schierata per la risarcibilità del danno da mero ritardo, sulla base della distinzione tra obbligo formale di concludere il procedimento entro il termine, cui si collega la risarcibilità del danno da ritardo, e dovere sostanziale di adottare il provvedimento richiesto ricorrendone i presupposti (su cui S. Battini, *La disciplina del termine e del responsabile del procedimento*, in *La legge sul procedimento amministrativo e le Università*, Atti del seminario di studio sulla legge 7 agosto 1990, n. 241, organizzato dal convegno permanente dei dirigenti amministrativi delle Università italiane, Roma, 26-27 gennaio 1993, 33); M. Clarich, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, cit., 159 ss.; E. Follieri, *La penalità di mora nell'azione amministrativa*, in *Resp. civ. e prev.*, 2013, 1783 s.; F. Cortese, *Il danno da ritardo nel risarcimento degli interessi legittimi*, nota a Cons. Stato, sez. IV, 7 marzo 2013, n. 1406, in *Giur. it.*, 2013, 1931; G. Napolitano, *Diritto amministrativo e processo economico*, cit., 712; da ultimo in questo senso N. Posteraro, *Riflessioni a proposito del rito avverso il silenzio-inadempimento*, in *Foro amm.*, 2017, 807 s., il quale ritiene che l'interesse del privato alla tempestiva conclusione del procedimento sia diverso da quello all'ottenimento del bene della vita; D. Vese, *Termine del procedimento e analisi economica*, cit., 817, 821, secondo il quale l'art. 2-*bis*, comma 1, l. n. 241/1990, stabilendo che "l'amministrazione è tenuta al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento" avrebbe posto fine al dibattito prendendo decisa posizione a favore della risarcibilità del danno da mero ritardo. Di danno da incertezza, diverso concettualmente dal danno da mero ritardo ma comunque risarcibile a prescindere dalla spettanza del bene, parla F. Trimarchi Banfi, *La responsabilità civile per l'esercizio della funzione amministrativa. Questioni attuali*, Torino, 2009, 50 ss.

[217] Se non sussistono i presupposti del risarcimento – e sempre che non operi il silenzio qualificato e si verta nella materia dei concorsi pubblici – colui che ha presentato l'istanza ha comunque diritto ad ottenere un indennizzo per il mero ritardo nell'adozione del provvedimento (art. 2-*bis*, comma 2, l. n. 241/1990).

E. Follieri, *La penalità di mora*, cit., 1786 ss., chiarisce che non si tratta propriamente di un indennizzo in quanto l'attività dell'amministrazione che viola il termine è illecita, mentre l'indennizzo è una misura di compensazione prevista a fronte di attività conforme alle norme (si pensi all'indennizzo previsto per l'espropriazione). Quella stabilita dall'art. 2, l. n.

dirigenziale[218], i poteri sostitutivi[219]. È così maturata in dottrina, al di là

241/1990, è allora una sanzione civile indiretta ascrivibile alla categoria delle penalità di mora con funzione coercitiva.

[218] L'art. 2, comma 9, l. n. 241/1990, stabilisce che la mancata o tardiva emanazione del provvedimento nei termini costituisce elemento di valutazione della *performance* individuale e di responsabilità disciplinare e amministrativo-contabile del dirigente e del funzionario inadempiente.

[219] L'inutile decorso del termine di conclusione del procedimento consente al soggetto interessato di chiedere l'esercizio dei poteri sostitutivi da parte del soggetto responsabile appositamente individuato all'interno della amministrazione o, in mancanza, da parte del dirigente generale o del funzionario di più elevato livello presente nella amministrazione (art. 2, commi 9-*bis* e 9-*ter*, introdotti dall'art. 1 del decreto legge 9 febbraio 2012, n. 5). Il responsabile del potere sostitutivo, entro un termine pari alla metà di quello originariamente previsto per la conclusione del procedimento, lo dovrà concludere attraverso le strutture competenti o con la nomina di un commissario (così il comma 9-*ter* del citato art. 2).

La previsione del potere sostitutivo nel testo dell'art. 2, l. n. 241/1990, costituisce, come osservato da M. Clarich, *La certezza del termine del procedimento amministrativo: un traguardo in vista o una chimera?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 695, "poco più che una specificazione" del potere che spetta comunque ai dirigenti generali in base all'art. 16, comma 1, lett. e) del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, che prevede appunto il potere di questi di dirigere, coordinare e controllare l'attività dei responsabili dei procedimenti "anche con potere sostitutivo in caso di inerzia".

Come giustamente notato da A. Police, *Dai silenzi significativi ai poteri sostitutivi. Una nuova dimensione per il dovere di provvedere della P. A.*, cit., "il meccanismo sostitutivo che opera all'interno dell'Amministrazione *dormiente*, non può qualificarsi come controllo sostitutivo in senso proprio mancando una sostituzione fra enti e limitandosi la norma a prevedere una mera sostituzione fra uffici o addirittura fra titolari della responsabilità procedimentale all'interno del medesimo ufficio". L'A. osserva che, proprio per il suo carattere "interno" all'amministrazione inerte, il potere sostitutivo introdotto nel 2012 ha dimostrato scarsa efficacia: affinché i poteri sostitutivi siano in concreto esercitati, infatti, è necessaria un'alterità fra l'ente restato inerte ed il soggetto chiamato a sostituirsi ad esso. Rilievi critici anche in M. Ramajoli, *Forme e limiti della tutela giurisdizionale contro il silenzio inadempimento*, cit., 714-716; A. Colavecchio, *L'obbligo di provvedere*, cit., 207 ss.; da ultimo A. Scognamiglio, *Rito speciale per l'accertamento del silenzio*, cit., 451.

Un vero e proprio potere sostitutivo, caratterizzato dalla alterità fra l'ente restato inerte ed il soggetto chiamato a sostituirsi ad esso, è invece quello previsto dall'art. 4, l. n. 124/2015, in caso di inerzia dell'amministrazione nei procedimenti volti ad ottenere atti ampliativi relativi a rilevanti insediamenti produttivi, a opere di interesse generale o all'avvio di attività imprenditoriali suscettibili di avere effetti positivi sull'economia o sull'occupazione. Tali atti sono individuati annualmente con decreto del presidente del Consiglio dei ministri su indicazione degli enti locali o della presidenza del Consiglio dei ministri su proposta degli interessati, sulla base della procedura per l'identificazione degli interventi analiticamente descritta dall'art. 2, d. P. R. 12 settembre 2016, n. 194, in attuazione dell'art. 4 cit.

Il potere sostitutivo è attribuito al Presidente del Consiglio dei ministri (art. 4, comma 1, lett. d), l. n. 124/2015; art. 4, d. P. R. 12 settembre 2016, n. 194), il quale "previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, può delegare a diverso soggetto il potere sostitutivo fissan-

della reale efficacia delle misure introdotte per contrastare l'inerzia dell'amministrazione, la convinzione diffusa che il tempo possiede un valore giuridico autonomo nei procedimenti amministrativi[220], valore che si traduce nel riconoscimento al privato di una situazione giuridica attiva, poco qui importa se sia qualificabile come diritto soggettivo[221], interesse legittimo[222], o interesse procedimentale[223], avente ad oggetto la certezza dei tempi dell'azione amministrativa.

do un nuovo termine per la conclusione del procedimento, comunque di durata non superiore a quello originariamente previsto" (art. 4, comma 2, d. P. R. n. 194/2016). Si stabilisce inoltre che "nei casi in cui l'intervento coinvolga esclusivamente, o in misura prevalente, il territorio di una regione o di un comune o città metropolitana, e non sussista un preminente interesse nazionale alla realizzazione dell'opera, il Presidente del Consiglio delega di regola all'esercizio del potere sostitutivo il Presidente della Regione o il Sindaco" (art. 5).

Sui poteri sostitutivi introdotti dalla l. n. 124/2015 v. A. Police, *Dai silenzi significativi ai poteri sostitutivi*, cit., 37 ss., 41, il quale, pur manifestando riserve sulla opportunità di limitare l'impiego dei nuovi poteri sostitutivi all'interno dei procedimenti individuati con atto amministrativo, osserva che "questa riforma dà corpo a quel principio di sussidiarietà anche ascendente che è inevitabilmente necessario se si vogliono favorire forme di accelerazione della decisione senza rinunciare all'esercizio del potere, con conseguente assunzione della responsabilità del pubblico potere: responsabilità in termini politici (e quindi anche legittimazione democratica del processo decisionale) e responsabilità in termini giuridici". Cfr. altresì B.G. Mattarella., *Il contesto e gli obiettivi della riforma. La riforma della pubblica Amministrazione* (legge 7 agosto 2015, n. 124), in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 621 ss.

[220] Cfr. G. Napolitano, *Diritto amministrativo e processo economico*, cit., 709 s., il quale osserva che il legislatore degli ultimi anni si è finalmente reso conto della necessità di individuare un "prezzo" per la violazione delle prescrizioni sul tempo dell'azione amministrativa; D. Vaiano, *Il principio di tempestività dell'azione amministrativa*, in M. Renna - F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, cit., 477 ss.; M. Immordino, *Tempo ed efficienza nella decisione amministrativa*, cit., 68 ss.; A. Police, *Doverosità dell'azione amministrativa*, cit., 26.

[221] In questo senso M. Renna, *Art. 2 bis*, in A. Bartolini - S. Fantini - G. Ferrari (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa e delle responsabilità*, Roma, 2010, 135 s., secondo cui la previsione del risarcimento del danno da ritardo consolida la possibilità di concepire la pretesa all'osservanza del termine per la conclusione del procedimento quale vero e proprio diritto soggettivo; M. Immordino, *Tempo ed efficienza nella decisione amministrativa*, cit., 72. Da ultimo anche F.G. Scoca, *L'interesse legittimo*, cit., 238 ss., convinto sostenitore della tesi che intende le garanzie del procedimento come facoltà dell'interesse legittimo, ritiene possibile riconoscere natura di diritto soggettivo alla situazione giuridica che concerne l'adozione del provvedimento finale entro il termine, in quanto autonomamente tutelata tramite il risarcimento del danno e il rito avverso il silenzio.

[222] M. Occhiena, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, 2002, 390 s. Il dibattito sulla qualificazione dell'interesse quale diritto soggettivo o interesse legittimo è da ultimo ripercorso da S. Vernile, *Il provvedimento in forma semplificata*, cit., 93 ss., che propende per la seconda soluzione.

[223] A. Fabri, *Le situazioni giuridiche soggettive a fronte dell'inerzia della pubblica amministra-*

Appare dunque sorprendente che questa rinnovata sensibilità nei riguardi del profilo temporale dell'azione amministrativa non abbia dato luogo, quantomeno nella opinione maggioritaria, a un ripensamento circa l'incidenza del decorso del termine per provvedere sul potere amministrativo[224].

2. *Inadeguatezza della distinzione tra termini ordinatori e termini perentori*

Come si è visto diffusamente nel primo capitolo, la questione della incidenza del decorso del termine sul potere amministrativo viene ancor oggi affrontata dalla giurisprudenza dominante, con il tacito assenso della dottrina, sulla base del postulato che i termini previsti per la conclusione del procedimento o comunque per l'adozione del provvedimento sono ordinatori e dunque il loro inutile decorso non incide sulla consistenza del potere amministrativo e sulla legittimità del provvedimento tardivo[225].

Soltanto se la legge qualifica espressamente il termine come perentorio, l'amministrazione che non rispetta la scadenza decade dal potere di provvedere. Secondo un orientamento minoritario, la perentorietà del termine può anche essere desunta in via interpretativa dal contesto normativo in cui la previsione si colloca.

zione, nella disciplina sostanziale, in *Dir. e proc. amm.*, 2007, 142 s., sulla scorta della concezione degli interessi procedimentali di E. Follieri, *La pianificazione territoriale e le situazioni giuridiche soggettive*, in *Riv. giur. urb.*, 2000, 543 ss.

[224] Benché una parte della dottrina ne avverta la necessità: a vario titolo M. Clarich, *Termine del procedimento*, cit., *passim*; F. Goisis, *La violazione dei termini previsti dall'art 2 l. n. 241 del 1990: conseguenze sul provvedimento tardivo e funzione del giudizio ex art. 21-bis l. tar*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 571 ss.; B. Tonoletti, *Silenzio della pubblica amministrazione*, cit., 158, 169-172; M. Ramajoli, *Forme e limiti della tutela giurisdizionale contro il silenzio inadempimento*, cit., 713 ss.; B. Sassani, *Silenzio ed esecuzione della sentenza nella riforma del processo amministrativo*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 412, che parla di "singolare prova di cautela data dalla giurisprudenza nell'affrontare il rapporto tra scadenza del termine e conservazione/esercitabilità del potere"; D. Vese, *Termine del procedimento e analisi economica*, cit., 783 ss.

[225] È questo, tra l'altro, il caso del termine generale per la conclusione del procedimento previsto dall'art. 2, l. n. 241/1990, non a caso considerato ordinatorio dalla giurisprudenza assolutamente prevalente. Usando il lessico di M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, II, cit., 921, si tratterebbe piuttosto di un termine comminatorio, "in cui il superare del tempo fissato non impedisce l'esercizio della situazione soggettiva, ma comporta o può comportare una sanzione a carico di chi ha superato il termine". Nella sistematica dell'A. i termini sono ordinatori quando "il tempo fissato dalla norma ha valore indicativo: è regola di buona amministrazione se fissato per l'autorità, è prorogato dalla stessa autorità se è fissato per le altre parti del procedimento". Infine, è perentorio il termine "in cui il decorso del tempo è fatto impeditivo dell'esercizio della situazione soggettiva (ma qualche volta estintivo), e se questa è esercitata, o è *inutiliter* data o rende l'atto viziato".

Non sempre, peraltro, le affermazioni di principio trovano riscontro nelle concrete soluzioni giurisprudenziali: talora viene negata l'incidenza sul potere di termini che la legge definisce perentori; altre volte si attribuisce un effetto decadenziale o comunque preclusivo al decorso di termini che non sono qualificati perentori e che quindi secondo la regola generale dovrebbero essere ordinatori.

La dottrina che ha approfondito la tematica del termine di conclusione del procedimento alla luce della riflessione civilistica e processual-civilistica ha persuasivamente rilevato l'improprietà dell'approccio dominante che qualifica i termini previsti dalla legislazione amministrativa sulla base della distinzione tra termini ordinatori e termini perentori e da ciò desume la decadenza o meno dell'amministrazione dal potere di provvedere in caso di inerzia perdurante oltre la scadenza del termine[226].

L'osservazione di fondo è che "la nozione di termine non è univoca né unitaria e richiede di volta in volta, a seconda del settore del diritto, una serie di distinzioni che spesso sono più il frutto di una elaborazione dottrinale che di indicazioni poste dal legislatore"[227].

In particolare, la distinzione tra termini perentori e ordinatori, posta dall'art. 152, comma 2, cod. proc. civ. ("i termini stabiliti dalla legge sono ordinatori, tranne che la legge stessa li dichiari perentori") per il compimento degli atti nel processo civile non possiede quel valore paradigmatico o generale che potrebbe consentirne una piana applicazione in tutti i rami dell'ordinamento.

Essa trova la sua ragion d'essere nel ruolo che i termini possiedono nel processo civile, che è quello di scandire sotto l'aspetto temporale lo svolgimento della funzione[228]. In questa ottica si può immaginare una "graduazione tra termini ordinatori e perentori: i primi hanno lo scopo di «regolare le attività processuali secondo le necessità del normale andamento del processo»; i secondi, che non riguardano mai l'attività e gli atti del giudice, servono a imprimere al processo un ritmo più serrato in vista della sua conclusione naturale o della sua estinzione anche in presenza dell'inattività (voluta o dovuta a negligenza) delle parti"[229].

La stessa distinzione non è impiegata nei rapporti di diritto privato sostanziale, dove è diversa la funzione del termine. Nell'ambito della disciplina generale del contratto, il termine è un elemento accidentale di cui le

[226] M. Clarich, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, cit., 20 ss., *passim*.
[227] M. Clarich, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, cit., 25.
[228] M. Clarich, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, cit., 49.
[229] M. Clarich, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, cit., 50.

parti si servono per limitare nel tempo gli effetti giuridici della pattuizione; nella fase esecutiva il termine può essere previsto dalle parti in relazione "alle attività ed agli atti di svolgimento e di attuazione delle situazioni giuridiche soggettive" sorte per effetto del contratto[230]; l'esercizio delle situazioni giuridiche soggettive è generalmente sottoposto a termini prescrizionali, la cui funzione è di adeguare lo stato di diritto a uno stato di fatto costituito dall'inerzia del titolare del diritto, oppure a termini decadenziali, che delimitano nel tempo l'influenza di un soggetto sulla sfera giuridica di un altro (decadenza). In nessuno di questi ambiti vi è spazio per termini di tipo ordinatorio, intesi come i termini il cui decorso non comporta effetti estintivi delle situazioni giuridiche soggettive ovvero impeditivi del loro esercizio[231].

Il confronto col diritto privato conferma che la distinzione tra termini ordinatori e perentori è tipica del processo e non ha portata generale. Tenuto presente ciò, sarebbe corretto interpretare i termini previsti dalla legislazione amministrativa secondo lo schema perentorio-ordinatorio soltanto qualora si fosse previamente dimostrata l'omogeneità di questi termini a quelli previsti per il compimento di atti processuali.

Quanto al termine di conclusione del procedimento previsto dall'art. 2 l. n. 241/1990, la sua assimilazione ai termini per il compimento degli atti processuali potrebbe essere argomentata in ragione delle analogie che da sempre la riflessione scientifica individua tra il procedimento amministrativo e il processo giurisdizionale[232].

[230] V.M. Trimarchi, *Termine (diritto civile)*, in *Nov. Dig. it.*, *ad vocem*, 108.

[231] M. Clarich, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, cit., 49.

[232] Gli studi che hanno aperto questa prospettiva di riflessione in Italia sono F. Benvenuti, *Funzione amministrativa*, cit., 118 ss., dove però la distinzione tra procedimento e processo è comunque netta in quanto l'amministrazione persegue un proprio interesse mentre il giudice no; G. Pastori, *La procedura amministrativa*, Vicenza, 1964; G. Berti, *Procedimento, procedura, partecipazione*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975, 779 ss.; M. Nigro, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, 254 ss. Più di recente A. Scognamiglio, *Il diritto di difesa nel procedimento amministrativo*, cit., 51 ss.; L. De Lucia, *Provvedimento amministrativo e diritti dei terzi. Saggio sul diritto amministrativo multipolare*, Torino, 2005, 239, *passim;* A. Tigano, *Brevi considerazioni sul rapporto procedimento-processo in tema di silenzio inadempimento*, cit., 2413 ss. La dottrina sul tema è ripercorsa da M. Monteduro, *Sul processo come schema di interpretazione del procedimento*, cit., 105 ss., cui si rinvia per gli opportuni riferimenti bibliografici. Un deciso accostamento del procedimento al processo è oggi prospettato da L.R. Perfetti, *Funzione e còmpito*, cit., 66 ss., 4, secondo cui si tratta in entrambi i casi di procedure di garanzia, funzionali al godimento quanto più possibile pieno ed eguale delle posizioni soggettive della persona.

Tuttavia, benché tale impostazione appaia proficua per la soluzione di taluni problemi attinenti alla disciplina del procedimento[233], rimane comunque fermo che il provvedimento (o l'accordo sostitutivo) è espressione di un potere giuridico sostanziale, incidente sulle sfere giuridiche dei privati e della pubblica amministrazione, e che il procedimento è la sequenza che l'amministrazione deve porre in essere per adottare il provvedimento (o l'accordo)[234].

Inoltre la disciplina sull'azione amministrativa serve a delimitare il potere rispetto alle situazioni giuridiche dei privati, oppure, secondo altra concezione, a indirizzarne l'esercizio verso il conseguimento del pubblico interesse[235]. Di certo la sua funzione non è quella tutta formale, tipica delle regole processuali, di favorire lo sviluppo ordinato della procedura. Per cui sembra più conforme al sistema ritenere che il termine previsto dall'art. 2 attiene – per il momento si usa volutamente una espressione generica – ad una vicenda di diritto sostanziale, e non processuale, benché del processo il procedimento possa talora mutuare alcune forme[236].

[233] Si allude in particolare al tema dell'obbligo di provvedere su domande del privato anche manifestamente infondate, cui è dedicato lo studio di M. Monteduro, *Sul processo come schema di interpretazione del procedimento*, cit., 111 ss., che assimila la posizione di colui che rivolge una istanza all'amministrazione a quella dell'attore nel processo giurisdizionale.

[234] Il che è pienamente riconosciuto anche da M. Monteduro, *Sul processo come schema di interpretazione del procedimento*, cit., 105, laddove rifiuta decisamente la piena equiparazione tra il provvedimento amministrativo e la sentenza e osserva che l'applicazione delle regole del processo al procedimento non può essere integrale. In questo senso, sempre nell'ambito di una concezione generale propensa a valorizzare le analogie tra procedimento e processo, A. Scognamiglio, *Il diritto di difesa nel procedimento amministrativo*, cit., 52 ss. La differenza tra il procedimento, come sede di elaborazione della decisione, e processo, come sede di svolgimento del controllo, è messa in rilievo da E.M. Marenghi, *Giusto procedimento e processualprocedimento*, cit., 988.

