

LEZIONE DEL 29 GENNAIO 2022

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

CORSO DI PREPARAZIONE AL CONCORSO IN MAGISTRATURA 2021-2022

GIAPPICHELLI EDITORE

Responsabile scientifico

Vincenzo Lopilato

LEZIONE DEL 29 GENNAIO 2022

di Vincenzo Lopilato

Diritto amministrativo

AREA TEMATICA

PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO

Omissis.

Argomento 4

APPROFONDIMENTO TEMATICO

Preavviso di rigetto, annullamento giurisdizionale e preclusioni procedurali.

A. Schema per punti

1. Inquadramento generale. 2. Rapporti tra preavviso di rigetto, atti difensivi e atto finale. 3. Annullamento giudiziale e riesercizio del potere.

Nota. Si rinvia alla lezione per lo sviluppo dell'approfondimento tematico.

A.1. Rinvio al Manuale

1. Rinvio al Manuale di diritto amministrativo, V. Lopilato, Giappichelli Editore, Terza Edizione, giugno 2021, Capitolo 10, par. 2, pagg. 551-555, par. 12.1, pagg. 594-597 e Capitolo 11, parr. 27-27.1, pagg. 811-817.

Nota. Si riporta di seguito una "integrazione" del Manuale su preavviso di rigetto (alla luce di un recente orientamento del Consiglio di Stato) scritta da me:

L'art. 21-octies della legge n. 241 del 1990 prevedeva quanto segue:

1. *E' annullabile il provvedimento amministrativo adottato in violazione di legge o viziato da eccesso di potere o da incompetenza.*

2. *Non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.*⁽¹⁴²⁾ *Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.*

L'art. 12, comma 1, lett. e del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76 ha aggiunto alla fine del secondo comma quanto segue: «la disposizione di cui al secondo periodo non si applica al provvedimento adottato in violazione dell'articolo 10-bis».

Tale norma richiama solo il secondo periodo del secondo comma che fa riferimento alla comunicazione di avvio del procedimento.

Parte della giurisprudenza del Consiglio di Stato ha interpretato la nuova disposizione nel senso che essa, avendo richiamato esclusivamente il secondo periodo, abbia inteso limitare l'applicabilità dell'art. 21-octies soltanto ai provvedimenti vincolati e non anche ai provvedimenti discrezionali, che sono, appunto, quelli disciplinati dal secondo periodo (Cons. Stato, sez. I, 10 marzo 2021, n. 629; Cons. Stato, sez. III, 22 ottobre 2020, n. 6378). Si è, pertanto, voluto evitare una assimilazione tra comunicazione di avvio del procedimento, in relazione alla quale la dequotazione del vizio formale opera anche in presenza di attività discrezionale, e preavviso di rigetto. In definitiva, con il nuovo intervento legislativo è stato chiarito che l'art. 21-octies si applica anche in caso di omesso preavviso di rigetto ma soltanto in presenza di attività vincolata.

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 2 perché coperti dal diritto d'autore.
Giappichelli Formazione

E' controverso se la nuova disposizione trovi applicazione anche nei procedimenti in corso. La questione è connessa con quella più in generale relativa alla valenza sostanziale o processuale dell'art. 21-octies. La giurisprudenza amministrativa è divisa: un primo orientamento gli assegna valenza sostanziale, escludendo l'applicazione ai procedimenti in corso (cfr. Cons. St. Sez. IV, 20 gennaio 2021, n. 594; Sez. VI, 18 gennaio 2021, n. 526; Sez. IV, 28 dicembre 2020, n. 8419); un secondo orientamento gli assegna valenza processuale, ammettendo l'applicazione ai giudizi in corso (Cons. Stato, sez. I, 10 marzo 2021, n. 629; che richiama la giurisprudenza pregressa che assegna valenza processuale all'art. 21-octies: Cons. St. sez. IV, 13 agosto 2018, n.4918; sez. VI, 0 agosto 2014, n.4218; sez. II, 12 marzo 2020, n. 1800; sez. II, 09 gennaio 2020, n. 165; sez. V, 15 luglio 2019, n. 4964).

B. Giurisprudenza

1. La consumazione della discrezionalità può essere anche il frutto della insanabile "frattura" del rapporto di fiducia tra Amministrazione e cittadino: Cons. Stato, sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1321.