[235] Per l'esposizione e la discussione critica di questi due indirizzi sia consentito rinviare a M. Trimarchi, *La validità del provvedimento amministrativo*, cit., 213 ss.

[236] Alla medesima conclusione giunge M. Clarich, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, cit., 51, sulla base dell'osservazione che il procedimento non viene in rilievo soltanto come una sequenza di atti preordinati alla emanazione di un provvedimento, ma anche come forma sensibile della funzione, per cui il termine previsto dall'art. 2 rappresenta non solo il momento entro il quale deve concludersi il procedimento inteso come sequenza di atti, bensì anche "un limite esterno all'esercizio della funzione" che nel procedimento si manifesta e si rende sensibile. In altre parole, secondo l'A., il termine finale del procedimento non è distinguibile sul piano concettuale dal termine per l'esercizio del potere (51). Da un punto di vista funzionale, del resto, "il termine nei procedimenti amministrativi d'ufficio, più che rappresentare un mezzo per disciplinare il cammino del procedimento, si inserisce nella dinamica dei rapporti intersoggettivi tra pubblica amministrazione e cittadino. Ha, come visto, la funzione di tutelare la posizione di quest'ultimo, circoscriven-

Tale conclusione si impone a maggior ragione in relazione ai termini previsti dalla l. n. 241/1990 per l'annullamento d'ufficio dei provvedimenti di autorizzazione e attribuzione di vantaggi economici (art. 21-*nonies*) e per l'esercizio del potere di controllo sulle attività liberalizzate (art. 19): i quali, come molti termini disseminati nella normativa di settore, individuano un momento oltre cui l'amministrazione non può in alcun caso compiere l'atto, a prescindere da quando sia stato avviato il procedimento per la sua adozione. Sono questi termini che non attengono al procedimento, bensì al potere, e di cui è indiscussa la natura sostanziale[237].

La collocazione dei termini previsti per l'adozione degli atti amministrativi sul terreno del diritto sostanziale segnala l'inadeguatezza della recezione acritica nella nostra materia della distinzione processual-civilistica tra termini ordinatori e perentori[238-239]; recezione che a questo punto appare intesa non tanto a favorire l'interpretazione sistematica del diritto positivo, quanto a dimostrare la validità dell'atto tardivo – considerato che sono rare le ipotesi in cui la legge espressamente dispone la perentorietà del termine – e

do entro limiti temporali predeterminati la possibilità da parte della pubblica amministrazione di emanare un provvedimento che incide negativamente nella sfera giuridica di un soggetto che è posto in una posizione di soggezione e che è titolare di un interesse legittimo di tipo oppositivo".

[237] V. *amplius* parr. 5 e 6 di questa sezione.

[238] Così anche F. Goisis, *La violazione dei termini previsti dall'art 2 l. n. 241 del 1990*, cit., 2004, 577. Critico sul richiamo all'art. 152 c.p.c. è anche M. Lipari, *I tempi del procedimento*, cit., 337 ss., il quale nondimeno condivide la tesi giurisprudenziale della legittimità dell'atto tardivo; *contra* C. Talice, *Termine (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, 221, per il quale il termine nel diritto amministrativo "come nel diritto comune, può essere perentorio (se la norma prevede determinati effetti in caso di inosservanza) od ordinatorio (con semplice valore di indicazione)". Così anche P. Virga, *Il provvedimento amministrativo*, Milano, 1972, 191.

La posizione espressa nel testo è contraria all'attuale orientamento dominante della giurisprudenza, ma era stata condivisa da Cons. Stato, 27 luglio 1972, n. 759, in *Cons. Stato*, 1972, I, 1362 ss., dove si legge che "la disposizione dell'art. 152 secondo comma c.p.c. […] inserita come è nel contesto delle norme relative alla disciplina degli atti processuali, trova in tale specifico ordinamento giuridico la sua ragion d'essere e il suo precipuo ambito di applicazione, nel senso che la norma in esame non può esplicare la sua efficacia in un ordinamento diverso da quello indicato, al quale è destinata, senza che ne resti alterata la sua peculiare natura, caratterizzata dalla necessità di assicurare una sollecita attuazione delle attività processuali; pertanto, la detta norma non può trovare applicazione nel caso di atti amministrativi". Analogamente Cass. 25 febbraio 1998, n. 2064, in *Arch. Giur. circ. sin. strad.*, 1998, 879.

[239] Vero che anche nel diritto amministrativo vi sono termini espressamente qualificati dalla legge come perentori, ma si tratta di ipotesi speciali e che non impongono l'assunzione della dicotomia ordinatorio-perentorio come criterio orientativo generale nella materia.

dunque a convalidare, traducendolo in un linguaggio (solo apparentemente) più tecnico e rigoroso, il postulato dell'inesauribilità del potere da cui erroneamente si muove. In questo modo il principio della certezza dei tempi dell'azione amministrativa, che in altri ambiti appare rafforzato, recede davanti al potere amministrativo; e il pregiudizio dell'inesauribilità fa premio sulla disposizione legislativa che stabilisce un termine entro il quale il potere deve essere esercitato[240].

Non si deve peraltro trascurare che, ai sensi dell'art. 153 cod. proc. civ., ciò che caratterizza i termini perentori rispetto a quelli ordinatori è il divieto di abbreviazione e proroga anche in presenza di accordo delle parti[241].

La legge processuale differenzia i due tipi di termine sotto il profilo della prorogabilità o meno, mentre non dice nulla in ordine alle conseguenze del mancato rispetto dei termini medesimi. A fronte della reticenza del legislatore sul punto, la dottrina processul-civilistica si divide sulla questione se il decorso del termine comporti in ogni caso il divieto di compiere l'atto o se ciò valga soltanto per i termini perentori[242].

[240] Osserva criticamente M. Ramajoli, *Forme e limiti della tutela giurisdizionale contro il silenzio inadempimento*, cit., 718, 720, che, in ragione dell'inesauribilità del potere, il procedimento non si conclude definitivamente e finisce per sovrapporsi al processo (si intende: alla tutela giurisdizionale contro il silenzio inadempimento), doppiandolo e rendendolo inutile. Cfr. V. Parisio, *I silenzi della pubblica amministrazione*, cit., 96 s.

[241] Come sottolinea E. Redenti, *Atti processuali (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 105 ss., 139.

[242] Ad esempio, V. Andrioli, *Commento al codice di procedura civile*, I, Napoli, 1961, 409, ritiene nullo l'atto processuale compiuto dopo la scadenza del termine ordinatorio. Si tratterebbe di una nullità relativa che la parte interessata può rilevare nella prima difesa successiva al compimento dell'atto; con esiti analoghi E. Redenti, *Atti processuali*, loc. cit., secondo il quale la scadenza del termine ordinatorio consente alla parte interessata di chiedere al giudice di pronunciare la decadenza dell'altra parte dal potere di compiere l'atto. Cfr. altresì C. Mandrioli, *Diritto processuale civile*, I, Torino, 2003, il quale ritiene che "la decadenza sia connaturata alla stessa nozione dei termini ai quali si riferisce la disciplina degli artt. 152-154"; C.E. Balbi, *La decadenza nel processo di cognizione*, Milano, 1983, 47 s., il quale dilata la sfera di applicazione dell'istituto della decadenza considerando la medesima quale un effetto, rimesso alla discrezionalità del giudice, che riguarda anche i termini ordinatori.

Per la tesi contraria D. Grossi, *Termine (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XLIV, 1992, par. 6, secondo il quale "Il decorso del tempo nei termini ordinatori non incide né sull'atto *a quo*, né su quello successivo. Il primo produce i propri effetti nel momento in cui viene posto in essere ed il secondo non è influenzato dal termine, poiché può essere indifferentemente compiuto anche dopo la sua scadenza". Secondo questo A., "Il problema delle conseguenze della violazione dei termini ordinatori, esclusa la nullità e la decadenza, si risolve rinunciando alla ricerca di un effetto tipico per tutti i termini ordinatori, la cui violazione è sanzionata in modo eterogeneo, in forma prevalentemente indiretta stabilendo, a seconda dei casi, un maggior carico di spese, la fissazione di un termine perentorio, la concessione di un

Benché l'interpretazione prevalente, soprattutto in giurisprudenza, sia che soltanto la violazione del termine perentorio comporta decadenza, l'assenza di una indicazione legislativa e la varietà delle posizioni espresse dalla dottrina processual-civilistica costituiscono ulteriori argomenti contro l'affermazione tralatizia che l'amministrazione non incorre in decadenza se non rispetta un termine previsto per il compimento di un atto tranne che si tratti di un termine qualificato espressamente dalla legge come perentorio[243].

3. *La riconduzione del termine al paradigma di validità formale del provvedimento amministrativo. L'invalidità dell'atto tardivo*

Sebbene da diverse prospettive e con diverso grado di approfondimento, sia l'impostazione tradizionale basata sulla distinzione processual-civilistica tra termini ordinatori e perentori sia la concezione del termine come elemento specificatore dell'obbligo di provvedere o come fattore di decadenza dalla situazione potestativa dimostrano la tendenza[244], comune alla dottrina e alla giurisprudenza, ad interpretare le norme sul termine secondo schemi teorici appositi, diversi da quelli impiegati in relazione alle altre disposizioni che, a vario titolo, indirizzano e limitano l'amministrazione nella sua azione autoritativa.

I rilievi critici svolti in questo studio nei confronti di entrambe le prospettive, invece, inducono a ritenere che la questione dell'incidenza del termine sul potere amministrativo si collochi all'interno della tematica generale dei limiti posti dalla legge all'azione autoritativa dell'amministrazione[245].

Infatti, una volta dimostrata l'inerenza del termine ad una vicenda di diritto sostanziale, donde l'inappropriatezza della distinzione tra termini ordinatori e perentori, e una volta messa in rilievo anche la difficoltà di affrontare la tematica secondo schemi logici del diritto privato (tempo dell'adempimento delle obbligazioni, decadenza dall'esercizio dei diritti potestativi)[246],

controtermine; attribuendo, comunque, ai soggetti del processo che subiscono la violazione delle posizioni di vantaggio, cui corrispondono posizioni di svantaggio per chi non ha osservato il termine".

Intermedia la posizione di S. Satta - C. Punzi, *Diritto processuale civile*, Padova, 2000, 239, per i quali l'inutile spirare del termine ordinatorio dà luogo a nullità "solo quando il termine costituisca il limite di un potere assegnato per il compimento di un atto".

[243] F. Goisis, *La violazione dei termini previsti dall'art 2 l. n. 241 del* 1990, cit., 578-581.

[244] Si fa riferimento alla tesi di M. Clarich discussa nel capitolo II, sez. III, par. 1 e 2.

[245] In questo senso, condivisibilmente, F. Goisis, *La violazione dei termini previsti dall'art 2 l. n. 241 del 1990*, cit., 590.

[246] Capitolo II, sez. III, par. 2.

non vi è ragione per ritenere che la previsione del termine – si collochi o meno all'interno di un rapporto obbligatorio – abbia una incidenza sulla fattispecie legale del provvedimento diversa da quella delle altre norme che la compongono.

Pertanto, come è invalido il provvedimento adottato in violazione delle norme che ne regolano la formazione, così è da considerare invalido il provvedimento tardivo; senza che abbia alcun rilievo se il procedimento sia d'ufficio o a istanza di parte.

L'effetto della scadenza infruttuosa del termine previsto dalla legge – si tratti del termine di conclusione del procedimento posto dall'art. 2, l. n. 241/1990, oppure di uno dei termini previsti dalla disciplina di settore – è dunque l'impossibilità per la pubblica amministrazione di concludere il procedimento adottando un atto valido[247].

Questione logicamente diversa, in quanto attinente al piano dei rimedi e non alla qualificazione dell'atto rispetto al paradigma di riferimento, è se il provvedimento tardivo sia nullo oppure annullabile. Ogni possibile ricostruzione di carattere teorico su questo punto[248] si scontra con la tipicità delle cause di nullità previste dall'art. 21-*septies*, l. n. 241/1990[249], e

[247] Tale conclusione è formulata, anche se con riferimento soltanto al termine di conclusione del procedimento previsto dall'art. 2, l. n. 241/1990, da F. Goisis, *La violazione dei termini previsti dall'art 2, l. n. 241 del 1990*, cit., 590. Una analoga posizione è espressa da L. Cesarini, *I tempi del procedimento ed il silenzio*, in B. Cavallo (a cura di), *Il procedimento amministrativo tra semplificazione partecipata e pubblica trasparenza*, Torino, 2001, 29 ss., 47, che a proposito dell'atto tardivo parla di "atto intrinsecamente illegittimo" la cui "sopravvivenza giuridica è lasciata al beneplacito di chi ha interesse o meno a mantenere l'assetto introdotto con il provvedimento […]". Ritiene che l'inutile decorso del termine dovrebbe comportare la decadenza del potere anche M. Ramajoli, *Forme e limiti della tutela giurisdizionale contro il silenzio inadempimento*, cit., 718 s., con argomentazioni tendenti ad affermare il valore della certezza del diritto. Cfr. altresì D.Vese, *Termine del procedimento e analisi economica*, cit., 802 s. Secondo A. Colavecchio, *L'obbligo di provvedere tempestivamente*, loc. cit., la sostanza costituzionale dell'obbligo di provvedere tempestivamente "pare in grado di poter abbattere l'ultimo tabù che, nonostante le varie riforme del procedimento e del processo amministrativo, ancora resiste sul fronte della tutela del cittadino avverso l'inerzia dell'Amministrazione: quello dell'illegittimità del provvedimento adottato tardivamente".

Sul piano della teoria generale si veda l'impostazione di A.M. Sandulli, *Per la delimitazione*, cit., 71 s., che considera "il trovarsi entro i limiti di tempo fissati dalla legge" un "presupposto ambientale inderogabile perché la titolarità del potere ricorra".

Cfr., in materia sanzionatoria ma con argomenti di ordine generale validi per tutti i procedimenti amministrativi, Cass. 25 febbraio 1998, n. 2064, cit.

[248] Si fa riferimento in particolare alla possibilità, schiusa dalla teoria di A.M. Sandulli, *Per la delimitazione*, cit., 71, di considerare nullo l'atto tardivo in quanto l'amministrazione che lo adottasse sarebbe carente di potere in concreto.

[249] R.Villata - M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 386 s.,

dunque con la regola generale che in diritto ammnistrativo la violazione delle norme imperative comporta l'annullabilità[250]. La soluzione più conforme al sistema è pertanto di ritenere che l'atto tardivo sia affetto da violazione di legge e sia quindi annullabile ai sensi dell'art. 21-*octies*, comma primo[251].

4. (segue) *Discussione critica di alcune possibili obiezioni*

Si potrebbe obiettare che la tesi esposta trova una smentita nel granitico orientamento giurisprudenziale, secondo cui il mancato rispetto dei termini per l'adozione del provvedimento (incluso il termine di conclusione del procedimento previsto dall'art. 2, l. n. 241/1990) non comporta che l'amministrazione perde il potere di adottare atti legittimi.

A ciò si potrebbe replicare che il diritto vivente non corrisponde sempre al diritto vigente; e che, quando il primo si distacca dal secondo, il compito di una dottrina che si ispira allo stato di diritto – e dunque si pone all'interno di un ordinamento in cui vige il principio di legalità – è di denunciare la violazione del diritto vigente, non già di assecondarla[252]. Ma una replica di questo tipo richiederebbe di affrontare difficili questioni metodologiche che mettono in discussione il ruolo stesso del giurista positivo e, in ogni caso, sarebbe tutta da verificare la compatibilità di essa con il sistema del diritto amministrativo, da sempre caratterizzato da fenomeni di nomopoiesi giurisprudenziale.

È pertanto sufficiente, e anche più utile per il discorso che si conduce, ribadire che l'orientamento giurisprudenziale richiamato, oltre ad essere privo di consistenza teorica perché fondato sulla distinzione tra termini perentori e ordinatori, è in diverse occasioni contraddetto dalla stessa giurisprudenza.

Dall'esame delle pronunce sul tema emerge che, accanto a termini ritenuti ordinatori (o meramente acceleratori, comunque ininfluenti sulla validità dell'atto tardivo) ve ne sono altri i quali, senza che vi sia una precisa indicazione da parte del legislatore, vengono ritenuti perentori con la con-

[250] Per tutti G. Corso, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 339 ss.

[251] Sostiene, invece, che nei procedimenti ad istanza di parte il provvedimento tardivo, a meno che non soddisfi la pretesa del privato, sia da considerare radicalmente inefficace B. Tonoletti, *Silenzio della pubblica amministrazione*, cit., 171, essendo tale provvedimento espressione di un potere esaurito.

[252] Cosi L. Ferrajoli, *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Questione giustizia*, n. 4/2016, 21 ss.

seguente illegittimità dell'atto tardivo[253]: si pensi, per rimanere nell'ambito della legge generale sul procedimento, al termine di diciotto mesi per l'annullamento d'ufficio e la sospensione dei provvedimenti attributivi di vantaggi economici (artt. 21-*nonies* e 21-*quater*, l. n. 241/1990)[254], oppure al termine di sessanta giorni per l'esercizio del potere inibitorio in relazione alle attività avviate con SCIA (art. 19, comma 3, l. n. 241/1990) ovvero di diciotto mesi per la rimozione dell'attività segnalata quando ricorrono i presupposti prescritti dall'art. 21-*nonies* per l'annullamento d'ufficio (art. 19, comma 4, l. n. 241/1990)[255]; o ancora, laddove previsti, ai termini per la conclusione del procedimento sanzionatorio delle autorità indipendenti, il cui inutile decorso secondo parte della giurisprudenza comporta l'illegittimità della sanzione adottata non tempestivamente (indipendentemente dal fatto che siano definiti dalla norma come termini perentori)[256].

[253] Cfr. M. Immordino, *Tempo ed efficienza della decisione amministrativa*, cit., 77.

[254] Osserva il Consiglio di Stato (parere 30 marzo 2016, n. 839 reso dalla Commissione speciale sullo schema di decreto SCIA) che il termine di diciotto mesi rappresenta "una regola di certezza dei rapporti, che rende immodificabile l'assetto (provvedimentale-documentale-fattuale) che si è consolidato nel tempo, che fa prevalere l'affidamento. Una regola speculare – nella ratio e negli effetti – a quella dell'inoppugnabilità, ma creata, a differenza di quest'ultima, in considerazione delle esigenze di certezza del cittadino (mentre l'inoppugnabilità considera, da decenni, quelle dell'amministrazione, con un termine nove volte più breve)". Cfr. R. Caponigro, *Il potere amministrativo di autotutela*, cit., 6.

[255] Cons. Stato, comm. spec., parere 30 marzo 2016, n., 839, dove si legge che il potere di verifica dei presupposti richiesti dalla legge per lo svolgimento dell'attività segnalata è un "potere destinato ad esaurirsi con la mancata adozione degli atti inibitori, repressivi o conformativi entro un certo termine". Nel precedente quadro normativo Cons. Stato, ad. plen., 29 luglio 2011, n. 1.

In dottrina E. Boscolo, *I diritti soggettivi a regime amministrativo. L'art. 19 della l. 241/1990 e altri modelli di liberalizzazione*, Padova, 2001, 241; A. Travi, *La dia e la tutela del terzo tra pronunce del g.a. e riforme legislative del 2005*, in *Urb. app.*, 2005, 1134; W. Giulietti, *Attività privata e potere amministrativo. Il modello della dichiarazione di inizio attività*, Torino, 2008, 110 ss.; F. Trimarchi Banfi, *Il "terzo" nel diritto amministrativo: a proposito di semplificazione*, cit., 25 ss.; F. Forte, *Tecniche di tutela del terzo nei confronti della Scia*, in E. Follieri - A. Barone (a cura di), *I principi vincolanti dell'adunanza plenaria*, cit., 341 ss.; F. Francario, *Riesercizio del potere e stabilità degli effetti*, cit., 20 s.; L. Torchia, *Teoria e prassi delle decisioni amministrative*, Relazione al Convegno Aipda su "*Decisioni amministrative e processi deliberativi*", Bergamo 5-7 ottobre 2017, reperibile sul sito dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo, 24; R. Caponigro, *Il potere amministrativo di autotutela*, cit., 18; S. Tuccillo, *Contributo*, cit., 152, dove si sostiene persuasivamente che il carattere decadenziale del termine rende ancor più cogente la doverosità della funzione amministrativa di controllo.

Di diverso avviso da ultimo E. Scotti, *Segnalazione certificata di inizio attività*, in A. Romano (a cura di), *L'azione amministrativa*, cit., 629-633; e già G. Mannucci, *La necessità di una prospettiva obbligatoria per la tutela del terzo nel modello della Dia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 1079.