Omissis.

5.- Occorre a questo punto precisare le conseguenze del dispositivo di annullamento.

*A tale riguardo, il Collegio ritiene necessario tornare ancora una volta sulla questione se, dopo l'accertamento giurisdizionale della illegittimità di un diniego su di una istanza, l'amministrazione possa negare nuovamente al ricorrente il bene della vita a cui il ricorrente aspira in base ad accertamenti o valutazioni che sarebbero potuti essere già compiuti nell'originario procedimento amministrativo, ovvero se ne consegua il vincolo conformativo di accordare la richiesta del cittadino. Le recenti statuizioni dell'Adunanza plenaria - di cui si è dato sopra conto - devono trovare ulteriore svolgimento ad avviso del collegio, il quale ritiene che non sia accettabile **che la crisi di cooperazione tra amministrazione e cittadino possa risolversi in una defatigante alternanza tra procedimento e processo, senza che sia possibile addivenire ad una definizione positiva del conflitto, con grave dispendio di risorse pubbliche e private.***

5.1.- Il discorso - evidentemente molto ampio, in quanto involge svariati aspetti di teoria generale: la struttura impugnatoria del processo su ricorso, il suo oggetto, i rapporti tra atto e processo, tra processo e procedimento, tra cognizione ed esecuzione, nonché la consistenza della situazione giuridica soggettiva di interesse legittimo - va opportunamente circoscritto.

Il giudicato amministrativo si presenta infatti in modo proteiforme, a seconda del modello di azione in contestazione (in particolare, a seconda del tipo e grado di discrezionalità amministrativa), delle situazioni giuridiche coinvolte (diritti e interessi legittimi, oppositivi e pretensivi), e della tipologia di vizio posto a fondamento della pronuncia costitutiva.

La fattispecie presa in considerazione è quella in cui il vizio accertato con l'autorità del giudicato consiste nella violazione di una norma che assicura all'istante soltanto la possibilità di conseguire il bene finale. L'illegittimità - relativa, nella specie, al dovere di logica e corretta motivazione - non ha determinato la privazione di un'utilità che il diritto assicurava con certezza all'istante, ben potendo non avere avuto alcun ruolo eziologico nel determinare il dispositivo del provvedimento che si assume pregiudizievole.

*Nel sistema di tutela amministrativa ben possono darsi disposizioni protettive la cui violazione priva gli interessati non del risultato finale, bensì di una utilità intermedia, consistente nella mera possibilità di un risultato vantaggioso. In tali casi, la sentenza non si pone quale fonte diretta del "rapporto amministrativo" in sostituzione di un "atto amministrativo", semplicemente perché non può contenere l'accertamento sostanziale dei presupposti per ottenere il risultato della vita. In definitiva, **quando l'eliminazione dell'atto impugnato avviene sulla base dell'accertamento di uno***

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 3 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

o più vizi che attengono a elementi discrezionali dell'esercizio del potere, la sentenza limita il potere nella sua fase di rinnovo ma senza segnarne l'esito.

Va subito precisato che tale limitatezza dell'oggetto del decisum si spiega, per l'appunto, in ragione delle specifiche caratteristiche del "bene intermedio" tutelato - segnatamente: il valore distinto ed autonomo costituito dalla perdita della possibilità di conseguire il risultato sperato - e non a cagione di una presunta inadeguatezza del sistema di giustizia amministrativa. È vero semmai il contrario: il processo amministrativo garantisce una (specifica) tutela costitutiva rispetto a posizioni giuridiche che, nell'ambito dei rapporti civili soggetti alla giurisdizione ordinaria - dove pure possono aversi conflitti prettamente "modali", aventi cioè ad oggetto posizioni strumentali e non finali -, ricevono una tutela (ex post) meramente risarcitoria (danno alla chance), e talora restano addirittura privi di uno sbocco di tutela (si pensi, per citare un caso emblematico, al licenziamento giustificato da ragioni inerenti all'attività produttiva, rispetto al quale l'art. 30, comma 1, della legge 4 novembre 2010, n. 183, prevede che "l'inosservanza delle disposizioni in materia di limiti al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro, costituisce motivo di impugnazione per violazione di norme di diritto").