[256] Cons. Stato, sez. VI, 29 gennaio 2013, n. 542, relativa al procedimento sanzionatorio

Ciò dimostra, oltre all'asistematicità del comune approccio al tema, che quella dell'invalidità dell'atto tardivo non è una regola sconosciuta al c.d. "diritto vivente"[257]. Più esattamente, essa è comunemente accettata in relazione a taluni termini mentre è infondatamente (una volta dimostrata l'inappropriatezza del ricorso alla distinzione tra termini ordinatori e perentori) rifiutata in relazione ad altri, che non presentano caratteristiche diverse sotto il profilo della inerenza al paradigma della validità formale del provvedimento.

Non si tratta dunque di introdurre nell'ordinamento una interpretazione forzata oppure particolarmente innovativa, ma soltanto di superare talune resistenze che, secondo l'analisi qui condotta, trovano spiegazione (ma non giustificazione) soltanto nell'influenza che ha tuttora il pregiudizio dell'inesauribilità del potere amministrativo come criterio di interpretazione del diritto positivo.

Più gravi sono invece i possibili rilievi critici in relazione alla tutela dei c.d. interessi legittimi pretensivi.

Si potrebbe osservare, innanzitutto, che se il provvedimento favorevole adottato oltre il termine fosse da ritenere illegittimo in quanto tardivo, il suo destinatario subirebbe un duplice ingiusto pregiudizio: oltre al ritardo nell'attribuzione del bene dovuto, anche il rischio di subire l'annullamento d'ufficio e l'impugnazione del provvedimento da parte di terzi eventualmente legittimati[258].

Non si vuol negare la serietà di questo argomento, ma a ben guardare esso sottende un principio di favore per il privato titolare dell'interesse legittimo pretensivo che non è accolto, quantomeno in termini generali, dal nostro ordinamento: il principio, che pure avrebbe una propria razionalità, per cui gli errori *in procedendo* commessi dall'amministrazione nel rilascio del provvedimento favorevole non possono risolversi in potenziali svantaggi per il beneficiario dello stesso, esponendolo al rischio rappresentato

di competenza della Banca d'Italia, Cons. Stato, sez. VI, 29 gennaio 2013, n. 542. W. Troise Mangoni, *Il potere sanzionatorio della Consob*, Milano, 2012, 173 ss.; S. Cimini, *Il potere sanzionatorio*, cit., 366.

Contra, relativamente al termine per la conclusione del procedimento sanzionatorio della Consob, Cass. civ., sez. II, 4 marzo 2015, n. 4363.

[257] Lo mette in rilievo F. Goisis, *La violazione dei termini previsti dall'art 2 l. n. 241 del 1990*, cit., 581 s. Vedi da ultimo Cons. Stato, ad. plen., 17 ottobre 2017, n. 8, con riferimento agli effetti del decorso del tempo nei procedimenti sanzionatori.

[258] Fermo restando, come osserva F. Goisis, *La violazione dei termini previsti dall'art 2 l. n. 241 del 1990*, cit., 591, che al fine di salvaguardare la legittimità del provvedimento basta all'interessato riproporre l'istanza, così riaprendo i termini per provvedere.

dall'annullamento d'ufficio o da contestazioni davanti al giudice amministrativo mosse da terzi eventualmente legittimati all'impugnazione.

Nel nostro ordinamento costituisce una evenienza normale che l'interesse legittimo pretensivo trovi soddisfazione attraverso atti invalidi, esposti dunque all'annullamento, in quanto la soddisfazione della pretesa è collegata all'efficacia del provvedimento, la quale non dipende dalla legittimità dello stesso. Ciò in quanto il principio accolto dal sistema è compromissorio: per un verso, al destinatario dell'atto è attribuito il vantaggio di potersi giovare della sua efficacia nonostante l'invalidità; per altro verso, egli rimane esposto all'annullamento d'ufficio e all'impugnazione degli eventuali terzi entro il termine decadenziale.

Detto questo sul piano generale, i rischi per il destinatario del provvedimento favorevole illegittimo per tardività sono concretamente minori di quanto potrebbe apparire a prima vista.

Quanto all'annullamento d'ufficio, va tenuto in considerazione che, per procedere in tal senso, occorre, oltre all'illegittimità del provvedimento, l'interesse pubblico concreto, che tendenzialmente non sussiste se il provvedimento tardivamente adottato non avrebbe potuto avere contenuto diverso[259]; in ogni caso, il provvedimento favorevole non può essere annullato oltre diciotto mesi dalla sua adozione.

Quanto all'impugnabilità da parte di terzi, che a prima vista potrebbe destare maggiori preoccupazioni nell'ottica della stabilità del provvedimento ampliativo[260], va osservato come in giudizio nessuno possa far valere a proprio favore la violazione di una norma posta a esclusiva tutela dell'interesse altrui[261]. Sulla base di questo principio, codificato dall'art. 8, comma 4, l. n. 241/1990, a proposito della comunicazione di avvio del procedimen-

[259] Nell'ambito dell'annullamento d'ufficio, tramite il richiamo alla clausola dell'interesse pubblico concreto, assume valenza generale la regola dell'irrilevanza dei vizi formali, oggi espressamente codificata per i provvedimenti vincolati dal rinvio all'art. 21-*octies* contenuto nel testo vigente dell'art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990.

[260] V. però F. Goisis, *La violazione dei termini previsti dall'art 2 l. n. 241 del 1990*, cit., 590, il quale osserva che "ragionare solo nella prospettiva del soggetto aspirante al provvedimento accrescitivo rischia di risultare inappagante; e ciò specialmente in ragione del rischio di incoerenza nelle reazioni ordinamentali a fronte dell'emanazione di un provvedimento che, in entrambe le ipotesi (quelle della sua emanazione, rispettivamente, su istanza del diretto destinatario e beneficiario, ovvero ad iniziativa d'ufficio), per un determinato cittadino (rispettivamente controinteressato e diretto destinatario) è con effetti riduttivi della sfera giuridica".

[261] Con il che non si vuol dire che la norma di cui si assume la violazione deve necessariamente essere concepita come una norma posta a tutela del ricorrente. Basti dire che, secondo l'impostazione tradizionale, le norme di azione, dalla cui violazione dipende il vizio

to[262], si può ritenere che il terzo non possa far valere in giudizio la tardività del provvedimento ampliativo in quanto il termine violato è posto (come dimostrano i presidi dei poteri sostitutivi e dell'azione avverso il silenzio) nell'esclusivo interesse di colui che ha presentato l'istanza.

Passando ad altra possibile obiezione, una parte della dottrina ritiene che il provvedimento tardivo non può essere considerato invalido in quanto è la stessa legge a prevedere nell'ambito del giudizio contro il silenzio-inadempimento che il giudice, riscontrata l'inerzia, ordini all'amministrazione di concludere il procedimento con atto espresso. Sarebbe irrazionale ritenere che con tale pronuncia il giudice ordini l'adozione di un atto invalido[263].

di legittimità, sono poste nell'interesse pubblico: cfr., per tutti, A. Romano, *La situazione legittimante al processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 517 ss.

[262] Cons. Stato, sez. V, 18 novembre 2014, n. 5654, dopo aver sottolineato il carattere "generale" del principio espresso dalla disposizione, ritiene carente di legittimazione ad agire colui che pretende di avvalersi di una norma posta nell'esclusivo interesse altrui. In realtà è difficile questione, e qui non si intende neppure impostarla, se in questi casi nel processo amministrativo venga effettivamente in rilievo un profilo di legittimazione attiva, considerato che secondo l'opinione assolutamente maggioritaria altro sono le norme (e le eventuali situazioni soggettive ad esse correlate) che il ricorrente assume violate dalla amministrazione e pone a fondamento dei motivi di ricorso, altro è la situazione giuridica soggettiva che legittima ad agire nel processo amministrativo, tanto che la legittimazione ad impugnare può ben sussistere anche se l'amministrazione ha adottato un provvedimento perfettamente valido: A. Romano, *La situazione legittimante*, cit., 533 ss.; R. Ferrara, *Interesse e legittimazione al ricorso*, in *Dig. disc. pubbl.*, VIII, Torino, 1993, 468 ss.; V. Cerulli Irelli, *Legittimazione "soggettiva" e legittimazione "oggettiva" ad agire nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 361 ss. Anche la giurisprudenza mette in rilievo che la legittimazione ad agire dipende (non dall'interesse protetto dalla norma che si assume violata, o dalla norma stessa, bensì) dalla "titolarità del rapporto controverso" (Cons. Stato, ad. plen. n. 4/2011 e n. 9/2014; sez. III, 9 agosto 2017, n. 3972) o comunque presuppone "il riconoscimento dell'esistenza di una situazione giuridica attiva, protetta dall'ordinamento, riferita a un bene della vita oggetto della funzione svolta dall'amministrazione investita dall'azione esperita" (*ex plurimis*, Cons. Stato, sez. V, 27 gennaio 2016, n. 265).

[263] Il ragionamento può essere replicato in relazione ai poteri sostitutivi, che non potrebbero dar luogo ad atti ontologicamente invalidi in quanto tardivi. La posizione indicata nel testo è da ultimo ribadita da T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 1 settembre 2016, n. 9475; negli stessi termini già M. Lipari, *I tempi del procedimento*, cit., 341; un accenno anche in M. Clarich, *Termine del procedimento*, cit., 41.

Secondo F.G. Scoca, *Il silenzio della pubblica amministrazione alla luce del suo nuovo trattamento processuale*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 255, la legge processuale "nel preservare in capo all'amministrazione, anche successivamente alla pronuncia del giudice, il potere di provvedere, mostra, invero, conformemente ai principi della produzione giuridica di diritto amministrativo, che il procedimento non può affatto considerarsi concluso con il verificarsi dell'inerzia, e che l'amministrazione non decade dalla *potestas decidendi*. Diversamente, infatti, l'amministrazione si troverebbe costretta a rinnovare tutta l'attività amministrativa eventual-

Anche questa obiezione non dimostra tuttavia l'infondatezza della tesi proposta, dal momento che la pronuncia giudiziale con la quale viene accertata l'inerzia dell'amministrazione stabilisce un nuovo termine per provvedere, di norma non superiore a trenta giorni e coincidente con l'ultimo giorno precedente all'insediamento del *commissario ad acta* (art. 117, comma 2, c.p.a.). Essa riapre il termine per provvedere, per cui il provvedimento conseguentemente adottato non è illegittimo se interviene entro il termine fissato dal giudice[264].

Del resto vi è un che di paradossale nel ritenere che la tutela giurisdizionale dell'interesse al provvedimento sia possibile soltanto quando il termine per provvedere è privo di cogenza rispetto al potere amministrativo (termine ordinatorio), cosa che invece la giurisprudenza presuppone quando afferma che "il silenzio-rifiuto postula, sul piano strutturale, la sopravvivenza del potere al decorso del tempo fissato per la definizione del procedimento amministrativo", in quanto "lo spirare del termine di legge non conclude il procedimento ma accentua il dovere della p.a. di porre fine all'illecito comportamentale permanente"[265].

5. *Termine di conclusione del procedimento e termine attinente al potere*

Acquisita l'invalidità del provvedimento tardivo, occorre distinguere il termine di conclusione del procedimento dal termine attinente al potere dell'amministrazione[266]. La differenza principale attiene alle conseguenze

mente posta in essere prima dell'instaurazione del giudizio (e non portata a compimento)". Cfr. altresì F.G. Scoca - M. D'Orsogna, *Silenzio, clamori di novità*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, 431 s., dove si sostiene che il silenzio "è idoneo ad operare solo sul piano processuale (alla stregua di qualsiasi presupposto processuale): non rileva sul piano sostanziale, sul quale risulta conforme ai principi che resti integro il potere dell'Amministrazione di provvedere, sia pure tardivamente, sulla domanda del privato; ciò corrispondendo non solo all'interesse pubblico, ma anche all'interesse del privato, al quale risulta utile non solo il provvedimento (tardivo) favorevole (per ovvie ragioni), ma anche il provvedimento (tardivo) sfavorevole, se non altro perché rende noti i motivi del rigetto della domanda".

[264] F. Goisis, *La violazione dei termini previsti dall'art 2 l. n. 241 del 1990*, cit., 592, il quale prospetta l'ipotesi che l'effetto di riapertura dei termini dipenda (anche) dalla domanda giudiziale, la quale "agirebbe anche nel campo del diritto sostanziale, fungendo da nuova istanza di emanazione del provvedimento, come tale capace di riaprire i termini per provvedere".

[265] Cons. Stato, ad. plen., 29 luglio 2011, n. 15. In questo senso già Cons. Stato, ad. plen., 24 novembre 1989, n. 16 e 4 dicembre 1989, n. 17.

[266] Di termine come "come fatto giuridico attinente alle situazioni soggettive" parla M.S. Giannini, *op. ult. cit.*, 921, distinguendolo dal termine di conclusione del procedimento. L'A. precisa che il primo tipo di termine attiene all'esercizio delle potestà, diritti, obblighi

connesse all'inutile decorso del termine: nel primo caso, questo è un fatto giuridico dotato di efficacia preclusiva relativa[267], nel senso che impedisce l'adozione di un provvedimento valido in seno al procedimento, ma consente di avviare un nuovo procedimento che può terminare con l'adozione di un atto legittimo[268]; nel secondo caso, è un fatto dotato di efficacia preclusiva assoluta, in quanto l'atto progettato non potrà più essere validamente adottato dall'amministrazione neppure a conclusione di un altro procedimento[269].

od oneri dell'amministrazione e dei privati, aggiungendo che vale la distinzione tra termini perentori, ordinatori e comminatori. Questa precisazione sembra tuttavia introdurre un elemento estraneo alla definizione del termine come elemento attinente alle situazioni giuridiche soggettive, e non al procedimento.

[267] Può apparire singolare che si parli di efficacia preclusiva, invece che di efficacia estintiva della situazione giuridica della pubblica amministrazione. Appare tuttavia più corretto far questione di efficacia preclusiva perché il decorso del termine determina l'esaurimento del potere, con la conseguente invalidità dell'eventuale atto tardivo, anche nell'ipotesi che l'amministrazione fosse sin dall'inizio priva del potere di provvedere o tale potere fosse già venuto meno per un fatto diverso dalla decorrenza del termine. Ciò esclude che il fenomeno sia logicamente qualificabile come fatto estintivo in quanto l'estinzione presuppone l'esistenza certa di una situazione giuridica. Se il decorso del tempo può essere invocato anche nell'ipotesi in cui il potere non sussisteva per altre ragioni, allora l'efficacia giuridica di questo fatto è preclusiva e non estintiva. Sul punto, con riferimento alla prescrizione ma sulla base di argomentazioni di ordine generale, A. Falzea, *Efficacia giuridica*, cit., 502.

[268] I termini ad efficacia preclusiva assoluta coincidono in larga parte con quelli che la impostazione dominante definisce perentori. La generica distinzione tra termini perentori e termini ordinatori non consente però di vedere che una cosa è l'incidenza del decorso del termine sulla validità dell'atto adottato tardivamente, altra sono gli effetti (preclusivi) su ulteriori eventuali procedimenti nei quali l'amministrazione intenda esercitare lo stesso potere.

[269] È bene precisare che l'efficacia preclusiva assoluta non determina l'immunità del soggetto privato rispetto al potere amministrativo non esercitato tempestivamente. Nella maggior parte dei casi, infatti, la preclusione è comunque relativa ad una determinata fattispecie concreta sulla quale l'amministrazione avrebbe potuto provvedere e non lo ha fatto entro il termine. Vi sono tuttavia alcune ipotesi in cui il decorso del termine ad efficacia preclusiva assoluta comporta che all'amministrazione sia vietato per sempre l'esercizio di un suo potere rispetto ad un determinato individuo. Ciò, ad esempio, è quanto si verifica in relazione al potere dell'amministrazione di precludere l'acquisto della cittadinanza da parte del coniuge di un cittadino italiano nel caso di comprovati motivi inerenti alla sicurezza della Repubblica: la norma infatti prevede che la "emanazione del decreto di rigetto dell'istanza è preclusa quando alla data di presentazione dell'istanza, corredata dalla prescritta documentazione, sia decorso il termine di due anni" (art. 8, comma 2, l. n. 91/1992, nonché d. P. R., 18 aprile 1994, n. 362; sul punto v. M. Clarich, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, cit., 103); oppure in relazione al potere di inibire "per gravi e comprovati motivi" il riacquisto della cittadinanza, che ai sensi dell'art. 13, comma 3, l. cit., il Ministro dell'interno può esercitare entro un anno dalla presentazione della istanza, trascorso il quale

I due tipi di termine presentano una diversa relazione con la doverosità dell'azione amministrativa. Il termine attinente al potere, dotato di efficacia preclusiva assoluta, individua un momento trascorso il quale il dovere di agire, ossia il dovere dell'amministrazione di attivarsi per l'eventuale esercizio del potere in presenza di un fatto significativo per la cura dell'interesse pubblico[270], si converte in divieto di agire. Il termine di conclusione del procedimento, dotato di efficacia preclusiva relativa, non interferisce col dovere d'ufficio, che rimane presupposto, e funge da elemento specificatore del dovere di concludere il procedimento con l'adozione di un provvedimento espresso[271].

L'altra differenza tra i due tipi di termine è che soltanto la violazione del termine di conclusione del procedimento è soggetta alla disciplina dell'art. 21-*octies*, comma 2, l. n. 241/1990, per il quale il provvedimento vincolato adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma non è comunque annullabile ove sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. La disposizione

si realizza l'effetto legale del riacquisto della cittadinanza; o ancora in relazione al potere di emanare un giudizio sfavorevole e determinare lo scioglimento del rapporto di impiego del dipendente in prova, dal quale l'amministrazione ai sensi dell'art. 10 d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3 decade se non lo esercita entro tre mesi dalla scadenza del periodo di prova (che dura sei mesi).

[270] F. Ledda, *Il rifiuto di provvedimento amministrativo*, cit., 79 ss. Osserva condivisibilmente A. Police, *Doverosità dell'azione amministrativa*, cit., 22, che nei procedimenti istanza di parte la doverosità nasce dalla proposizione dell'istanza stessa (sebbene non di qualsiasi istanza), mentre "la doverosità dei procedimenti ufficiosi nasce altrove, da un'altra fonte legale che non è la legge sul procedimento, ma l'insieme delle norme giuridiche che rispetto alla pluralità d'interessi giustificano, richiedono e rendono necessario l'esercizio d'ufficio del potere […]".

[271] Per la distinzione tra dovere di procedere, ossia di dare impulso alla sequenza procedimentale, e dovere di provvedere, ossia dovere di concludere la suddetta sequenza con il provvedimento espresso, v. F. Goggiamani, *La doverosità*, cit., 107 s. Osserva A. Cioffi, *Dovere di provvedere e pubblica amministrazione*, Milano, 2005, 108 ss., che sono tre i doveri riconducibili alla dizione "dovere di provvedere": a) il dovere di provvedere sostanziale, cioè il dovere "funzionalizzato a svolgere l'esercizio del potere rispetto gli interessi pubblici specifici"; b) il dovere di agire, che coincide col dovere di iniziare il procedimento e racchiude il dovere di delibare l'istanza; c) il dovere di concludere il procedimento, il quale presuppone il dovere di iniziarlo (108). Secondo l'A., "il dovere di agire e di considerare l'istanza e di rispondere rappresenta un unico dovere: il dovere di provvedere in senso formale" (111): una situazione astratta che deriva dalla posizione istituzionale della pubblica amministrazione (166) e che, quando si connette con l'interesse del singolo al provvedimento, determina "il dovere di provvedere nel concreto, quale effetto giuridico, cioè come vincolo attuale che impone all'amministrazione di tenere un comportamento necessario" (166). Cfr. A. Police, *Doverosità dell'azione amministrativa*, cit., 22 s.

non trova applicazione quando ad essere violato è un termine attinente al potere, in quanto non è "norma sul procedimento" quella che lo prescrive.

6. (segue) *Il criterio distintivo tra il termine di conclusione del procedimento e il termine attinente al potere*

Le rilevanti differenze sul piano del regime giuridico (efficacia preclusiva relativa o assoluta, applicabilità o meno dell'art. 21-*octies*, comma 2, l. n. 241/1990) impongono di soffermarsi sul criterio per distinguere il termine di conclusione del procedimento dal termine attinente al potere.

I termini previsti per l'adozione di atti ampliativi non possono che essere termini di conclusione del procedimento, in quanto la conversione del dovere d'ufficio in divieto è incompatibile con la possibilità, che in questi casi la legge riconosce al privato, di rivolgersi al giudice per ottenere coattivamente l'adempimento del dovere rimasto inadempiuto da parte della pubblica amministrazione, nonché con la possibilità di presentare una nuova istanza e così generare un nuovo dovere, diverso da quello rimasto inadempiuto ma identico nel suo contenuto.

In altre parole, nei procedimenti ad istanza di parte la doverosità dell'azione amministrativa (*rectius*: il dovere di avviare il procedimento) ricade sotto il dominio del privato interessato al provvedimento: egli può pretendere l'adempimento del dovere e determinare un nuovo dovere di identico contenuto. Dietro a queste facoltà vi è la scelta dell'ordinamento di rinunciare all'efficacia preclusiva assoluta del termine, che convertirebbe il dovere in divieto.