Nei casi in cui l'interesse legittimo attiene - come nel caso di specie - a tale "bene intermedio", l'ordinamento amministrativo, sovente, non predetermina alcuna gerarchia degli interessi in conflitto, demandando tale compito all'azione amministrativa, sia pure sottoponendola a condizioni. La protezione di questo "bene intermedio", allora, si proietta nel procedimento decisionale attraverso congegni limitativi e conformativi del potere amministrativo. Quando tali limitazioni - nel caso di specie, il vincolo di motivazione coerente ed esaustiva - non ricomprendono nel loro raggio di protezione l'interesse materiale, la tutela processuale di annullamento finisce per incidere sulle manifestazioni del potere amministrativo in termini essenzialmente negativi.

Resta da capire se questa "possibilità attuativa" debba necessariamente scontare l'introduzione di un indefinito numero di giudizi di cognizione prima di poter essere completamente soddisfatta, oppure se il sistema di giustizia amministrativa sia in grado di approntare un rimedio adeguato al bisogno di tutela, rendendo concretamente tangibile l'evoluzione della giustizia amministrativa da strumento di garanzia della legalità della azione amministrativa a giurisdizione preordinata alla tutela di pretese sostanziali. La necessità di dimostrare nei fatti tale evoluzione appare anche coerente con la recente affermazione - che il collegio condivide pienamente - secondo la quale, avendo riguardo alla concezione soggettiva della tutela e alla centralità processuale della situazione soggettiva rispetto all'interesse alla legittimità dell'azione amministrativa, sembra ormai potersi "capovolgere definitivamente l'allocazione tradizionale delle due situazioni soggettive, entrambe attive, che si muovono nel processo, e ci si può forse spingere ad affermare che è l'interesse alla mera legittimità ad essere divenuto un interesse occasionalmente protetto, cioè protetto di riflesso in sede di tutela della situazione di interesse legittimo".

A tal fine, non è utilmente invocabile il principio del dedotto e del deducibile, quale espediente per ampliare i confini di estensione dell'area coperta dalla forza del giudicato amministrativo. Al di là delle svariate ricostruzioni dottrinali, l'anzidetto principio giurisprudenziale - il quale, come avverte la dottrina, non influisce in modo alcuno nel senso di restringere o ampliare i limiti oggettivi del giudicato - sta ad indicare che non è ammesso al giudice di un futuro processo di disconoscere o diminuire il bene riconosciuto nel precedente giudizio: ma tale bene, nella ipotesi in esame, è rappresentato dalla sola possibilità di vedere realizzato il risultato sperato. Per gli stessi motivi è del pari infruttuoso richiamare gli esiti del dibattito civilistico sull'oggetto del processo e del giudicato nelle impugnative c.d. negoziali, in quanto trattasi di profili che evidentemente per nulla sono in grado di proiettare verso la "spettanza" la tipologia di contenzioso in esame.

5.2.- All'esito dell'evoluzione giurisprudenziale e normativa culminata con il nuovo codice del processo amministrativo, il sistema delle tutele è stato segnato dai seguenti principali sviluppi, che si pongono tutti in direzione di una maggiore "effettività" del sindacato del giudice amministrativo,

sia nei casi in cui il provvedimento viene confermato, sia nei casi in cui l'interesse legittimo viene ritenuto leso.

Quanto al primo di tali profili, mentre lo schema classico della giustizia amministrativa era contrassegnato dalla equivalenza di tutte le norme violate, nel contesto attuale le risultanze del processo devono essere invece commisurate alla consistenza dell'interesse materiale: ciò accade, sia nell'azione costitutiva - dove, per effetto dell'art. 21-octies, della legge n. 241 del 1990, la difformità dal diritto obiettivo che non abbia inciso sulla adeguata sistemazione degli interessi in gioco non può comportare l'annullamento dell'atto -, sia nell'azione di condanna, dove pure non può accordarsi protezione al portatore di rimozioni meramente "formalistiche".