Stabilito dunque che i termini attinenti al potere riguardano soltanto l'adozione di atti in seno a procedimenti ad avvio d'ufficio, di contenuto prevalentemente restrittivo, resta da individuare il criterio per distinguere in questo ambito i termini di conclusione del procedimento (ad efficacia preclusiva relativa) dai termini attinenti al potere (ad efficacia preclusiva assoluta).

Tale criterio è rappresentato dal momento da cui il termine inizia a decorrere.

Attengono al potere i termini che iniziano a decorrere da un fatto diverso dall'inizio della sequenza procedimentale avviata d'ufficio. Essi hanno vita e operatività affatto autonoma dalle vicende del procedimento, tanto che possono venire a scadenza nella costanza del procedimento o anche in un tempo anteriore al suo avvio. L'autonomia del termine dal procedimento comporta che l'atto tardivo sia invalido, indipendentemente da una eventuale riapertura del procedimento stesso.

A titolo esemplificativo, il termine di diciotto mesi per disporre l'annullamento d'ufficio, previsto dall'art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990, non decorre dall'avvio del procedimento, bensì dall'adozione del provvedimento di autorizzazione e/o attribuzione di vantaggi economici: esso pertanto attiene al potere, e non al procedimento, per cui, una volta scaduto, l'annullamento d'ufficio è illegittimo ed a nulla varrà l'eventuale apertura di un nuovo procedimento[272]. Lo stesso si può ripetere in relazione ai termini previsti per l'esercizio dei poteri inibitori relativi ad attività soggette a obbligo di comunicazione denuncia o segnalazione: i quali decorrono dalla comunicazione, dalla denuncia e della segnalazione, con la conseguenza che la loro scadenza preclude l'adozione dell'atto (*id est*, viene meno il potere), senza che il procedimento possa essere riaperto[273]. Nella disciplina delle sanzioni ammini-

[272] F. Francario, *Riesercizio del potere e stabilità degli effetti giuridici*, cit., 27. Seguendo la tesi di F. Trimarchi Banfi, *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino*, cit., 855, la previsione del "termine ragionevole" per l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio, presente nella versione originaria dell'art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990, sarebbe sufficiente per ritenere che il potere di annullamento d'ufficio è sottoposto ad un termine legale di estinzione. Benché in astratto si potrebbe convenire con questa interpretazione, va riconosciuto che l'impiego da parte del legislatore di un concetto elastico come "termine ragionevole" consente all'amministrazione (e quindi al giudice, eventualmente chiamato a sindacare l'operato della prima) di apprezzare in concreto gli interessi coinvolti nella vicenda. Non pare, dunque, si possa oggi ritenere che, ai sensi dell'art. 21-*nonies* l. n. 241/1990, il potere di annullamento d'ufficio sia sottoposto ad un termine decadenziale che opera anche quando il riesame riguarda provvedimenti non riconducibili alla categoria dei provvedimenti autorizzativi o attributivi di vantaggi economici.

[273] Ad esempio, gli eventuali provvedimenti di carattere restrittivo relativi a manifestazioni di tipo religioso o civile soggette ad obbligo di comunicazione preventiva al questore ai sensi dell'art. 25 del T.U. delle leggi di pubblica sicurezza (R.D. 18 giugno 1931, n. 773) devono essere portati a conoscenza dei promotori entro 24 ore prima che la manifestazione abbia luogo (art. 26), oltre questo termine non possono essere adottati. Oppure: l'amministrazione ai sensi dell'art. 19, comma 3, l. n. 241/1990 può inibire la prosecuzione di una attività avviata in base a una segnalazione di inizio attività soltanto entro il termine di sessanta giorni dal ricevimento della segnalazione, ovvero entro diciotto mesi se ricorrono specifiche ragioni d'interesse pubblico (secondo quanto prevede il comma successivo). O ancora, nell'ambito degli atti amministrativi generali: gli enti locali possono deliberare le tariffe e le aliquote relative ai tributi di loro competenza soltanto entro la data fissata da norme statali per la deliberazione del bilancio di previsione, poiché trascorso il suddetto termine "le tariffe e le aliquote si intendono prorogate di anno in anno" (art. 1, comma 169, della legge 296 del 2006). A fronte di deliberazioni in materia di TARI adottate oltre il termine legale (stabilito dall'art. 1, comma 683, della legge 147 del 2013) un univoco orientamento giurisprudenziale afferma il carattere perentorio del termine posto dall'art. 1, comma 169, della legge n. 296 del 2006, con la conseguenza che le deliberazioni tardive sono senza effetto e le tariffe e le aliquote si intendono prorogate di anno in anno. Questa giurisprudenza suppone che la perentorietà del termine risponde all'esigenza di tutelare le

strative, la scadenza dei termini talora determina un effetto preclusivo che si pone a monte del procedimento e non ne consente l'avvio[274].

Simmetricamente, sono termini di conclusione del procedimento quelli che iniziano a decorrere soltanto con l'avvio del procedimento d'ufficio. In questi casi la norma che prevede il termine non stabilisce una condizione assoluta di validità del provvedimento, bensì una condizione relativa al procedimento volta per volta avviato. L'atto tardivo è invalido rispetto alla fattispecie normativa che racchiude la norma sul procedimento, ma non rispetto alla fattispecie normativa dell'atto considerato in sé, a prescindere dalla sequenza procedimentale. Pertanto l'amministrazione, se l'atto viene annullato, può riprodurlo a conclusione di una rinnovata sequenza procedimentale.

Ad esempio, il decorso del termine di cui all'art. 2, l. n. 241/1990, nei procedimenti d'ufficio comporta (analogamente a quanto avviene nei procedimenti ad istanza di parte) l'invalidità della decisione tardiva, ma è del tutto evidente che l'amministrazione, eventualmente a seguito di nuova istanza del privato, può svolgere un nuovo procedimento e concluderlo con l'adozione di un atto tempestivo. Analogamente, il decorso del termine per la conclusione del sub-procedimento diretto all'adozione del decreto d'esproprio non esclude che, se non è superato il termine prescritto nella dichiarazione di pubblica utilità, il suddetto sub-procedimento sia nuovamente riattivato e l'esproprio validamente perfezionato.

Bisogna aggiungere che talora la legge connette alla decorrenza di un termine procedimentale l'efficacia preclusiva assoluta che solitamente è ri-

situazioni giuridiche soggettive dei cittadini, i quali non possono essere soggetti a prestazioni imposte oltre i limiti fissati dalle norme; per tale ragione il legislatore impone di circoscrivere il potere di determinazione della tariffa da parte dell'ente entro un margine di tempo ben definito, che rappresenta un limite invalicabile alla discrezionalità dell'Amministrazione, con la conseguenza che, fatte salve le ipotesi di deroga espressa ad opera del legislatore statale, non sono ammissibili variazioni di tariffe oltre detta data: T.A.R. Piemonte, Torino, sez. I, 1 dicembre 2016, n. 1478; T.A.R. Basilicata, sez. I, 12 agosto 2016, n. 812; T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 21 marzo 2014, n. 471; Cons. Stato, sez.V, 17 luglio 2014 n. 3808, 3817.

[274] Ad esempio l'art. 14, comma 2, l. n. 689/1981, in base al quale l'amministrazione non può avviare il procedimento per l'irrogazione della sanzione se la violazione non è notificata all'interessato entro novanta giorni dal suo accertamento; oppure l'art. 13, l. 10 ottobre 1990, n. 287, secondo cui l'Autorità garante della concorrenza del mercato che riceve dalle imprese la comunicazione di una intesa può avviare l'istruttoria per accertare l'eventuale violazione del diritto della concorrenza entro 120 giorni dalla comunicazione, scaduti i quali essa "non può più procedere a detta istruttoria, fatto salvo il caso di comunicazioni incomplete o non veritiere".

servata ai termini attinenti al potere. Questo è il caso, per esempio, dell'art. 55-*bis* del d.lgs. n. 165/2001, il quale prevede espressamente che la violazione dei termini del procedimento disciplinare comporta per l'amministrazione la decadenza dall'azione"[275].

Riassumendo, l'efficacia preclusiva assoluta è logicamente incompatibile con la struttura dei procedimenti a istanza di parte. Pertanto i provvedimenti adottabili in seno a procedimenti di questo tipo possono soggiacere soltanto a termini dotati di efficacia preclusiva relativa.

Attengono invece al potere, e hanno invece efficacia preclusiva assoluta, i termini per l'adozione di atti restrittivi che decorrono da un fatto diverso dall'avvio del procedimento d'ufficio (o comunque da un fatto esterno al procedimento). Il termine che decorre dall'avvio del procedimento d'ufficio, o da un fatto ad esso interno, ha efficacia preclusiva soltanto relativa, avendo natura procedimentale, ma può acquisire efficacia preclusiva assoluta ove espressamente stabilito dalla legge.

7. *Silenzio significativo ed esaurimento del potere*

Per completezza, occorre a questo punto domandarsi se l'amministrazione rimasta inerte conservi o meno il potere di provvedere nei casi in cui la legge attribuisce alla scadenza del termine il significato dell'assenso. È corretto porsi questa domanda poiché la previsione del silenzio-assenso non cancella il potere autoritativo dalla fattispecie (tanto che l'amministrazione può ben definire il procedimento con provvedimento espresso, a differenza di quanto avviene per le c.d. attività libere sottoposte a controllo amministrativo[276]) e l'accoglimento dell'istanza *per silentium* non presuppone l'esercizio implicito della funzione amministrativa, in quanto il silenzio non è un atto amministrativo tacito[277].

Il silenzio-assenso, secondo la tesi oggi dominante accolta dalla giurisprudenza e dalla dottrina con diverse sfumature di significato, è riconducibile alla categoria delle c.d. valutazioni legali tipiche[278]. Il silenzio è un me-

[275] Cfr. da ultimo T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 4 novembre 2016, n. 2024.

[276] A. Travi, *Silenzio-assenso ed esercizio della funzione amministrativa*, Padova, 1985, 237 s.; R. Ferrara, *Il procedimento amministrativo visto dal «terzo»*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 1055 ss.; Id., *La segnalazione certificata di inizio attività e la tutela del terzo: il punto di vista del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 193 ss. Per una chiara ed esaustiva distinzione tra i due modelli W. Giulietti, *Attività privata e potere amministrativo*, cit., 110 ss.

[277] Per tutti A. Travi, *Silenzio-assenso ed esercizio della funzione amministrativa*, cit., 67 ss., 79.

[278] F.G. Scoca, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, cit., 173 ss.; A. Travi, *Silenzio-assenso ed esercizio della funzione amministrativa*, cit., 97, che accetta la qualificazione del silen-

ro fatto (rappresentato dall'inerzia) cui l'ordinamento connette, tramite la valutazione legale tipica, un effetto identico a quello del provvedimento di assenso[279]. A tal proposito si può parlare di finzione giuridica, nel senso che al fine di giustificare l'effetto equipollente a quello del provvedimento se ne finge la presenza, a patto che in tal modo non si introduca surrettiziamente la figura dell'atto tacito[280].

Tale concezione del silenzio-assenso appare coerente con la conformazione che il diritto positivo dà all'istituto ed è preferibile rispetto alle altre che sono state elaborate e che pure escludono la presenza di un atto implicito. Innanzitutto, essa mette in rilievo che l'effetto del silenzio-assenso è calibrato sull'oggetto specifico dell'istanza ed è pertanto identico a quello che si sarebbe prodotto se l'amministrazione avesse accolto l'istanza con provvedimento espresso. L'attività cioè non è consentita in ragione di una generica legittimazione *ex lege*[281], bensì sulla base di una legittimazione identica a quella che deriva dal provvedimento amministrativo. Ciò spiega anche perché la tutela dei terzi avverso il silenzio avvenga tramite la proposizione dell'azione di annullamento davanti al giudice amministrativo[282]: se

zio-assenso come valutazione legale tipica ma ritiene necessario escludere il richiamo, presente invece nell'opera di Scoca, alla teoria delle dichiarazioni con valore legale tipico, in quanto la norma che prevede il silenzio-assenso non attribuisce alcuna rilevanza ai profili di volontarietà e consapevolezza della condotta; B. Tonoletti, *Silenzio della pubblica amministrazione*, cit., 173; V. Parisio, *I silenzi della pubblica amministrazione*, cit., 133. Critico A. Cioffi, *Dovere di provvedere e silenzio-assenso della pubblica amministrazione dopo la legge 14 marzo 2005 n. 80*, in *Dir. amm.*, 2006, 171 ss., secondo cui la teoria delle valutazioni legali tipiche è inutilizzabile in quanto l'inerzia dell'amministrazione, traducendosi nella violazione del dovere di provvedere, ha già una sua realtà giuridica; pertanto non è un mero fatto cui, attraverso una finzione, si attribuisce il significato dell'assenso.

[279] F.G. Scoca, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, cit., 173 ss.

[280] A. Travi, *Silenzio-assenso ed esercizio della funzione amministrativa*, cit., 100 ss., 109. Cfr. la sintesi di B. Tonoletti, *Silenzio della pubblica amministrazione*, cit., 173, 182 s.

[281] In questo senso invece A. De Roberto, *Silenzio-assenso e legittimazione 'ex lege' nella legge Nicolazzi*, in *Dir. soc.*, 1983, 163 ss.; più di recente A. Romano, *A proposito dei vigenti artt. 19 e 20 della l. 241 del 1990*, in *Dir. amm.*, 2006, 497 ss.; secondo A. Cioffi, *Dovere di provvedere e silenzio-assenso*, cit., 181, "l'effetto deriva dalla norma dell'art. 20, ma è definito e trova disciplina nell'ordinamento giuridico generale. L'ordinamento giuridico tutto interviene a designarne il regime, il valore. E non può farlo che in un senso: quello della riduzione dell'efficacia e, viceversa, del mantenimento delle posizioni dell'amministrazione, ordinate al suo dovere funzionale ed al suo potere di provvedere ai pubblici interessi". Da ultimo L. Torchia, *Teoria e prassi delle decisioni amministrative*, cit., 20 s., che ricorre allo schema della legittimazione *ex lege* ma pone l'accento soprattutto sulla circostanza che la decisione è sostanzialmente assunta dal privato richiedente, non dall'amministrazione.

[282] A. Travi, *Silenzio-assenso e legittimazione ex lege nella disciplina delle attività private in base al d.P.R. 26 aprile 1992, n. 300*, in *Foro amm.*, 1993, II, 603 ss.

si trattasse di legittimazione *ex lege*, e non di finzione di provvedimento, si porrebbe un problema di tutela dei terzi analogo a quello che oggi tanto affatica la dottrina e la giurisprudenza nella materia della segnalazione certificata di inizio attività.

In secondo luogo, la concezione del silenzio-assenso come valutazione legale tipica è coerente con la possibilità che l'assenso si formi anche su richieste non conformi alle norme, circostanza oggi riconosciuta dalla giurisprudenza prevalente (che distingue tra requisiti di esistenza e di validità del silenzio[283]) e comprovata dalla disposizione che riconosce all'amministrazione il potere di annullare e revocare gli effetti del silenzio (art. 20, comma 3, l. n. 241/1990).

Infatti, se il silenzio-assenso desse luogo a una legittimazione *ex lege*, oppure avesse l'efficacia propria dei fatti giuridici (e non degli atti)[284], si incontrerebbero difficoltà a spiegare la formazione del titolo in mancanza dei presupposti richiesti dalla norma[285]; e soprattutto non si potrebbe giustificare l'esistenza di poteri di ritiro, dal momento che i fatti giuridici, cui la legge connette automaticamente effetti, non sono qualificabili in termini di invalidità e dunque non ne è ipotizzabile l'annullamento.

La teoria della valutazione legale tipica, invece, consente di qualificare autonomamente la fattispecie (l'inerzia) dagli effetti (che sono quelli propri

[283] Cons. Stato, sez. V, 5 ottobre 1987, n. 588; B. Tonoletti, *Silenzio della pubblica amministrazione*, cit., 183.

[284] In questo senso A.M. Sandulli, *Il silenzio-accoglimento nella legge Nicolazzi*, in *Riv. giur. ed.*, 1982, 61 ss., che parla di fattispecie con valore legale tipico non qualificabile come provvedimento amministrativo e neppure come atto giuridico. Rispetto a quella della legittimazione *ex lege* questa tesi ha il pregio di spiegare perché l'attività in concreto assentita sia sottoposta non soltanto alla astratta disciplina legale ma anche a quella ricavabile dalla domanda di provvedimento: A. Travi, *Silenzio-assenso e legittimazione ex lege*, cit., 604.

[285] Secondo A.M. Sandulli, *Il silenzio della pubblica Amministrazione oggi: aspetti sostanziali e processuali*, in *Dir. soc.*, 1982, 731 ss.; *Il silenzio-accoglimento nella legge Nicolazzi*, cit., il silenzio come fatto produce gli effetti indicati dalla legge soltanto se conforme in ogni suo aspetto al modello legale e dunque si deve escludere che il silenzio possa produrre effetti contrari alla legge.

La tesi assicura la massima garanzia per la legalità e l'interesse pubblico, come osserva B. Tonoletti, *Silenzio della pubblica amministrazione*, cit., 182. Tuttavia, la semplice previsione del silenzio assenso, stabilendo soltanto che l'inerzia dell'amministrazione acquista il significato giuridico del provvedimento favorevole, non è in condizione di assicurare la conformità dell'effetto da essa prefigurato alle norme che disciplinano la materia. Il legislatore potrebbe configurare espressamente la fattispecie in modo da escludere che il silenzio-assenso si formi se la domanda è contraria alla disciplina sostanziale. Cosa che però non ha fatto, come dimostra la previsione che consente all'amministrazione di porre nel nulla gli effetti prodotti dal silenzio. Così già A. Travi, *Silenzio-assenso e legittimazione ex lege*, cit., 604.

di un atto di assenso). Con la conseguenza che, mentre il fatto è esistente oppure non esistente, gli effetti sono assoggettati al regime degli effetti del provvedimento e quindi possono essere qualificati in termini di legittimità e illegittimità[286]. Attribuendo al decorso del tempo effetti analoghi a quelli di un provvedimento positivo, è naturale che la legge non dia la "patente" di legittimità al regime derivante dal silenzio, così come tale "patente" non spetta agli effetti del provvedimento autoritativo[287].

Nell'ambito della concezione del silenzio-assenso come valutazione legale tipica è condivisa l'idea secondo cui, una volta formatosi l'effetto equipollente a quello del provvedimento, l'amministrazione perde il potere di provvedere sulla istanza, con la conseguente illegittimità della pronuncia tardiva di accoglimento o di rigetto.

Anche secondo la giurisprudenza oggi prevalente, la previsione che consente all'amministrazione di "assumere determinazioni in via di autotutela, ai sensi degli articoli 21-*quinquies* e 21-*nonies*" (art. 20, comma 3, l. n. 241/1990) va intesa nel senso che, una volta formatosi il silenzio-assenso, l'amministrazione è titolare soltanto dei poteri di secondo grado. Vige cioè il principio di esclusività dell'autotutela dopo la formazione del silenzio, che presuppone l'esaurimento del potere di primo grado[288].

A questo risultato interpretativo una parte della dottrina è pervenuta sostenendo che il silenzio assenso rappresenta una eccezione al dovere-obbligo di provvedere sancito dall'art. 2, l. n. 241/1990[289]. La previsione legislativa del silenzio assenso determinerebbe la sostituzione del dovere di provvedere, in termini generali gravante sull'amministrazione in seno al procedimento, con l'onere di provvedere in senso negativo entro il termine

[286] Secondo F.G. Scoca, *Il silenzio della pubblica amministrazione alla luce del suo nuovo trattamento processuale*, cit., 269, l'assetto di interessi, cui il fatto dell'inerzia dà giuridica rilevanza, "costituisce l'oggetto specifico (della valutazione di legittimità che l'amministrazione è chiamata ad operare nell'eventuale esercizio del potere) di "annullamento", espressamente previsto dall'art. 20".

[287] A. Travi, *Silenzio-assenso ed esercizio della funzione amministrativa*, cit., 174 ss.; Id., *Silenzio-assenso e legittimazione ex lege*, cit., 605.

[288] La giurisprudenza non ha sempre fornito soluzioni univoche, ma da ultimo è stata chiara nel considerare invalido il provvedimento adottato oltre il termine di formazione del silenzio-assenso, avallando così il principio dell'esclusività dell'autotutela: Cons. Stato, ad. plen., 17 ottobre 2017, n. 8. Cfr. V. Parisio, *I silenzi della pubblica amministrazione*, cit., 138 ss. Di diverso avviso A. Cioffi, *Dovere di provvedere e silenzio-assenso*, cit., 178 ss., secondo cui il silenzio assenso ha un effetto parziale e preparatorio rispetto al provvedimento, del quale permane la necessità.

[289] Cfr. G. Morbidelli, *Il procedimento amministrativo*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, Bologna, 1993, 1136; A. Police, *Doverosità dell'azione amministrativa*, cit., 24.

previsto dalla legge[290]. L'onere comporta che l'amministrazione, se intende esercitare il potere di rigettare la richiesta, deve farlo tempestivamente: perché, una volta decorso il termine, il procedimento si chiude automaticamente con il silenzio e all'amministrazione è impedito di adottare il provvedimento tardivo (di diniego o di accoglimento)[291]. Essa potrà intervenire soltanto con un potere di annullamento, quindi un potere diverso, "diverso in quanto implica, come ogni manifestazione di autotutela, la valutazione (e conseguente motivazione della esistenza) di uno specifico interesse pubblico alla rimozione della situazione delineatasi con il formarsi del silenzio assenso"[292].

Tale ricostruzione è perfettamente coerente con la concezione del silenzio quale dichiarazione legale tipica[293]. Sembra tuttavia da obiettare che, quando prevede il silenzio-assenso, l'ordinamento individua comunque nella pronuncia espressa la modalità preferenziale di produzione dell'effetto. Non si spiegherebbe, altrimenti, perché il privato sia costretto ad avviare un procedimento e dunque a richiedere l'esercizio positivo della funzione amministrativa. Se non vi fosse preferenza per la pronuncia autoritativa, l'interesse privato sarebbe libero di esplicarsi e al più sarebbero attribuiti all'amministrazione poteri inibitori (opererebbe il modello della segnalazione certificata di inizio attività, non quello del silenzio-assenso).

Se l'esercizio del potere rimane la modalità preferenziale di produzione dell'effetto, v'è ragione di ritenere che l'attività dell'amministrazione mantiene quel carattere di doverosità che le è proprio nei procedimenti dove non opera il silenzio-assenso. Con la previsione del silenzio-assenso il legislatore semplicemente prende atto della possibile inefficienza amministrativa e vi pone un rimedio onde evitare che questa si rifletta in un pregiudizio eccessivo per il privato che ha richiesto il provvedimento[294]. Lungi dall'escluderlo, il silenzio assenso presuppone il dovere di provvedere e interviene

[290] F.G. Scoca, *Il silenzio della pubblica amministrazione alla luce del suo nuovo trattamento processuale*, cit., 270. V. Parisio, *I silenzi della pubblica amministrazione*, cit., 163 s. Concepisce il silenzio assenso come deroga al dovere di provvedere e critica l'eccessiva diffusione di questa tecnica di semplificazione A. Police, *Dai silenzi significativi ai poteri sostitutivi. Una nuova dimensione per il dovere di provvedere della P. A.*, cit., 34.

[291] F.G. Scoca, *Il silenzio della pubblica amministrazione alla luce del suo nuovo trattamento processuale*, cit., 270.

[292] F.G. Scoca, *Il silenzio della pubblica amministrazione alla luce del suo nuovo trattamento processuale*, cit., 270. Cfr. Id., *Il silenzio della pubblica amministrazione*, cit., 279.

[293] Come osserva A. Travi, *Silenzio-assenso ed esercizio della funzione amministrativa*, cit., 239.

[294] A. Travi, *Silenzio-assenso e legittimazione ex lege*, cit., 607; in termini analoghi B. Tonoletti, *Silenzio della pubblica amministrazione*, cit., 175 s.

nella fase patologica, quando il dovere subisce una violazione per effetto dell'inerzia dell'amministrazione. Il silenzio-assenso è dunque un "rimedio ad una situazione patologica di inerzia e di inefficienza dell'amministrazione, e quindi di violazione di un dovere originario di provvedere"[295].

La conseguenza di questa diversa prospettazione è che in seno al procedimento, anche se ne è prevista la conclusione tramite silenzio-assenso, l'amministrazione ha comunque il dovere di provvedere sull'istanza ai sensi dell'art. 2: il che si pone a tutela del cittadino, la cui situazione giuridica acquisisce maggiore stabilità e certezza quando l'assenso interviene con provvedimento espresso[296].

Ciò tuttavia non significa che il dovere persista dopo la formazione in concreto del silenzio-assenso e che l'amministrazione mantenga il potere/dovere di pronunciarsi tardivamente accogliendo o rigettando l'istanza[297].

L'equipollenza del silenzio-assenso al provvedimento espresso comporta infatti che identici siano non soltanto gli effetti che si traducono nella modificazione della sfera giuridica dei singoli, ma anche quelli che "concernono la funzione amministrativa concretamente interessata"[298]. Pertanto il silenzio-assenso produce (quantomeno) un effetto di definizione del procedimento, analogo a quello che il provvedimento espresso produce nei procedimenti ad istanza di parte, con conseguente esaurimento del dovere di provvedere sulla richiesta[299].

In questo quadro concettuale, la pronuncia tardiva è invalida "non solo perché un principio generale di non contraddittorietà esclude che un identico procedimento possa avere due distinte definizioni, ma anche (e soprattutto) perché un procedimento definito non ammette ulteriori svolgimenti"[300].

È invalida anche perché tra i corollari dell'equipollenza degli effetti del

[295] A. Travi, *Silenzio-assenso e legittimazione ex lege*, cit., 607; Id., *Commento all'art. 2*, cit., 8 ss.; M. Immordino, *Tempo ed efficienza della decisione amministrativa*, cit., 75.

[296] A. Travi, *Silenzio-assenso e legittimazione ex lege*, cit., 607. Critiche alla teoria dell'onere anche in A. Cioffi, *Dovere di provvedere e silenzio-assenso*, cit., 171 ss.

[297] Così invece F.G. Scoca, *Il silenzio della pubblica amministrazione alla luce del suo nuovo trattamento processuale*, cit., 270. L'A. ritiene che, se la previsione del silenzio-assenso non sostituisse il dovere di provvedere con l'onere di provvedere negativamente, sarebbe coerente riconoscere la doverosità della pronuncia tardiva.

[298] A. Travi, *Silenzio-assenso ed esercizio della funzione amministrativa*, cit., 114.

[299] A. Travi, *Silenzio-assenso ed esercizio della funzione amministrativa*, cit., 117 s., dove si osserva persuasivamente che "anche con il silenzio-assenso viene realizzato il risultato del procedimento, in quanto viene assegnato un esito, in senso tecnico, all'iniziativa. La richiesta di provvedimento, col silenzio-assenso, raggiunge il suo obiettivo dal punto di vista procedimentale, esattamente come nel caso del provvedimento".

[300] A. Travi, *Silenzio-assenso ed esercizio della funzione amministrativa*, cit., 141.

silenzio a quelli del provvedimento espresso vi è la produzione, una volta decorso il termine per la chiusura del procedimento, di una preclusione rispetto al futuro esercizio del potere identica a quella che si realizza quando l'amministrazione esercita il potere con il provvedimento espresso. In altre parole, come il potere si consuma tramite il suo esercizio, così avviene quando si forma il silenzio-assenso: non perché si tratti di un esercizio implicito del potere, bensì perché gli effetti che la legge collega all'inerzia sono identici a quelli del provvedimento espresso.

In definitiva, il silenzio-assenso non trasforma il dovere in onere di provvedere negativamente, ma il decorso del termine comporta comunque l'esaurimento del potere quale conseguenza dell'inerzia dell'amministrazione. Altro discorso è se con riferimento alla pronuncia tardiva operi il rimedio dell'annullabilità[301], e dunque il ricorrente abbia l'onere di impugnarla entro il termine di sessanta giorni, ovvero della nullità con il conseguente onere di impugnazione entro centottanta giorni, mentre le premesse teoriche qui accolte escludono la soluzione della radicale inefficacia (tranne che nel caso di limite della non riferibilità del provvedimento all'ordinamento di riferimento, ossia di inesistenza giuridica dello stesso)[302]. Benché il rimedio della nullità appaia, in ragione del suo maggior rigore, astrattamente più acconcio ad un provvedimento espressione di un potere esaurito, occorre ancora una volta fare i conti con la tassatività delle cause di nullità indicate dall'art. 21-*septies* e con la tendenza restrittiva della giurisprudenza amministrativa sul punto; pare dunque più conforme al sistema normativo e giurisprudenziale ritenere operante il rimedio della annullabilità.

[301] Secondo A. Travi, *Silenzio-assenso ed esercizio della funzione amministrativa*, cit., 143, l'invalidità della pronuncia tardiva di rigetto non ne comporta l'inefficacia, per cui l'interessato ha l'onere di impugnarla entro il termine decadenziale di sessanta giorni; lo stesso onere non sussiste per le pronunce tardive di accoglimento, in quanto esse non producono alcun effetto innovativo rispetto al silenzio-assenso.

[302] Secondo B. Tonoletti, *Silenzio della pubblica amministrazione*, cit., 188-192, quando si sia formato il silenzio-assenso l'atto tardivo è inefficace, in quanto ad esso non può essere riconosciuta "la forza di precludere la produzione degli effetti del silenzio-assenso, i quali discendono direttamente da una norma di legge", con la conseguenza che l'eventuale scadenza del termine per impugnare non assume alcuna rilevanza. Osserva l'A che la tesi contraria, la quale considera il provvedimento tardivo come atto efficace (sebbene invalido), attribuisce all'amministrazione "il potere di precludere autoritativamente, in ogni momento, la produzione degli effetti del silenzio-assenso". In virtù di questo potere, l'amministrazione si viene a trovare in una posizione di supremazia nel rapporto con il cittadino sorto dopo il silenzio-assenso, supremazia che determina una incertezza sulla consistenza della situazione soggettiva di quest'ultimo e che dunque compromette gravemente l'efficacia pratica del silenzio-assenso come rimedio all'inerzia amministrativa.

8. *L'esaurimento del potere attraverso l'inerzia. Riflessi sulla tutela giurisdizionale*

I precedenti svolgimenti inducono a ritenere che, una volta impostata la questione sul terreno dell'interpretazione del diritto positivo, i rapporti tra potere amministrativo e tempo del suo esercizio si atteggiano in modi diversi da quelli che sarebbero coerenti con l'immagine dell'inesauribilità del potere.

In casi nient'affatto secondari il termine previsto dalla norma attiene al potere e pertanto alla sua scadenza è collegata un'efficacia preclusiva assoluta, nel senso che l'amministrazione non può più esercitare il potere e adottare l'atto progettato, neppure a conclusione di un nuovo procedimento.

Termini di questo genere riguardano esclusivamente l'adozione di atti restrittivi, in quanto l'efficacia preclusiva assoluta è logicamente incompatibile con la struttura dei procedimenti ad istanza di parte volti all'adozione di atti ampliativi. In particolare, il decorso del tempo determina una preclusione assoluta in relazione ai termini (per l'adozione di atti restrittivi) che decorrono da un fatto diverso dall'avvio del procedimento o da un atto endo-procedimentale. Viceversa, la preclusione è soltanto relativa se il termine decorre dall'avvio del procedimento d'ufficio o da un atto ad esso interno, tranne che non sia diversamente stabilito dalla legge.

I termini previsti per il compimento di atti favorevoli, invece, posseggono sempre e soltanto un'efficacia preclusiva relativa, nel senso che il loro inutile decorso comporta l'illegittimità dell'eventuale esercizio tardivo del potere, ma non impedisce all'amministrazione di avviare un nuovo procedimento su istanza di parte che riguardi la stessa materia.

Infine, nei procedimenti in cui opera il silenzio significativo (silenzio-assenso e silenzio-rigetto), il decorso infruttuoso del termine comporta la produzione di un effetto giuridico analogo a quello derivante dall'adozione del provvedimento espresso, con la conseguenza che l'amministrazione attraverso l'inerzia esaurisce il proprio potere esattamente come lo esaurisce quando adotta la decisione espressa.

Occorre soffermarsi sui riflessi di questa impostazione sul sistema della tutela giurisdizionale a fronte dell'inerzia della pubblica amministrazione, quando tale inerzia non assuma il significato di assenso o di rigetto: nel qual caso, come noto, operano le regole generali del processo di impugnazione.

Sul versante degli interessi legittimi oppositivi, il soggetto che subisce la lesione da parte del provvedimento tardivo può in ogni caso invocare, quale vizio di legittimità, la tardività del provvedimento medesimo e dunque

l'avvenuto esaurimento del potere all'interno del procedimento. Se il termine violato decorre dall'avvio del procedimento, la norma che lo pone è "norma sul procedimento" e pertanto trova applicazione l'art. 21-*octies*, l. n. 241/1990.

Quando il termine possiede efficacia preclusiva assoluta (vuoi perché decorre da un momento diverso dall'avvio del procedimento, vuoi perché l'effetto preclusivo sostanziale è espressamente stabilito dalla legge), l'annullamento è pienamente satisfattivo in quanto l'amministrazione non potrà riavviare un nuovo procedimento per la riedizione dell'atto; lo potrà fare soltanto in presenza di fatti sopravvenuti, dal momento che, salvo eccezioni, la preclusione sostanziale ha carattere relativo e non assoluto.

In questi casi, inoltre, in virtù dell'atipicità delle azioni nel processo amministrativo[303], il privato soggetto al potere restrittivo può articolare una

[303] Sull'atipicità delle azioni nel codice del processo amministrativo E. Follieri, *La tipologia delle azioni esperibili*, cit., 180 s., il quale spiega anche le ragioni per le quali, pur vigendo il principio dell'atipicità delle azioni, il codice del processo amministrativo ne ha opportunamente tipizzato le più significative per la tutela dell'interesse legittimo; F.G. Scoca, *L'interesse legittimo*, cit., 345 s.; B. Sassani, *Arbor actionum. L'articolazione della tutela nel codice del processo* amministrativo, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 1356 ss.; M. Clarich, *Le azioni nel processo amministrativo tra reticenze del Codice e apertura a nuove tutele*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 1121 ss.; V. Domenichelli, *Le azioni nel nuovo codice del processo*, in *www.iuspublicum.it*, 2011, 4 s.; S. Foà, *Giustizia amministrativa atipicità delle azioni ed effettività della tutela. Il nuovo diritto giurisprudenziale*, Napoli, 2012, 9 ss.; M. Clarich, *Tipicità delle azioni*, cit., 585 ss.; A. Orsi Battaglini, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, 54; A. Police, *Il ricorso di piena giurisdizione*, cit., II, 171 ss., che sostiene la tesi dell'unicità dell'azione, atipica nei contenuti e strumentale a rappresentare in giudizio la situazione sostanziale di cui si chiede tutela. In giurisprudenza Cons. Stato, sez. VI, 9 febbraio 2009, n. 717; Cons. Stato, sez. VI, 15 aprile 2010, n. 2139; soprattutto Cons. Stato, ad. plen., 29 luglio 2011, n. 15, che ammette l'azione di accertamento atipica. Sull'azione di accertamento v. anche B. Tonoletti, *Mero accertamento e processo amministrativo: esame di casi concreti*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 593 ss.; R. Villata, *Spigolature "stravaganti" sul nuovo codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 864 ss.

La dottrina favorevole all'atipicità delle azioni richiama solitamente la posizione di G. Chiovenda, *Principi di diritto processuale civile*, cit., 81, secondo il quale "il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire", con la conseguenza che il processo medesimo "è per sé stesso fonte di tutte le azioni praticamente possibili, che tendano all'attuazione d'una volontà della legge".

Le linee di fondo del dibattito in tema di tipicità-atipicità delle azioni sono ricostruite da A. Travi, *La tipologia delle azioni nel nuovo processo amministrativo*, in AA.VV., *La gestione del nuovo processo amministrativo: adeguamenti organizzativi e riforme strutturali*, Atti del LVI Convegno di Studi di scienza dell'amministrazione, Varenna 23-25 settembre 2010, Milano, 2011, 75 ss., il quale accoglie la tesi della tipicità poiché la riserva di legge in materia processuale prevista dall'art. 111 Cost. esclude i poteri creativi della giurisprudenza nella materia processuale. Cfr. anche gli interventi di P. De Lise, G. Coraggio, F. Merusi, L. Torcha, M. Lipa-

domanda giudiziale volta a ottenere una sentenza di accertamento che dichiari l'avvenuta consumazione del potere per effetto del decorso del termine ad efficacia preclusiva sostanziale, al fine di dissipare l'incertezza sulla stabilità della propria situazione giuridica soggettiva determinata dalla mancata chiusura esplicita del procedimento[304].

Secondo la giurisprudenza, la semplice inerzia dell'amministrazione non determinerebbe una situazione di incertezza tale da far sorgere l'interesse alla proposizione dell'azione di accertamento. L'incertezza – e dunque l'interesse a ricorrere ad essa collegato – diverrebbe attuale soltanto ove la amministrazione pretendesse di esercitare il potere esaurito, ma in quella ipotesi il privato sarebbe obbligato a percorrere la via dell'azione di annullamento. Pertanto l'azione di accertamento in parola, secondo la giurisprudenza, non è in alcun caso esperibile[305].

In realtà, per quanto sia esatto che la mera inerzia dell'amministrazione non dà luogo a uno stato di incertezza tale da far scaturire l'interesse alla pronuncia di accertamento[306], sembra ragionevole ritenere che il suddetto presupposto ricorra, ad esempio, quando il terzo abbia chiesto all'amministrazione l'esercizio del potere esaurito (ad esempio, con una istanza che,

ri nel volume da ultimo citato. Una posizione negativa rispetto all'ammissibilità dell'azione di accertamento è espressa da S. Valaguzza, *Il giudicato amministrativo*, cit., 93 ss.

[304] Cfr. A. Scognamiglio, *Rito speciale per l'accertamento del silenzio*, cit., 488 ss.

[305] T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 27 luglio 2015, n. 10225. Cfr. A. Carbone, *L'azione di condanna ad un facere. Riflessioni sul processo amministrativo fondato sulla pluralità delle azioni*, cit., 12 s. individua le ragioni per cui gli spazi per un contenzioso di mero accertamento risultano limitati nel processo amministrativo. A. Scognamiglio, *Rito speciale per l'accertamento del silenzio*, cit., 487 ss., condivide la posizione della giurisprudenza circa l'inammissibilità dell'azione di mero accertamento ma ritiene che l'interesse ad una pronuncia che dichiari l'avvenuta consumazione del potere possa essere soddisfatto attraverso l'azione avverso il silenzio disciplinata dagli art. 31 e 117 c.p.a., i quali "non escludono che il giudizio si possa concludere con una sentenza di mero accertamento e che la sentenza di condanna possa avere un contenuto diverso rispetto all'ordine di emettere un provvedimento […] nulla osta a che la pronuncia ordinatoria si risolva in una inibitoria, ovvero in un ordine di non provvedere, stante l'avvenuta consumazione del termine per l'esercizio del potere […]". La tesi appare tuttavia di difficile coordinamento con il dato normativo, che espressamente collega l'azione avverso il silenzio ad una pronuncia con la quale "il giudice ordina all'amministrazione di provvedere": e, dal punto di vista letterale, non sembra che nell'ordine di provvedere si possano far rientrare anche sentenze inibitorie, come ritiene invece l'A.

[306] In questo senso anche M. Mazzamuto, *Il principio del divieto di pronuncia con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati*, cit., 14. In generale A. Falzea, *Efficacia giuridica*, cit., 503, ritiene che perché si determini l'esigenza pratica di un fatto di accertamento occorre l'incertezza oggettiva sull'esistenza e sul contenuto della situazione giuridica, causata dal "conflitto intersoggettivo di apprezzamenti" e dalla "versione contrastante che gli interessati sostengono della realtà giuridica".

oltre il termine previsto, richiede l'esercizio del potere inibitorio da parte dell'amministrazione su una attività privata): in questo caso non pare si possa negare l'attualità dell'interesse ad ottenere una sentenza che accerti l'avvenuto esaurimento del potere in modo da impedirne l'esercizio. La situazione di obiettiva incertezza, necessaria per l'ammissibilità dell'azione di accertamento, non presuppone necessariamente l'avvenuto esercizio del potere da parte dell'amministrazione.

Sul versante degli interessi legittimi pretensivi, la prima implicazione della tesi esposta è che il richiedente, il quale si sia visto rigettare l'istanza con un provvedimento intervenuto dopo la scadenza del termine, potrà sempre denunciarne la tardività; tale censura, però, non potrà essere accolta se il provvedimento abbia natura vincolata e non sia palese l'incidenza del vizio sul suo contenuto dispositivo: nei procedimenti ad istanza di parte, infatti, il termine è di natura procedimentale (in quanto collegato all'avvio del procedimento) e dunque trova applicazione l'art. 21-*octies*, comma 2, l. n. 241/1990.

Le altre implicazioni riguardano il giudizio avverso il silenzio inadempimento.

La dottrina che in passato ha sostenuto la tesi secondo cui l'inerzia dell'amministrazione consuma il potere (anche laddove non opera il silenzio-assenso) intendeva dimostrare l'inefficacia dell'atto tardivo, con la conseguente inidoneità dello stesso a provocare l'estinzione del giudizio contro il silenzio, e soprattutto ammettere una tutela di tipo costitutivo nell'ambito del giudizio medesimo: il processo, secondo questa impostazione, dovrebbe tener luogo del procedimento amministrativo e, ricorrendone i presupposti legali, soddisfare direttamente, nelle forme dell'esecuzione della sentenza da parte dell'amministrazione oppure attraverso le regole del giudizio di ottemperanza, l'interesse del ricorrente all'esercizio della situazione potestativa[307].