Quanto al secondo di tali profili, anche (rectius, soprattutto) la protezione dell'interesse legittimo ha nel contempo guadagnato in "effettività", sotto i seguenti aspetti:

- il c.p.a. **prefigura un sistema aperto di tutele e non di azioni tipiche, il quale riflette l'esigenza di una tutela conformata non alla situazioni giuridiche sostantive** (secondo la tradizione romanistica) bensì al bisogno differenziato di tutela dell'interesse protetto, il cui grado e la cui intensità sono spesso definiti ex post dal giudice e non ex ante;

- per quanto permanga la centralità della struttura impugnatoria, il c.p.a. valorizza al massimo grado le potenzialità cognitive dell'azione di annullamento attraverso istituti che consentono di concentrare nel giudizio di cognizione, per quanto possibile, tutte le questioni dalla cui definizione possa derivare una risposta definitiva alla domanda del privato di acquisizione o conservazione di un certo bene della vita;

- è oramai acclarata la possibilità per il giudice di spingersi "oltre" la rappresentazione dei fatti forniti dal procedimento (l'art. 64 del c.p.a. contiene una traccia, sia pure incompiuta, degli oneri di contestazione, di allegazione, di prova necessari ad ordinare in forma sequenziale un giudizio esteso al rapporto), in quanto al giudice compete l'accertamento del fatto senza essere vincolato a quanto rappresentato nel provvedimento;

- al giudice della cognizione è stato attribuito il potere, una volta spendibile solo nella successiva sede dell'ottemperanza, di disporre le misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato e delle pronunce non sospese, ivi compresa la nomina di un commissario ad acta (art. 34 comma 1 lettera e), consentendo di esplicitare a priori, ovvero nel dispositivo della sentenza, gli effetti conformativi e ripristinatori da cui discende la regola del rapporto, e non più a posteriori, in sede di scrutinio della condotta tenuta dall'amministrazione dopo la sentenza di annullamento;

- in definitiva, la giurisdizione è piena, nel senso che il giudice ha il potere di riformare in qualsiasi punto, in fatto come in diritto, la decisione impugnata resa dall'autorità amministrativa.

5.3.- Sennonché, sebbene sia stata oramai definitivamente accantonata l'opinione tradizionale che escludeva si potesse riconnettere alla sentenza amministrativa l'effetto di imporre una disciplina del rapporto tra amministrazione e cittadino "sostitutiva" della disciplina dettata dall'atto annullato, **resta il fatto che non sempre il contenuto ordinatorio della sentenza di accoglimento consente una definizione della fattispecie sostanziale.** Ciò accade proprio nell'ipotesi in **discussione di "discrezionalità tecnica", in cui il fatto presupposto del potere di abilitazione (segnatamente: il livello di maturazione scientifica dei candidati) viene preso in considerazione dalla norma attributiva del potere, non nella dimensione oggettiva di "fatto storico" (accertabile in via diretta dal Giudice), bensì di fatto "mediato" e "valutato" dalla pubblica amministrazione.** In questi casi, il giudice non è chiamato, sempre e comunque, a sostituire la sua decisione a quella dell'Amministrazione, dovendo verificare se l'opzione prescelta da quest'ultima rientri o meno nella ristretta gamma di risposte plausibili che possono essere date a quel problema alla luce delle scienze rilevanti e di tutti gli elementi di fatto.

Per ampliare i margini di tutela, l'interessato resta libero di far valere, non solo la pretesa ad un provvedimento (specifico) satisfattivo, ma anche la pretesa (minore) ad un provvedimento legittimo. L'accoglimento dell'interesse strumentale qui non è altro che un modo di proteggere l'interesse finale, nei casi in cui (per l'atteggiarsi concreto della singola fattispecie normativa e

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 5 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

amministrativa) non sia possibile dedurre in giudizio la titolarità di una posizione sostantiva finale, bensì soltanto il rispetto di un sistema di regole.

L'anfibologia del c.p.a. - che riflette la flessibilità che lo strumento processuale deve assicurare, in vista della eterogeneità delle situazioni che possono realizzarsi nel concreto dispiegarsi dell'azione amministrativa - risulta evidente dalla trama normativa:

- mentre l'ampia formulazione dell'art. 114 c.p.a. riflette la tradizionale tesi della riedizione della funzione amministrativa dopo la sentenza di annullamento del giudice amministrativo, sindacabile in una fase processuale di "esecuzione a cognizione integrata", l'art. 34 c.p.a., introducendo una inedita modalità di "cognizione ad esecuzione integrata", sembra postulare che non sia riservata alla funzione esecutiva la traduzione in concreto dei precetti;

- mentre gli artt. 7, commi 1 e 4, 30 e 108 chiamano in causa l'interesse legittimo, gli artt. 31, comma 3, 34 comma 5, e 40, riferendosi rispettivamente alla pretesa e all'oggetto della domanda, richiamano l'aspettativa di conseguire il bene della vita.