[307] Il riferimento è a B. Tonoletti, *Silenzio della pubblica amministrazione*, cit., 158, 170-172, secondo cui "la tutela specifica dell'interesse leso dall'inerzia amministrativa è una tutela costitutiva. Ciò comporta che l'accertamento dei fatti rilevanti per la produzione degli effetti giuridici, pur nei limiti del giudizio di legittimità, avvenga nel processo di cognizione, in contraddittorio fra le parti, secondo le regole del processo dispositivo. Inoltre la produzione degli effetti sostanziali, che costituisce l'oggetto specifico della tutela, viene operata nel processo, nella sua fase esecutiva, direttamente dall'amministrazione o secondo le regole del giudizio di ottemperanza. In tal modo, il processo si sostituisce al procedimento amministrativo nell'attuazione della volontà di legge nel caso concreto, al fine di realizzare la tutela dell'interesse leso dal mancato esercizio della situazione potestativa da parte della pubblica amministrazione". L'A ritiene che, per ammettere questo schema di tutela, è necessario

Per quanto l'esaurimento del potere apra sul piano logico lo spazio per una simile tecnica di tutela[308], l'assetto dato dal codice del processo amministrativo al giudizio sul silenzio-inadempimento della pubblica amministrazione, non a caso considerato insoddisfacente da una parte della dottrina[309], impedisce di accogliere la tesi della generalizzata sostituibilità del provvedimento ampliativo con la sentenza costitutiva ovvero con una attività dell'amministrazione di natura meramente esecutrice.

La soluzione accolta dal codice del processo amministrativo nella disciplina della tutela avverso il silenzio-inadempimento, infatti, è quella (non della sentenza costitutiva che tiene luogo del provvedimento[310]) ma della sentenza dichiarativa dell'obbligo di provvedere[311] con la quale "il giudice ordina all'amministrazione di provvedere entro un termine […]"[312]. Una condanna che si fa particolarmente stringente per l'amministrazione quando, essendo l'attività vincolata in astratto o in concreto e non essendo necessari adempimenti istruttori riservati all'amministrazione, il giudice può

ritenere che l'inerzia dell'amministrazione esaurisca il potere della stessa, altrimenti "sarebbe impensabile una sostituzione giudiziale nell'esercizio di esso". A questo fine l'A. propone di valorizzare il principio sancito dall'art. 2, l. n. 241/1990, il quale introduce la tempestività tra i requisiti essenziali dell'attività amministrativa di modo che "l'interesse dell'ordinamento non è più quello di ottenere che la funzione sia esercitata, ma quello che la funzione sia esercitata nei tempi prescritti, soprattutto quando ci siano cittadini interessati al suo svolgimento".

[308] Lo si è già visto nel capitolo III, sezione seconda, a proposito dell'esaurimento del potere come conseguenza del suo esercizio.

[309] M. Ramajoli, *Forme e limiti della tutela giurisdizionale contro il silenzio inadempimento*, cit., 726 ss.

[310] Che, ai sensi dell'art. 34, comma 1, lett. *d*), è ammessa soltanto "nei casi di giurisdizione di merito". Ad una sentenza costitutiva, quando l'amministrazione sia rimasta inerte, secondo un'opinione è d'ostacolo anche il divieto di pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati, prescritto dall'art. 34, comma 3, c.p.a.: M. Mazzamuto, *Il principio del divieto di pronuncia con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati*, cit., 14 s., il quale aggiunge che il giudizio avverso il silenzio inadempimento, specie quando conduce all'accertamento da parte del giudice della fondatezza della pretesa, è una deroga al principio tradizionale del divieto di pronunciare con riferimento a poteri non ancora esercitati.

[311] L'art. 31, comma 1, c.p.a., parla di azione volta all'accertamento dell'obbligo di provvedere.

[312] Così l'art. 117, comma 3, c.p.a. Cfr. E. Follieri, *La tipologia delle azioni proponibili*, cit., 202, il quale osserva che, a dispetto della definizione contenuta nell'art. 31, c.p.a., l'azione avverso il silenzio è, in ragione del disposto dell'art. 117, sempre un'azione di condanna. Qualifica la pronuncia come "di accertamento e di condanna a provvedere" V. Lopilato, *Commento all'art. 31*, in F. Caringella - M. Protto, *Codice del processo amministrativo commentato con dottrina e giurisprudenza*, Dike giuridica, 2015, 418.

"pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio" (art. 31, comma 3, c.p.a.)[313] e in questo modo condannare l'amministrazione all'adozione del provvedimento richiesto[314].

[313] Il potere del giudice del silenzio di conoscere la fondatezza della pretesa è stato previsto la prima volta con le modifiche introdotte all'art. 2, l. n. 241/1990, dalla l. n. 80/2005. Prima di allora, l'adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 1 del 2012 aveva affermato che il giudizio avverso il silenzio, disciplinato dall'art. 21-*bis*, l. n. 1034/1971, introdotto dalla l. n. 205/2000, fosse diretto soltanto ad accertare la violazione dell'obbligo di provvedere da parte dell'amministrazione. Questa posizione riprendeva sostanzialmente quella espressa dal Consiglio di Stato a partire dagli anni sessanta (ad esempio, sez. V, 22 ottobre 1960, n. 727; prima di allora il silenzio era equiparato al rigetto e il giudizio si svolgeva secondo lo schema consueto dell'annullamento), in parte superata con la ad. plen., 10 marzo 1978, n. 10, che individuava l'oggetto del processo nel dovere in concreto di provvedere precisando che, se l'inerzia riguarda scelte e attività vincolate, la sentenza che dichiara l'inadempimento accerta altresì le ragioni che avrebbero reso accoglibile l'istanza del privato e dunque vincola l'amministrazione non solo sull'*an* ma anche sul come e sul quando l'obbligo di provvedere debba essere adempiuto.

È osservazione comune in dottrina che, anche dopo la l. n. 80/2005, il giudice amministrativo è restio ad accertare la fondatezza della pretesa in considerazione della struttura semplificata del rito avverso il silenzio: cfr. criticamente A. Carbone, *L'azione di adempimento*, cit., 107 ss.; M. Ramajoli, *Forme e limiti della tutela giurisdizionale contro il silenzio inadempimento*, cit., 717. Per ovviare a questo problema una parte della dottrina ritiene che il giudizio sul silenzio potrebbe assumere iter processuali diversi (rispettivamente, rito speciale e rito ordinario) a seconda dell'ampiezza della domanda, ora volta a dichiarare l'inerzia ora ad accertare la fondatezza della pretesa: N. Saitta, *Ricorsi contro il silenzio della P.A.: quale silenzio?*, in *Giust. It.*, n. 7/8, 2001; B. Tonoletti, *Commento all'art. 2 della legge n. 205/2000*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2001, 582; *contra* G. Greco, *L'articolo 2 della legge 21 luglio 2000, n. 205*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 7 ss., 10 secondo cui "il giudizio sul silenzio della Pubblica Amministrazione è uno solo" e dunque la celerità del rito non può impedire l'accertamento della fondatezza della pretesa ove ne ricorrano i presupposti; questa opinione oggi sembra trovare conferma proprio nell'art. 31, comma 2, c.p.a., che espressamente consente al giudice di "pronunciare sulla fondatezza dell'istanza" nel ricorso avverso il silenzio e non in altra sede processuale.

La tesi della divaricazione del rito è ripresa con argomenti e soluzioni originali da A. Carbone, *L'azione di adempimento*, cit., 204, il quale procede ad una applicazione analogica del meccanismo di cui all'art. 117, ultimo comma, per sostenere la possibilità di rimettere al giudice amministrativo il potere di valutare se l'azione di adempimento possa essere immediatamente decisa o se sia opportuna la conversione del rito speciale in rito ordinario.

[314] Si discute se l'azione prevista dall'art. 31, comma 2, sia alcunché di diverso dalla azione di adempimento proponibile unitamente all'azione di annullamento dell'atto di diniego ai sensi dell'art. 34, comma 1, lett. *c*), c.p.a.

Per la tesi che il fenomeno giuridico sia il medesimo, in quanto "non può dubitarsi del fatto che l'accertamento della fondatezza della pretesa costituisca l'oggetto dell'azione di adempimento", A. Carbone, *L'azione di adempimento*, cit., 203; anche A. Travi, *Alla ricerca dell'azione di adempimento*, cit., 5, ritiene che l'azione di adempimento sia stata introdotta nel sistema proprio sotto il manto dell'azione avverso il silenzio con la quale il ricorrente ri-

La natura condannatoria della sentenza che definisce il giudizio sul silenzio comporta che si debba qui ripetere quanto già osservato in relazione alla tutela giurisdizionale degli interessi pretensivi nel caso in cui l'amministrazione abbia opposto al richiedente un diniego espresso, cioè che nell'attuale assetto processuale la soddisfazione dell'interesse finale, anche laddove imposta dalla sentenza (di condanna), passa comunque attraverso l'esercizio del potere amministrativo[315].

chiede al giudice di pronunciare sulla pretesa (quindi dall'art. 2 l. n. 241/1990, come modificato dalla l. n. 80/2005; oggi art. 31 c.p.a.); così anche V. Domenichelli, *Le azioni nel nuovo codice del processo*, cit., 3 s.; pure la giurisprudenza sembra orientata in questo senso: Cons. Stato, ad. plen. 23 marzo 2011, n. 3; T.A.R. Calabria, 5 marzo 2011, n. 324. Nello stesso senso prima del c.p.a., e dunque in relazione all'art. 2, l. n. 241/1990 come modificato nel 2005, A. Police, *Doverosità dell'azione amministrativa*, cit., 30. Ancor prima M. Nigro, *Linee di una riforma necessaria e possibile nel processo amministrativo*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, 118 s., prospettava *de jure condendo* l'azione di adempimento come "rimedio contro l'inosservanza da parte dell'amministrazione del dovere di emanazione di un atto amministrativo".

Per la tesi contraria, v. E. Follieri, *La tipologia delle azioni proponibili*, cit., 202, secondo cui la sentenza che nel rito avverso il silenzio pronuncia sulla fondatezza della pretesa, pur essendo dotata di un incisivo e pregnante effetto conformativo "è, pur sempre, di condanna a provvedere e non ad emanare l'atto amministrativo richiesto dal ricorrente"; per ottenere questo tipo di tutela, secondo l'A., il ricorrente deve proporre, contestualmente all'azione avverso il silenzio, l'azione di adempimento ai sensi dell'art. 34, comma 1, lett. *c*).

La seconda tesi ha dalla sua parte l'argomento dell'interpretazione utile: se l'art. 31, comma 2, prevedesse l'azione di adempimento all'interno del rito sul silenzio, l'art. 34, comma 1, lett. *c*) sarebbe un inutile doppione laddove consente la proposizione dell'azione di adempimento contestualmente (oltre che all'azione di annullamento del diniego) all'azione avverso il silenzio inadempimento. Per la tesi della identità dei due rimedi depone invece, oltre la difficoltà di intendere cosa sia una pronuncia sulla fondatezza della pretesa se non una pronuncia che condanna l'amministrazione all'adozione dell'atto riconosciuto come spettante al privato, la circostanza che le due azioni hanno presupposti identici dal momento che l'art. 34, comma 1, lett. *c*), individua i presupposti dell'azione di adempimento proprio attraverso il rinvio all'art. 31, comma 2 (assenza di discrezionalità in astratto o in concreto, assenza di adempimenti istruttori riservati).

La ricaduta pratica di questo dibattito si coglie sul versante del rito processuale, perché se si ritiene che nel rito avverso il silenzio per ottenere la condanna all'adempimento il ricorrente deve proporre l'azione di cui all'art. 34, comma 1, lett. *c*), allora è coerente ritenere che in giudizio siano introdotte due diverse azioni, una soggetta al rito ordinario (l'azione di adempimento) e l'altra al rito camerale (l'azione avverso il silenzio), con conseguente applicazione dell'art. 32 c.p.a. secondo cui, salva l'ipotesi del rito speciale in materia di contratti pubblici, "se le azioni sono soggette a riti diversi, si applica quello ordinario". Si muove in questo ordine di idee, da ultimo, A. Scognamiglio, *Rito speciale per l'accertamento del silenzio*, cit., 456-467, 472-476, che nella conversione automatica del rito vede la soluzione dei problemi riscontrati dalla giurisprudenza la quale si mostra restia a pronunciare sulla fondatezza della pretesa all'interno del rito camerale.

[315] Diversamente, ad esempio, da quanto avviene nel sistema austriaco, dove la violazio-

Nel caso dell'atto di diniego la spiegazione del fenomeno è stata rinvenuta nella circostanza che tale atto non consuma il potere di rilasciare il provvedimento richiesto. Nel caso dell'inerzia è giocoforza ritenere, come si è anticipato, che la sentenza con la quale il giudice dichiara l'inerzia e ordina all'amministrazione di provvedere – abbia questo ordine contenuto astratto ovvero specifico – rimette l'amministrazione in termini[316]: consente cioè di esercitare un potere che, per effetto del decorso infruttuoso del termine, era altrimenti da ritenersi esaurito[317].

Coerentemente con questa impostazione, che dà alla pronuncia di cognizione la funzione di riaprire il termine per provvedere, vi è da escludere che nel corso del giudizio, ma prima dell'adozione della sentenza, l'amministrazione abbia il potere di pronunciarsi sull'istanza del richiedente fattosi ricorrente. Il regime di questa eventuale pronuncia è quello già esposto in termini generali per il provvedimento tardivo: si tratterà cioè di una decisione illegittima, indipendentemente dal suo contenuto. Il ricorrente, secondo quanto prevede l'art. 117, comma 5, c.p.a., potrà impugnarla con motivi aggiunti e il giudizio proseguirà secondo il rito previsto per l'impugnazione del nuovo provvedimento[318]. Se però la pronuncia tardiva è pienamente satisfattiva dell'interesse del ricorrente, si avrà l'estinzione del giudizio avverso il silenzio per cessazione della materia del contendere, stante l'efficacia del provvedimento malgrado l'invalidità, e l'eventuale controinteressato potrà impugnarla con un ricorso autonomo[319].

ne del termine comporta la perdita del potere di decidere e la facoltà per il richiedente di rivolgersi all'autorità sovraordinata sino a raggiungere i vertici del potere esecutivo. Se dopo aver percorso tutta la scala gerarchica non è stata comunque adottata la decisione, il cittadino può rivolgersi alla Corte amministrativa con ricorso giurisdizionale contro l'inadempienza. Sul punto C. Fraenkel-Haeberle, *Il silenzio dell'amministrazione: echi d'oltralpe*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 1049 s.

316 E. Sticchi Damiani, *Il giudice del silenzio come giudice del provvedimento virtuale*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 8 s., parla di proroga del termine di conclusione del procedimento. Cfr. altresì M. Sica, *Il rito del silenzio*, cit., 993, il quale ritiene che la proroga giudiziale del termine per provvedere sia "uno degli aspetti più critici della disciplina attuale" sia per l'ampia discrezionalità lasciata al giudice nella fissazione del termine, sia perché la determinazione di un nuovo termine per provvedere a conclusione del giudizio vanifica la finalità di celerità e tempestività dell'azione amministrativa sottesa all'art. 2, l. n. 241/1990, in quanto "la p.a. finisce per disporre di un termine per provvedere pari a quattro/cinque volte quello residuale ivi previsto".

317 Non sembra quindi esatta la posizione di Ad. plen., n. 15/2011, secondo cui il rito sul silenzio presuppone la inesauribilità del potere.

318 G. Greco, *L'articolo 2*, cit., 14; A. Tigano, *Brevi considerazioni sul rapporto procedimento-processo in tema di silenzio inadempimento*, cit., 2409 ss.

319 Cosi G. Greco, *L'articolo 2*, cit., 14.

L'inutile decorso del termine individuato nella sentenza di cognizione per provvedere ha un duplice effetto. In primo luogo, analogamente a quanto avviene se decorre inutilmente il termine fissato dal diritto sostanziale, l'amministrazione perde il potere di provvedere, per cui è illegittimo il provvedimento eventualmente adottato dopo la scadenza del termine; tale illegittimità dovrà essere fatta valere con autonomo ricorso, dato che il giudizio è chiuso e quindi non sono proponibili i motivi aggiunti ai sensi dell'art. 117, comma 5, c.p.a.[320].

In secondo luogo, dopo la infruttuosa scadenza del termine fissato dalla sentenza è possibile l'intervento sostitutivo del commissario *ad acta*, nominato con la stessa sentenza di cognizione o successivamente su istanza della parte interessata ai sensi dell'art. 117, comma 3, c.p.a.[321]. L'attività del commissario avrà carattere esecutivo della sentenza di cognizione se questa ha accertato la fondatezza della pretesa del ricorrente e dunque contiene la condanna all'adozione del provvedimento richiesto. Si tratterà invece di una mera attività sostitutiva se il giudice in sede di cognizione si sia limitato ad accertare l'obbligo di provvedere: in questo caso non vi è alcuna certezza

[320] Cfr. M. Ramajoli, *Forme e limiti della tutela giurisdizionale contro il silenzio inadempimento*, cit., 743, che in ciò vede un limite del rito avverso il silenzio.

[321] Cfr. M. Ramajoli, *Forme e limiti della tutela giurisdizionale contro il silenzio inadempimento*, cit., 738, secondo cui quella di nominare il commissario con la sentenza di cognizione, prevedendone tuttavia l'operatività solo nel caso in cui l'amministrazione resti inadempiente oltre il termine fissato dalla sentenza stessa, è una prassi giurisprudenziale che di fatto ridimensiona la garanzia del privato di ottenere la nomina del commissario già in sede di cognizione.

In effetti, l'art. 117, comma 3, c.p.a., stabilisce soltanto che il giudice, ove occorra, nomina con la sentenza di cognizione (o successivamente, su richiesta dell'interessato) il commissario: la legge, cioè, non sembra subordinare l'intervento del commissario al perdurare dell'inerzia dell'amministrazione dopo il termine per provvedere fissato nella sentenza. Bisogna, però, considerare che l'operatività immediata del commissario renderebbe di fatto inutile lo stesso ordine di provvedere entro un termine fissato dalla sentenza. Sembra dunque ragionevole la prassi giurisprudenziale che ammette la nomina immediata del commissario, ma ne posticipa l'operatività alla perdurante inerzia dell'amministrazione (così, ad esempio, T.A.R. Campania, Napoli, sez. VIII, 26 aprile 2013, n. 2190). Questa soluzione peraltro, è coerente con la tesi qui sostenuta secondo cui la sentenza realizza una proroga giurisdizionale del termine di provvedere e dunque il potere non può dirsi esaurito sino alla scadenza di questo termine.

Secondo L. Bertonazzi, *Il giudizio sul silenzio*, in B. Sassani - R. Villata (a cura di), *Il codice del processo amministrativo*, cit., 991, neppure l'insediamento del commissario priva la amministrazione del potere di provvedere. Ma sul punto non si può qui convenire perché, quando il commissario si insedia, il potere dell'amministrazione è già esaurito per effetto del decorso del termine giudiziale per provvedere.

che l'attività del commissario si concluda con l'adozione di un provvedimento di accoglimento dell'istanza[322].

[322] Che nel giudizio avverso il silenzio il commissario *ad acta* possa adottare il provvedimento esercitando la discrezionalità in luogo dell'amministrazione, senza che vi occorra una regola conformativa puntuale espressa dalla sentenza d cognizione e tantomeno l'accertamento da parte di essa della fondatezza della pretesa, emerge da Cons. Stato, ad. plen., 9 febbraio 2016, n. 2, dove si precisa che se invece il commissario è nominato a seguito della sentenza di annullamento l'adozione da parte sua del provvedimento è possibile solo se imposta dal giudicato.

Si pronuncia in questo senso, sia pure con accenti critici in relazione alla prassi giurisprudenziale che priva la sentenza nel rito sul silenzio di "qualsivoglia effetto conformativo" M. Ramajoli, *Forme e limiti della tutela giurisdizionale contro il silenzio inadempimento*, cit., 740-742, che accede alla già richiamata (e da noi condivisa) impostazione generale di R. Villata, *Riflessioni in tema di giudizio di ottemperanza*, cit., secondo il quale l'attività del commissario può essere considerata esecutiva sino a quando si mantiene entro il limite degli effetti oggettivi del giudicato; oltre questo limite l'attività del commissario, nella misura in cui sia ammessa dalle norme processuali o dalla giurisprudenza, ha carattere sostitutivo. Così anche, con riferimento al commissario *ad acta* nel giudizio avverso il silenzio, T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 4 maggio 2017, n. 5335.