6.- Lo stesso codice del processo amministrativo, pur non tratteggiando un modello compiuto, consente di delineare in via interpretativa un dispositivo di chiusura del sistema, volto a scongiurare l'indefinita parcellizzazione giudiziaria di una vicenda sostanzialmente unitaria. Ad avviso del collegio tale dispositivo può essere indentificato, su più ampie basi argomentative, nella "riduzione progressiva della discrezionalità amministrativa", in via sostanziale o processuale.

6.1.- In primo luogo, viene in rilievo il richiamo, effettuato in esordio, all'esigenza di una tutela piena ed effettiva "secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo" (art. 1). **Il principio del rimedio effettivo** (frutto della convergenza sinergica, in tema di garanzie della tutela giudiziaria, della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo con le previsioni della Carta costituzionale) ha reso oramai recessiva l'idea che la garanzia delle posizioni sostanziali possano restringersi al mero accesso a un giudice e a una procedura regolata dalla legge, implicando invece anche la possibilità di ottenere un provvedimento di tutela adeguato e omogeneo al bisogno di protezione di chi agisce. L'enfasi sulla strumentalità delle regole del processo rispetto alle ragioni della giustizia sostanziale ed il necessario riscontro di adeguatezza tra il mezzo di tutela e la posizione sostanziale segnano il passaggio dal principio di atipicità dell'azione, al principio di atipicità delle forme di tutela. Se l'effettività della tutela giurisdizionale è la capacità del processo di far conseguire i medesimi risultati garantiti dalla sfera sostanziale, l'interesse legittimo abbisogna della predisposizione dei rimedi idonei a garantire il conseguimento dell'utilità "primaria" specificatamente oggetto dell'aspettativa riconosciuta dall'ordinamento.

6.2.- Su queste basi assiologiche, il codice del processo amministrativo affida poi a due disposizioni il compito di esplicitare (per la prima volta) il punto di temperamento tra il principio di giustiziabilità delle pretese e di effettività della tutela (24, 103 e 113 Cost., artt. 6 e 13 della Convenzione europea) ed il principio di separazione dei poteri (art. 1 e 97 Cost., con il quale tradizionalmente viene giustificata la riserva di valutazione in capo alla pubblica amministrazione).

L'art. 31, comma 3, del c.p.a. - avente applicazione generale, sia che l'amministrazione rimanga inerte sia che emani un provvedimento espresso di diniego - dispone che: "[i]l giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione".

Quindi, per la definizione dell'intero rapporto sostanziale, vengono dettati i seguenti limiti: soltanto quando si tratti di attività vincolata o quando risulti che non residuano ulteriori margini di discrezionalità, il giudice potrà spingersi sino alla verifica dell'esistenza in concreto dei presupposti e requisiti in presenza dei quali il ricorrente può ottenere il provvedimento richiesto.

Dall'art. 34, comma 2, del c.p.a. - alla cui stregua il giudice non può pronunciarsi che "con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati" (art. 34, comma 2) - si desume invece che non sono consentite domande di tutela preventiva dell'interesse legittimo, dirette cioè ad orientare l'azione futura dell'amministrazione, prima che questa abbia ancora provveduto.

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 6 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

Ebbene, la "riduzione" della discrezionalità amministrativa (anche tecnica) può essere l'effetto:

a) sul piano "sostanziale", degli auto-vincoli discendenti dal dipanarsi dell'azione amministrativa, contrassegnata dal crescente impiego di fonti secondarie e terziarie che si pongono spesso come parametri rigidi per sindacare l'esercizio della funzione amministrativa concreta (anche se originariamente connotata in termini discrezionali);

b) sul piano "processuale" dei meccanismi giudiziari che, sollecitando l'amministrazione resistente a compiere ogni valutazione rimanente sulla materia controversa, consentono di focalizzare l'accertamento, attraverso successive approssimazioni, sull'intera vicenda di potere (si pensi alla combinazione di ordinanze propulsive e motivi aggiunti avverso l'atto di riesercizio del potere, ma anche alle preclusioni istruttorie e alla regola di giudizio fondata sull'onere della prova), concentrando in un solo episodio giurisdizionale tutta quella attività di cognizione che prima doveva necessariamente essere completata in sede di ottemperanza.