Secondo una parte della dottrina, la previsione che assoggetta al giudice del silenzio le questioni "inerenti agli atti del commissario" (art. 117, comma 4, c.p.a.), letta unitamente all'art. 21 c.p.a. che qualifica il commissario ad acta come "ausiliare del giudice", impone di ritenere che l'attività del commissario avrebbe sempre carattere esecutivo: così A. Carbone, *L'azione di adempimento*, cit., 191 s. Di contro si può osservare, se proprio si vuol riconoscere peso decisivo al regime dell'impugnazione degli atti del commissario al fine di qualificarne l'attività come esecutiva o meno, che a ben guardare il citato art. 117, comma 4, non rimette al giudice del silenzio tutte le questioni inerenti agli atti del commissario, ma soltanto quelle che "attengono all'esatta adozione del provvedimento richiesto". La disposizione presuppone una pronuncia di cognizione che non si sia limitata ad accertare l'inadempimento ma che abbia individuato il "provvedimento richiesto", per cui la devoluzione al giudice del silenzio delle controversie sorte in relazione all'attività del commissario non è assoluta, ma relativa a quella parte di attività del commissario che può a pieno titolo essere considerata esecutiva e che può o meno sussistere a seconda dell'efficacia oggettiva del giudicato formatosi al termine del processo di cognizione. Del resto la tesi secondo cui l'attività del commissario nel giudizio sul silenzio è sempre esecutiva, nel senso che sottostà "a precise determinazioni giurisdizionali" conduce alla conclusione che il commissario può essere nominato soltanto quando la sentenza di cognizione abbia condannato l'amministrazione all'adozione del provvedimento richiesto, cioè quando il giudice si sia pronunciato sull'azione di adempimento o, quantomeno, abbia accertato la fondatezza della pretesa (in questo senso, infatti, è la coerente posizione di A. Carbone, *L'azione di adempimento*, cit., 192). Il che tuttavia non sembra conforme al disposto normativo: che non fa menzione di questo presupposto, individua la nomina del commissario come un rimedio generale alla perdurante inerzia dell'amministrazione, collegandone nomina ed operatività al mancato rispetto del termine per provvedere indicato nella sentenza e non a un particolare contenuto della sentenza di cognizione.

CONCLUSIONI

1. Il potere amministrativo è inesauribile: sopravvive integro al suo esercizio, non si estingue per effetto del decorso del tempo. Una determinata situazione reale è soggetta pertanto a un numero potenzialmente infinito di episodi di esercizio dello stesso potere amministrativo; l'amministrazione, inoltre, ha facoltà di adottare in ogni tempo le decisioni di sua competenza per la cura degli interessi pubblici.

L'immagine di un flusso continuo, sempre efficiente, è approssimativa come lo sono tutte le metafore riferite ai fenomeni giuridici; ma rende bene l'idea del fenomeno di cui si tratta. L'inesauribilità è un carattere intrinseco al potere amministrativo, una qualità che gli è naturalmente propria e che determina o conforma il regime dell'attività amministrativa, non è (soltanto, o tanto) una espressione descrittiva di una certa disciplina giuridica.

Più analiticamente, l'inesauribilità del potere amministrativo consente di concepire gli atti di riesame come l'esito di un nuovo esercizio del potere esplicato con l'atto di primo grado. A sostegno di questa tesi si adduce la loro collocazione nell'ambito della funzione di amministrazione attiva e, soprattutto, si rileva l'identità tra l'interesse pubblico curato con l'atto di riesame e l'interesse pubblico curato con l'atto di primo grado. La tesi rimane influente anche dopo l'entrata in vigore degli articoli 21-*quinquies* e 21-*nonies*, l. n. 241/1990: norme che regolano e disciplinano il riesercizio del potere e che, per ciò stesso, ne confermano l'inesauribilità.

L'inesauribilità del potere comporta inoltre che, dopo l'annullamento giurisdizionale del provvedimento, l'amministrazione torni nella disponibilità del rapporto controverso. L'efficacia preclusiva del giudicato, commisurata al motivo di ricorso accolto, delimita e circoscrive il successivo esercizio del potere, ma non lo vieta perché, salvo casi eccezionali, esprime una regola incompleta che non definisce l'assetto del rapporto tra amministrazione e privato.

L'inesauribilità, infine, indica che l'amministrazione può esercitare il proprio potere in ogni tempo. Nei casi in cui non è prescritto un termine per l'esercizio del potere, dire che il potere è inesauribile significa soltanto prendere atto di questa assenza. Invece nei casi in cui il termine è previsto, l'inesauribilità assume la funzione di criterio interpretativo del termine, che viene inteso come termine ordinatorio la cui violazione non ha effetti sulla consistenza del potere e sulla validità delle sue espressioni.

2. L'inesauribilità del potere è talora percepita dalla dottrina e dalla giurisprudenza come un ostacolo alla piena esplicazione dei principi del diritto amministrativo sostanziale e processuale.

La giustificazione teorica degli atti di riesame in chiave di riesercizio del potere, secondo alcuni interpreti, individua un novero di atti amministrativi sottratto al principio di tipicità e legalità. La circostanza che l'inerzia dell'amministrazione, combinata con il trascorrere del tempo, non esaurisce il potere è talora ritenuta in contrasto con i principi della certezza dei tempi dell'azione amministrativa, della stabilità delle situazioni giuridiche soggettive e della tutela del legittimo affidamento. Il possibile esercizio del potere dopo la sentenza, con l'eventuale conferma dell'atto annullato, costituisce secondo una parte della dottrina un ostacolo alla stabilità del giudicato e all'effettività della tutela giurisdizionale.

Si è così sostenuto che gli atti di riesame sono sottoposti al principio di legalità e tipicità che vale per tutti gli atti amministrativi, sicché a loro fondamento deve esservi un'apposita norma attributiva del potere. La teoria del riesercizio del potere, che consente all'amministrazione di rivedere in ogni tempo le proprie scelte, si porrebbe in violazione della riserva di legge in materia amministrativa.

A ciò si può obiettare che è difficile riscontrare una violazione del principio di legalità se non si sia previamente dimostrata l'alterità del potere esplicato dall'amministrazione con gli atti di riesame rispetto a quello esplicato con gli atti di primo grado. Se il potere esercitato è sempre lo stesso, non è in contrasto con il principio di legalità e tipicità che la norma attributiva sia una soltanto.

Nel tentativo di collegare un effetto decadenziale alla violazione dei termini per provvedere, i termini per l'esercizio dei poteri amministrativi limitativi sono stati accostati ai termini previsti dal codice civile per l'esercizio delle situazioni potestative sostanziali.

Sennonché l'analogia tra il potere amministrativo e il diritto potestativo privato non pare poter essere portata oltre il piano generico della tecnica di produzione degli effetti e, soprattutto, l'eventuale assimilazione delle due situazioni giuridiche dal punto di vista strutturale non reca con sé, meccanicamente, l'applicazione della stessa disciplina.

I maggiori sforzi ricostruttivi sono stati profusi dalla dottrina del processo amministrativo per costruire un giudicato stabile che escluda l'intervento successivo dell'amministrazione, se non per dare esecuzione alla sentenza. Qui la dottrina ha battuto almeno due strade diverse.

La prima consiste nell'individuazione dell'intero rapporto amministrativo quale oggetto del giudizio di legittimità e nella conseguente estensione

dell'efficacia preclusiva del giudicato di annullamento a tutti i fatti dedotti e deducibili dalle parti. Questa prospettazione è parsa, a ragione, in contrasto con la struttura del processo amministrativo ed è di difficile compatibilità con la logica stessa della tutela giurisdizionale costitutiva.

L'altra strada percorsa dalla dottrina consiste nell'istituzione di un collegamento funzionale tra il giudizio di legittimità e il giudizio di ottemperanza, al quale viene affidato il compito di integrare il contenuto del giudicato sino a definire il rapporto in favore del ricorrente vittorioso. Ma così ragionando il giudizio di ottemperanza viene sovraccaricato di momenti cognitori che non gli sono affatto propri: e ciò non perché il processo d'esecuzione non possa contenere anche la cognizione, bensì perché questa deve essere funzionale alla attuazione della sentenza e non alla integrazione o completamento della stessa.

3. L'influenza dell'inesauribilità del potere sulla disciplina dell'azione amministrativa, i ripetuti tentativi di superare il paradigma, l'insufficienza per varie ragioni di questi tentativi sono tutti elementi che inducono l'interprete a interrogarsi sul fondamento dell'inesauribilità del potere, a verificare cioè per quale ragione teorica il potere amministrativo abbia tra le sue caratteristiche intrinseche quella di sopravvivere al proprio esercizio e di non estinguersi per il decorso del tempo, e a interrogarsi in seguito sulla fondatezza di queste ragioni.

Il fondamento teorico dell'inesauribilità quale carattere intrinseco del potere risiede nella concezione dello stesso come un'entità generale ed astratta che sovrasta ai singoli rapporti giuridici. Il potere, secondo questa prospettiva teorica, è inesauribile in quanto unico, identico e non scomponibile in tante situazioni giuridiche quanti sono i rapporti che a diverso titolo risentono del suo esercizio.

Tale concezione presta il fianco all'osservazione che taluni poteri giuridici, tra i quali oggi vi è anche il potere amministrativo, sono prefigurati dalla norma come situazioni giuridiche soggettive suscettibili di esercizio soltanto all'interno di rapporti giuridici preesistenti. Il che, a rigor di logica, potrebbe quanto meno consentire di distinguere i poteri inesauribili, posti all'esterno di concreti rapporti giuridici, dai poteri soggetti ad esaurimento in quanto strutturalmente inscritti all'interno di una relazione giuridica.

Ma ciò che induce a dubitare che l'inesauribilità sia un carattere intrinseco del potere giuridico è soprattutto l'approfondimento della nozione stessa di potere. Lasciando da parte le concezioni oggettive, le quali forse potrebbero fornire argomenti a sostegno dell'inesauribilità (si pensi soprattutto all'immagine del potere come forza o energia giuridica) ma che in-

contrano ostacoli insormontabili di tipo costruttivo, il potere giuridico è variamente inteso dalla dottrina come una situazione astratta, mero riflesso della norma che lo ascrive ad un soggetto (cosiddetta norma attributiva), oppure come situazione giuridica concreta che sorge in presenza dei fatti costitutivi previsti dalla fattispecie normativa nel suo complesso.

Nella prima accezione il potere è un'entità congenere alla capacità di agire, dalla quale si distingue per profili essenzialmente descrittivi, ed è giocoforza inesauribile nel senso che rimane in capo al soggetto, quale sua specifica posizione giuridica, fino a quando è in vigore la norma attributiva, indipendentemente dalle vicende che riguardano la dinamica concreta del diritto.

Nella seconda accezione il potere giuridico, secondo la tesi qua sostenuta, è il riflesso subiettivo dello schema di validità degli atti precettivi. I suoi caratteri, trattandosi di una situazione sotto ogni aspetto conformata dalle norme, non possono essere individuati in astratto sulla base di una ontologia che pretenda di porsi al di là delle regole che disciplinano la formazione degli atti. Per stabilire se il potere amministrativo sia o meno inesauribile occorre dunque guardare alla disciplina degli atti che di esso sono espressione.

D'altra parte, nello Stato di diritto l'inesauribilità del potere amministrativo non può essere validamente argomentata a partire dalla necessaria presenza dell'amministrazione nei rapporti giuridici, né può essere desunta dal quadro costituzionale, il quale si caratterizza per la conflittualità dei principi e dei valori in gioco.

4. Le premesse teoriche e metodologiche poste hanno consentito di volgere nuovamente l'attenzione agli istituti interessati dal dogma dell'inesauribilità del potere.

Avviando l'indagine dagli atti di secondo grado, è parso che la loro disciplina definisce ed individua poteri giuridici diversi da quelli esplicati con gli atti di primo grado: diverse sono infatti le condizioni di validità e diversi gli interessi pubblici curati, sebbene gli atti di riesame siano espressione di amministrazione attiva.

Le modifiche legislative intervenute negli ultimi anni in tema di annullamento d'ufficio, revoca e sospensione del provvedimento forniscono nuovi argomenti a sostegno dell'impossibilità di concepire gli atti di ritiro come riesercizio del potere di primo grado. Se questa tesi poteva forse trovare riscontro in un sistema normativo che riconosceva all'amministrazione una generale potestà di ritiro, salvo circoscriverla dall'esterno secondo principi elastici come la buona fede e l'obbligo di considerazione degli interessi

privati, essa oggi è smentita da previsioni che – sia sotto il profilo causale sia sotto il profilo temporale – negano ai poteri di ritiro l'estensione propria dei poteri amministrativi ordinari, con la conseguenza che neanche a livello descrittivo può più essere considerata valida la tesi della identità del potere.

Per tornare sui propri passi, l'amministrazione oggi esercita poteri specifici, diversi dal potere di primo grado sia nella struttura sia nei limiti. Ma ciò non dimostra ancora che il potere si esaurisce attraverso il suo esercizio. A tal fine è decisivo stabilire se, una volta rimosso il provvedimento, la pubblica amministrazione possa nuovamente esercitare il potere sino all'ipotesi estrema di riprodurre il precedente provvedimento.

Si è visto a questo proposito che il processo amministrativo di annullamento e la successiva ed eventuale fase esecutiva, benché nel tempo siano stati modellati e piegati alla tutela della pretesa sostanziale dedotta in giudizio, non hanno né possono avere il significato giuridico di definire una volta per tutte il rapporto controverso impedendo all'amministrazione di pronunciarsi nuovamente su di esso.

D'altra parte, se si muove dalla premessa teorica e metodologica che l'inesauribilità del potere deve essere affermata o negata in ragione del diritto positivo, senza poter essere acriticamente desunta da una immaginaria "natura" del potere stesso, non si può che assegnare un peso decisivo alla circostanza che dopo il codice del processo amministrativo non permane nel diritto positivo alcuna disposizione dalla quale si possa desumere che, dopo il giudizio, il rapporto controverso rientra nella disponibilità della pubblica amministrazione, se non per i profili strettamente esecutivi.

Questi rilievi inducono a prendere nella massima considerazione l'ipotesi che il potere amministrativo si esaurisca in ragione di una regola di diritto sostanziale, vale a dire a prescindere dal contenuto della sentenza di annullamento e dei conseguenti effetti preclusivi. Tale ipotesi, del resto, è prospettata dalla dottrina secondo cui nel corso del procedimento l'amministrazione ha l'onere di individuare a pena di preclusione tutti i fatti costitutivi del potere, anche se questa costruzione secondo la maggioranza degli interpreti è sprovvista di un fondamento sufficiente nel diritto positivo. Giudizio analogo è solitamente formulato nei riguardi dell'orientamento giurisprudenziale secondo cui l'amministrazione dopo l'annullamento dell'atto di diniego, e indipendentemente dalle ragioni per cui esso sia stato pronunciato, ha l'onere di esaminare l'affare nella sua interezza individuando una volta per tutte le ragioni che impediscano l'accoglimento dell'istanza.

Nondimeno proprio nel diritto positivo vi sono i riferimenti essenziali per ritenere che l'amministrazione di regola non possa esercitare più d'una volta lo stesso potere su una determinata situazione concreta. Da una parte

vi è, lo si è già accennato, che nessuna norma prevede come evenienza normale la riedizione dell'attività amministrativa dopo il processo. D'altra parte vi è, e lo si ricava dalla disciplina della motivazione, che la funzione amministrativa oggi è normativamente strutturata come una ricerca quanto più ampia e completa possibile dei fatti costitutivi del potere, sicché l'atto che costituisce immediata estrinsecazione del potere stesso rappresenta l'attuazione in concreto dell'ordinamento e non può essere concepito come manifestazione della volontà infinitamente riproducibile di esercitare una competenza giuridica. L'atto, in altre parole, "assorbe" il potere, il quale viene così ad esaurirsi attraverso il suo esercizio.

Non si deve credere, peraltro, che questa costruzione dia luogo ad eccessive rigidità o sfavorisca irragionevolmente l'amministrazione, in quanto non sono rare le ipotesi in cui il provvedimento non assorbe il potere: che pertanto sopravvive integro al suo esercizio. Senza poterne qui dare conto analiticamente, queste ipotesi ricorrono quando dopo l'annullamento sia necessario svolgere un nuovo tratto di funzione amministrativa per tener conto di circostanze sopravvenute, oppure per dare esecuzione alla pronuncia di annullamento, o ancora quando l'annullamento riguarda un provvedimento in forma semplificata (che, per definizione, non consuma ed esaurisce il potere) o un atto amministrativo generale.

Venendo infine alla domanda se il potere amministrativo sia inesauribile in quanto suscettibile di esercizio in ogni tempo, è preliminare osservare che, secondo il diritto vigente, alcuni atti amministrativi devono essere adottati entro un termine stabilito dalla legge; per tutti gli altri atti un termine non è previsto, ma questi – come anche i primi – sono adottati a conclusione di un procedimento che, a sua volta, deve concludersi entro un termine stabilito dalla legislazione speciale o secondo le regole prescritte dall'art. 2, l. n. 241/1990. Se ogni potere amministrativo è soggetto ad un termine (sia pur con diversa decorrenza), decisivo per stabilire se l'inerzia dell'amministrazione esaurisca o meno il potere è lo studio delle conseguenze del decorso del termine sulla validità degli atti.

La riflessione su questo tema, con poche eccezioni, è rimasta attardata sulla posizione secondo cui i termini per provvedere sono ordinatori ed il loro decorso non incide sulla consistenza del potere o sulla validità degli atti, tranne che la legge li qualifichi espressamente come perentori o tale natura sia facilmente desumibile dal contesto normativo.

Sennonché la distinzione tra termini ordinatori e perentori ha valore soltanto nella disciplina processuale e, in ogni caso, non può essere meccanicamente assunta quale paradigma di carattere generale per l'interpretazione delle disposizioni che recano la previsione di un termine attinente all'e-

sercizio di poteri amministrativi di carattere sostanziale, come mostra chiaramente il parallelismo con il ruolo e la disciplina del termine nel diritto privato.

Nel sistema amministrativo vale piuttosto il principio secondo cui la violazione di tutte le norme imperative che regolano l'azione dell'amministrazione produce l'invalidità del provvedimento. E, una volta dimostrata l'inappropriatezza della distinzione tra termini perentori ed ordinatori, non vi è ragione per ritenere che tale principio non trovi applicazione anche quando la violazione riguarda una norma imperativa che prescrive il termine.

L'approfondimento dell'analisi, di cui qui si possono solo riportare schematicamente le conclusioni, consente di verificare che in taluni casi il decorso del termine impedisce una volta per tutte l'adozione del provvedimento, quanto meno a fatti immutati, mentre altre volte ciò è possibile con la riapertura di un nuovo procedimento. Da qui la distinzione, rispettivamente, tra termini ad efficacia preclusiva assoluta (attinenti al potere) e termini ad efficacia relativa (termini procedimentali). Questi ultimi ricorrono nei procedimenti ad istanza di parte, mentre l'efficacia preclusiva assoluta riguarda tutti i termini previsti per il compimento di atti restrittivi che decorrono da un fatto diverso dall'avvio del procedimento, o da un atto interno alla sequenza, e può essere prevista dal legislatore anche in relazione ai termini procedimentali.

La conseguenza minima che può trarsi da queste osservazioni è che l'amministrazione, decorso il termine di conclusione del procedimento o il termine comunque previsto per l'adozione dell'atto, perde il potere di adottare un provvedimento valido. Non si può dire pertanto che il potere sia inesauribile: al contrario, esso viene meno con l'inerzia dell'amministrazione. Questo non toglie che alcuni poteri amministrativi (si pensi paradigmaticamente ai poteri di controllo iscritti nella funzione di vigilanza) possano essere esercitati anche a notevole distanza temporale dai fatti su cui ricadono, ma ciò dipende non dalla presunta inesauribilità del potere, bensì dalla disponibilità in capo all'amministrazione del momento di avvio dei procedimenti d'ufficio.

5. La critica che, alla luce della disciplina dell'attività amministrativa, è parso dover svolgere nei riguardi del dogma della inesauribilità del potere non vuole avere soltanto un significato demistificante, considerato peraltro che di inesauribilità può comunque legittimamente parlarsi se si guarda al potere in astratto, cioè alle attribuzioni ed alle competenze che configurano la porzione di capacità di agire rispettivamente spettante ad enti ed organi amministrativi.

Di essa interessano soprattutto i possibili risvolti costruttivi ed operativi. In sede di conclusione se ne possono soltanto indicare i principali, senza peraltro riprodurre le necessarie argomentazioni a sostegno.

L'autonomia dei poteri di ritiro dal potere di primo grado ha come propria inevitabile conseguenza la tipicità dei poteri stessi e degli atti di riesame, così trovando piena esplicazione in questa materia il principio di legalità e nominatività. La tesi della tipicità degli atti di riesame non è nuova in dottrina e da ultimo sembra accolta anche dal Consiglio di Stato. Essa tuttavia non sembra poter essere affermata soltanto come un necessario corollario del principio di legalità, in quanto presuppone l'autonomia dei poteri di ritiro: in assenza della quale non avrebbe senso richiedere uno specifico fondamento normativo degli atti di riesame.

Nei casi in cui il potere non sopravvive al suo esercizio, l'amministrazione non può validamente reiterare il provvedimento annullato, indipendentemente da quale sia il vizio accertato con la sentenza. Resta fermo che, se l'annullamento riguarda un atto di diniego, l'amministrazione mantiene il potere di rilasciare l'atto richiesto, essendo questo un potere diverso da quello esercitato e consumato col rifiuto. Tuttavia il potere ampliativo, venuta meno l'alternativa del diniego, se era discrezionale diventa vincolato (più esattamente ricorre l'ipotesi dell'atto dovuto) per cui si apre lo spazio per l'esperimento (contestualmente all'azione di annullamento) ai sensi dell'art. 34, comma 1, lett. *c*), c.p.a., dell'azione di condanna al rilascio del provvedimento favorevole (azione di adempimento), senza con ciò violare il divieto di pronunciare con riferimento a poteri non ancora esercitati (art. 34, comma 2, c.p.a.) il quale opera a protezione della fisiologia del potere amministrativo.

Infine, la riconduzione del termine legale al paradigma di validità del provvedimento comporta che la decisione tardiva sia da ritenere illegittima. A seconda del tipo di termine, che può essere ad efficacia preclusiva assoluta o solo relativa al procedimento, il potere non potrà essere più esercitato o potrà esserlo a conclusione di un nuovo procedimento. Si apre così lo spazio nel processo amministrativo per un'azione di accertamento volta alla dichiarazione della decadenza dell'amministrazione dal potere limitativo. Mentre sul versante degli interessi pretensivi, la sentenza che accoglie l'azione avverso il silenzio assume la funzione di riaprire il termine per l'esercizio di un potere altrimenti esaurito.

Nel corso dell'intera trattazione si è deliberatamente evitato di attribuire peso alla qualificazione del provvedimento espressione di un potere esaurito come atto nullo o annullabile, benché gli schemi teorici tradizionali potrebbero indurre a ritenere più confacente la nullità, quale sinonimo di radicale inefficacia. Questa scelta si giustifica alla luce della convinzione,

maturata in un precedente studio, della assoluta relatività della distinzione tra annullabilità e nullità, le quali non sono altro che possibili denominazioni, più o meno precise, delle tecniche che il legislatore impiega per reagire all'efficacia (o alle controversie sull'efficacia) degli atti invalidi. Piuttosto che istituire un problematico legame tra esaurimento del potere ed inefficacia dell'atto, è sufficiente e preferibile dire che l'atto espressione di un potere esaurito è invalido, rinviando alla decisione sui rimedi la scelta tra il regime della nullità o della annullabilità o, ancora, l'impiego di regimi intermedi rispetto a questi due idealtipi. In tale ottica, senza che qui si possa aggiungere altro, appare chiara la perdurante prevalenza che il diritto amministrativo italiano accorda al regime della annullabilità, stante la tipicità delle cause di nullità previste dall'art. 21-*septies*, l. n. 241/1990.

6. Le decisioni rimesse all'amministrazione sono spesso complesse e ricadono su interessi sensibili della collettività. Non si può pertanto andare oltre un certo limite nell'imporre all'amministrazione tempi stringenti per l'assunzione delle proprie decisioni, nel limitare la facoltà della stessa di ritornare sulle proprie scelte che si siano rivelate illegittime o inopportune. Un eccesso in questo senso finirebbe per far ricadere sulla collettività gli errori non più emendabili della pubblica amministrazione e le conseguenze della sua inerzia.

Per questa ragione il sistema descritto mantiene considerevoli elementi di elasticità: se è vero che gli atti di ritiro sono tipici, nulla esclude che il legislatore possa introdurne nuovi tipi; se è vero che dopo l'annullamento l'amministrazione di regola non ritorna nella disponibilità del rapporto controverso, è vero anche che questa regola conosce significative eccezioni corrispondenti alle ipotesi in cui è obiettiva l'esigenza di una ripresa dell'azione amministrativa; se è vero che la violazione del termine per provvedere impedisce all'amministrazione di adottare un atto legittimo, è pur vero che i termini ben possono (come spesso sono) essere calibrati sull'obiettiva complessità del processo decisionale e, in ogni caso, che l'efficacia preclusiva dei termini in non rari casi si dispiega soltanto all'interno del procedimento, per cui è sufficiente avviarne uno nuovo per esercitare il potere validamente.

Lo studio condotto ha posto l'accento sui limiti esterni del potere amministrativo. Oggi questo in molti ambiti si presenta a basso tasso di discrezionalità, anche se non mancano fisiologiche spinte contrarie[1], e il sindacato

[1] Da ultimo L. Benvenuti, *Pensiero e linguaggio. Una rivisitazione della tradizione filosofico-metafisica*, in Id., *Lingua e potere*, cit., 55 ss.; Id., *Prassi giurisprudenziale, merito amministrativo e interesse pubblico*, ivi, 136 s., *passim*.

del giudice si è fatto penetrante; ma, proprio attraverso il ricorso alla formula dell'inesauribilità, si consente all'amministrazione di tracciare da sé i confini esterni del proprio potere.

Basta pensare all'interpretazione dei termini di conclusione del procedimento, che ancor oggi vengono considerati ordinatori: discutibilmente, in quanto non v'è ragione per attribuire alla norma sul termine un valore giuridico diverso da tutte le altre che, a vario titolo, limitano il potere amministrativo e la cui violazione incide sulla validità del provvedimento; e contraddittoriamente rispetto agli ormai consolidati orientamenti giurisprudenziali che riconoscono valore decadenziale ad alcuni termini previsti dalla legislazione.

O alla estrema cautela con la quale si ammette l'azione di condanna al rilascio del provvedimento richiesto, sul presupposto che il potere si esaurisce (o diventa vincolato) quando è l'amministrazione a deciderlo: cioè quando vi sia stata una effettiva "spendita" dello stesso all'interno del procedimento; mentre invece si potrebbe, molto più semplicemente, ritenere che il potere si esaurisce quando l'amministrazione non può più esercitarlo legittimamente secondo diritto, e trarne le debite conseguenze sull'ammissibilità dell'azione di condanna.

Le tesi prospettate si basano sull'interpretazione di talune disposizioni, condotta senza il pregiudizio concettuale dell'inesauribilità del potere; e sono certamente discutibili: per come lo sono, appunto, le interpretazioni di testi normativi e materiali giurisprudenziali non univoci nel loro significato. Non v'è dubbio ch'esse richiederebbero la revisione quantomeno di alcuni aspetti della teoria delle situazioni giuridiche soggettive del privato nei riguardi della pubblica amministrazione; ma a ciò non si è potuto attendere in questa sede, e quindi si deve rinviare ad altro studio.

La ricerca, in ogni caso, ha raggiunto il suo obiettivo se ha dimostrato che alcune questioni di grande rilievo dibattute in dottrina e in giurisprudenza non possono trovare una soluzione diversa ove non si pone in discussione, eventualmente anche per confermarlo, il dogma che vi è a monte: costituito, appunto, dall'inesauribilità del potere amministrativo.

INDICE DEGLI AUTORI*

Allena: II, 46
Allorio: I, 87
Amorosino: I, 174; I, 174
Amorth: I, 6
Amorth-Ranelletti: I, 6
Andrioli: IV, 242
Angiuli: IV, 213
Ansaldi: III, 135
Antoniazzi: III, 132
Antonelli: III, 31
Attardi: I, 86
Auletta: III, 47

Baccarini: I, 140
Balbi: IV, 242
Bassi F.: III, 52
Bassi N.: II, 1
Barone A.: IV, 8
Barone G.: IV, 18
Bartolini: IV, 163
Battini: I, 147; IV, 216
Baumann: I, 3
Benedetti: I, 34
Benetazzo: IV, 76
Benvenuti F.: I, 60; II, 2; III, 60
Benvenuti L.: II, 141; IV, 20; IV, 20; Concl., 1; Concl., 1
Berti: III, 34; IV, 232
Bertonazzi: IV, 68; IV, 321
Betti: II, 55
Bianca: I, 58; II, 153
Bobbio: IV, 74
Bonaudi: IV, 27
Boscolo: I, 174; IV, 255
Bruti Liberati: I, 33; I, 35
Cacciavillani: I, 64
Calabrò: II, 89; II, 89
Calegari: IV, 65
Cammeo: I, 83; II, 127; IV, 65; IV, 211
Cangelli: I, 35
Cannada Bartoli: I, 12; III, 18; IV, 8; IV, 8; IV, 13
Capaccioli: I, 60; I, 60; I, 69; III, 104
Caponigro: I, 40
Caputi Jambrenghi V.: II, 104, II, 104
Caputi Jambrenghi M. T. P: III, 132
Caracciolo La Grotteria: IV, 32
Carbone A.: I, 135; I, 139; II, 46; IV, 21; IV, 68
Carbone L.: IV, 29
Cardarelli: IV, 127
Caringella-Protto: IV, 312
Carlotti: IV, 120
Carnacini: IV, 193
Carnelutti: II, 49
Casetta: III, 35; III, 89
Cassarino: I, 90
Cassatella: IV, 127; IV, 181
Cassese: I, 6; II, 4; IV, 2; IV, 214
Cavallaro: IV, 160
Cavallo: IV, 247
Cavallo Perin: I, 4; I, 147
Cerbo: I, 121; IV, 76
Cerino Canova: I, 87
Cerulli Irelli: III, 43; III, 95; IV, 8; IV, 262
Chieppa: IV, 8
Chiovenda: I, 86
Chirulli: I, 102
Cimini: I, 172
Cioffi: III, 138; IV, 130; IV, 271; IV, 278
Civitarese Matteucci: I, 150; II, 46; III, 52; III, 95; IV, 42
Clarich: I, 2; I, 60; I, 74; I, 112; I, 162; II, 75; II, 75; II, 168; III, 125; IV, 219; IV, 303
Clarich-Fonderico: IV, 160; IV, 216
Clemente di San Luca: I, 39; IV, 172
Clini: IV, 174
Cognetti: III, 135
Colavecchio: IV, 214
Commandatore: I, 145

* Si indica il luogo di prima citazione di ciascuna opera. La prima cifra corrisponde al capitolo, la seconda alla nota.

Comporti: II, 139
Consolo: I, 86; I, 87; I, 110; I, 110
Contieri: I, 39; II, 4
Coraggio: II, 4; IV, 303
Corso: I, 3; I, 4; I, 6; I, 8; I, 91; I, 115; II, 4; III, 125; IV, 71; IV, 127; IV, 130
Cortese: IV, 216
Costantino F.: I, 6; I, 6
Costantino M.: I, 19
Crisafulli: II, 54

D'Alberti: I, 4; III, 108; IV, 74
D'Ancona: IV, 8
De Cristofaro: IV, 180
De Giorgi Cezzi: IV, 80
De Leonardis: II, 15
De Lise: IV, 303
De Lucia: IV, 7; IV, 232
De Pretis-Cortese: I, 1
De Roberto: IV, 281
Della Cananea: IV, 172
Della Cananea-Franchini: III, 135
Deodato: II, 109; IV, 8
Dewey: IV, 9
Di Majo: III, 99; IV, 163
Di Pace: IV, 68
Dogliani: III, 125
Domenichelli: II, 4; IV, 83; IV, 303
Donati: I, 56; III, 55
Donato: IV, 8; IV, 68

Esposito: I, 56
Ennecerus: III, 45

Fabri: IV, 122; IV, 223
Falcon: I, 1; I, 21
Falzea: II, 54; II, 56; II, 56; II, 68; III, 62; III, 122; III, 122
Fanti: III, 86; III, 135; IV, 65
Feliziani: IV, 68
Ferrajoli: I, 150; IV, 252
Ferrara L.: I, 87; I, 150; II, 91; IV, 121; IV, 181
Ferrara R.: I, 19; I, 49; III, 43; IV, 83; IV, 262; IV, 276
Ferrari: II, 4; II, 109
Ferri: I, 86
Foà: IV, 303
Follieri E.: I, 65; I, 108; I, 133; I, 148; II, 46; II, 46; III, 31; IV, 64; IV, 76; IV, 194; IV, 216; IV, 223
Follieri E.-Barone A.: IV, 76
Follieri F.: I, 91; II, 150; IV, 191
Fornaciari: I, 87; IV, 68
Forte: 749 IV, 255
Forti: III, 62; III, 69; IV, 183
Fraenkel Haeberle: IV, 315
Fracchia: I, 4; III, 94
Francario: I, 28; I, 115; II, 145; IV, 20; IV, 20

Gaffuri: II, 148; IV, 21
Galetta: II, 46; II, 46; III, 135; III, 135
Gallo: I, 126; IV, 68
Gallone: IV, 32; IV, 76
Gasparri: II, 139
Giannini: II, 8; II, 125; III, 39; III, 120; IV, 36; IV, 65; IV, 65; IV, 127
Giannini-Piras: II, 27
Gigante: III, 132
Gigli: III, 132
Giulietti: IV, 255
Giusti: I, 185: IV, 68
Goggiamani: III, 127
Goisis: II, 46; IV, 8; IV, 224
Greco: I, 125; I, 130; II, 141; III, 31; IV, 48; IV, 313
Grossi: IV, 242
Gualdani: IV, 8
Guantario: I, 131
Guarino: III, 51; IV, 51
Guicciardi: I, 94

Heinitz: I, 87
Hellwig: III, 46
Husserl: III, 114

Immordino: I, 29; I, 29; I, 32; I, 163; IV, 7; IV, 214
Irti: I, 3; I, 3; III, 96

Jaccarino: IV, 128

Kelsen: III, 68

La Rosa: I, 41; IV, 8
La Spina: IV, 9
Lavagna: III, 69

Lazzara: I, 150; IV, 124
Ledda: I, 91; I, 91; I, 150; II, 83; IV, 9; IV, 152
Lener: I, 58
Leone: III, 129
Lipari: I, 165; IV, 23; IV, 303
Longobardi: III, 138
Lopilato: IV, 312
Luciani: II, 142; IV, 163

Macchia: IV, 8; IV, 20; IV, 68
Magri: IV, 8
Mandrioli: IV, 242
Manfredi: IV, 20
Manganaro: III, 132
Manganaro-Mazza Labocetta: IV, 76
Mannori-Sordi: III, 112
Mannucci: I, 4; IV, 127; IV, 255
Marenghi: IV, 123
Mari: IV, 214; IV, 216
Marra: III, 39
Marzuoli: II, 141
Massari: IV, 8
Mattarella: I, 6; I, 7; IV, 219
Mazzamuto: I, 4; I, 147; IV, 172
Mazzarolli: II, 41
Menchini: I, 86
Merkl: III, 120; III, 120
Merusi: I, 149; III, 132; III, 132; III, 134; III, 135; III, 139; IV, 181; IV, 303
Merusi-Sanviti: I, 149
Messina: III, 4
Miele: II, 144; III, 6; III, 50
Modugno: III, 88
Montagna: IV, 211
Monteduro: IV, 7; IV, 183
Montesano: I, 86; I, 87
Morbidelli: IV, 289
Motto: I, 86; I, 87

Napolitano: I, 4; IV, 215
Nigro: I, 19; I, 80; I, 88; I, 100; I, 101; I, 103; IV, 232; IV, 314
North: I, 3

Orlando: I, 4
Oriani: IV, 74
Orsi Battaglini: I, 150; I, 150; II, 141; III, 116

Pagni: I, 86; I, 87; I, 135; II, 120
Pajno: II, 99; IV, 74
Palazzolo: III, 30
Paleologo: I, 126
Paolantonio: IV, 23; IV, 41; IV, 175
Paparella: II, 7
Parisio: I, 165
Pastori: IV, 232
Pepe: I, 126
Perfetti: I, 6; II, 46; III, 122; IV, 139
Perfetti-Tropea: IV, 76
Pericu: I, 4
Perongini: III, 84; IV, 7
Picozza: I, 121; II, 64
Pignatelli: IV, 8
Pileri: I, 174
Piras: I, 87
Pizzorusso: III, 113
Police: II, 71; III, 115; III, 136; IV, 11; IV, 127
Portaluri: IV, 8; IV, 20
Posteraro: IV, 216
Proto Pisani: I, 87; I, 94; I, 96; II, 127
Protto: III, 31
Pugliatti: I, 56; II, 54; II, 54; III, 43; III, 57; III, 110; III, 110

Rallo-Scognamiglio: III, 115
Ramajoli: IV, 127; IV, 142; IV, 215
Ranelletti: I, 4; I, 127; III, 42; III, 122
Redenti: IV, 241
Renna: II, 46; IV, 42; IV, 221
Renna-Saitta: III, 132
Ricci: I, 87
Rocco: II, 49
Romano A.: I, 4; I, 6; I, 65; I, 85; I, 108; II, 54; II, 87; III, 39; III, 91; IV, 261; IV, 281
Romano M. C.: IV, 40; IV, 172
Romano S.: III, 1; III, 1; III, 1; IV, 18
Romano Tassone: II, 46; II, 46; II, 139; II, 141; II, 142; III, 35; III, 88; IV, 127; IV, 127; IV, 133; IV, 190; IV, 194
Romeo: IV, 11
Rossi G.: I, 38; III, 127; III, 135
Rossi P.: IV, 8
Ruggeri: I, 55; I, 55

Saitta F.: I, 139; IV, 74; IV, 120
Saitta N.: IV, 313

Sala: IV, 49
Sandulli A.: III, 135; IV, 214
Sandulli A.M.: I, 18; I, 61; I, 83; II, 5; II, 54; III, 52; IV, 2; IV, 284; IV, 285
Sandulli M. A.: I, 49; I, 174; II, 46; IV, 20; IV, 23; IV, 214
Santoro-Passarelli: II, 54; II, 54
Sassani: I, 115; II, 90; II, 91; IV, 224; IV, 303
Sassani-Villata: IV, 197
Satta F.: I, 61
Satta S.-Punzi: IV, 242
Savigny: III, 30
Scialoja: I, 67
Scoca F.G.: I, 32; I, 65; I, 91; I, 148; I, 150; I, 150; II, 88; II, 137; II, 168; IV, 41; IV, 146; IV, 183; IV, 263
Scoca F.G.-D'Orsogna: IV, 263
Scoca S.S.: IV, 214
Scognamiglio: II, 163; IV, 216
Scotti: IV, 255
Scozzafava: II, 76
Seckel: 357 III, 4
Sica: IV, 209
Sigismondi: I, 126
Silvestri: III, 43
Simi: IV, 59
Sinisi: IV, 74
Sjöblom: IV, 9
Sorace: II, 13; IV, 160
Sorace-Marzuoli: II, 9
Sordi: I, 4; I, 5
Squazzoni: II, 98
Sticchi Damiani: IV, 174; IV, 316

Talice: IV, 238
Taraschi: IV, 216
Tarullo: I, 39; III, 128
Tigano A.: IV, 177
Tigano F.: IV, 40
Tommaseo: I, 87
Tommasini: IV, 138
Tonoletti: IV, 36; IV, 181; IV, 303; 313
Tonoletti-Ramajoli: IV, 172
Torchia: IV, 60; IV, 255
Torricelli: IV, 8
Travi: I, 76; I, 143; I, 145; I, 154; I, 165; I, 173; II, 13; II, 61; II, 120; II, 120; IV, 255; IV, 276; IV, 282; IV, 303
Trentin: I, 82
Trimarchi M.: I, 150; II, 46; II, 61; II, 98; II, 139; III, 133; IV, 20; IV, 69; IV, 189
Trimarchi V. M.: II, 54; IV, 230
Trimarchi Banfi: I, 4; II, 46; II, 120; III, 135; IV, 18; IV, 216
Troise Mangoni: III, 132; IV, 204; IV, 256
Tropea: II, 66; II, 145; IV, 20; IV, 147; IV, 191

Urbano Gius.: IV, 160
Urbano Graz.: IV, 214
Weber: I, 3

Vaccari: I, 66; I, 120
Vacirca: II, 104
Vaiano: IV, 120; IV, 220
Valaguzza: I, 85; IV, 8
Verde: I, 76; II, 91; IV, 152; IV, 182
Vernile: II, 148
Vese: II, 148
Vetrò: IV, 163
Videtta: IV, 126
Villamena: III, 135
Villata: I, 61; I, 115; I, 147; I, 147; IV, 73; IV, 197; IV, 303
Villata-Ramajoli: I, 38
Vipiana: II, 89
Virga G.: IV, 147
Virga P.: II, 140; IV, 238
Vitta: I, 82
Volpe: II, 98; IV, 65

Windscheid: III, 42

Zampetti: II, 139; III, 132
Zanfarino: III, 97
Zanobini: IV, 2; IV, 65
Zitelmann: III, 4
Zito: IV, 140; IV, 147

Contributi di Diritto amministrativo

Collana diretta da

Franco Gaetano Scoca, Guido Corso

Marina D'Orsogna, Loredana Giani, Maria Immordino, Aristide Police, Maria Alessandra Sandulli, Mario Spasiano

Sezione Studi e Monografie

1. M. Ragusa, *Porto e poteri pubblici. Una ipotesi sul valore attuale del demanio portuale*, 2017.
2. A. Iacopino, *Modelli e strumenti per la valorizzazione dei beni culturali. Spunti di riflessione nella prospettiva del risultato amministrativo*, 2017.
3. F. Aperio Bella, *Tra procedimento e processo. Contributo alle studio delle tutele nei confronti della pubblica amministrazione*, 2017.
4. A. Giannelli, *Concessioni di beni e concorrenza. Contributo in tema di compatibilità tra logica pro-concorrenziale e principi di diritto interno in tema di gestione dei beni pubblici*, 2017.
5. N. Gullo, *Emergenza criminale e diritto amministrativo, l'amministrazione pubblica dei beni confiscati*, 2017

Sezione Classici

1. L. Giani, A. Police, *Itinerari interrotti. Il pensiero di Franco Ledda e di Antonio Romano Tassone per una ricostruzione del diritto amministrativo*, 2017.

Finito di stampare nel mese di marzo 2018
presso Grafica Elettronica srl, Napoli