La consumazione della discrezionalità può essere anche il frutto della insanabile "frattura" del rapporto di fiducia tra Amministrazione e cittadino, derivante da un agire reiteratamente capzioso, equivoco, contraddittorio, lesivo quindi del canone di buona amministrazione e dell'affidamento riposto dai privati sulla correttezza dei pubblici poteri. In presenza di una evenienza siffatta, **resta precluso all'amministrazione di potere tornare a decidere sfavorevolmente nei confronti dell'amministrato anche in relazione ai profili non ancora esaminati.**

In alcuni casi, può accadere che la pervicacia degli organi amministrativi a reiterare le statuizioni **annulate integri una elusione (palese o occulta) del giudicato**: in tal caso deve ammettersi la possibilità, per il giudice dell'ottemperanza, **di sindacare anche su aspetti non pregiudicati dalla sentenza.**

Ma anche in una vicenda come quella in esame - in cui, per le ragioni anzidette, **l'alternarsi di tre diverse Commissioni non consente di ravvisare nel nuovo vizio di illegittimità un palese sintomo dell'intento di non attuare il giudicato -**, **il susseguirsi di tre giudicati di annullamento ha comunque l'effetto di "svuotare" l'amministrazione del proprio potere discrezionale.** Con la precisazione che il giudicato costituisce, in tale ipotesi, un vincolo alla discrezionalità amministrativa operante come "fatto" e non come "atto".

6.3.- Pur con tutte le inevitabili esigenze di assestamento, **il rimedio appena tratteggiato** - i cui contorni ed i cui limiti saranno precisati dalla casistica giurisprudenziale (che dovrà specificare, ad esempio, cosa accade quando vengano in rilievo decisioni pubbliche di elevata discrezionalità e valore politico) - **appare in grado di contemperare la regola per cui il processo amministrativo non può attribuire un bene della vita prima di una determinazione della pubblica amministrazione, con l'esigenza di assicurare, sin dove possibile, una tutela piena anche all'interesse pretensivo** (per il quale la pronuncia di annullamento raramente si presenta autonomamente satisfattiva), tenuto conto delle specificità correlate al sindacato sul potere pubblico.

È compito precipuo della giustizia amministrativa approntare i mezzi che consentono di ridurre la distanza che spesso si annida tra l'efficacia delle regole e l'effettività delle tutele. La tutela piena, del resto, risponde anche ad un obiettivo di efficienza complessiva del sistema, dal momento che lo sviluppo economico e sociale del Paese passa anche attraverso una risposta rapida e "conclusiva" delle ragioni di contrasto tra le Amministrazioni ed i cittadini.

Alla luce delle svolte considerazioni, deve ritenersi che, nella vicenda in esame, l'ambito di discrezionalità tecnica rimessa **all'Amministrazione si sia progressivamente ridotto sino a "svuotarsi" del tutto.**

7.- In conclusione, l'appello deve essere accolto. Nel dare esecuzione alla presente sentenza, il Ministero appellato **dovrà rilasciare l'abilitazione per cui è causa in favore dell'appellante.**

Omissis.

C. Dottrina

1. *La preclusione procedimentale dopo la novella del preavviso di diniego: alla ricerca di un modello di rapporto e di giustizia* di L. Ferrara in *Diritto Amministrativo*, fasc.3, 1 settembre 2021, pag. 573 (estratto).

Sommario: 1. Premessa. — 2. I “motivi ostativi già emergenti dall'istruttoria” e quelli esistenti. — 3. Preclusione ex lege e preclusione ex iudicato; preclusione e rispetto delle prescrizioni procedurali; preclusione e non annullabilità del provvedimento. — 4. I titolari di interessi legittimi oppositivi all'accoglimento dell'istanza. — 5. La preclusione procedimentale e i principi della collaborazione e della buona fede. — 6. Osservazioni conclusive.

1. *Premessa.* — L'esistenza di un onere gravante sulla pubblica amministrazione di far valere nel procedimento i fatti costitutivi del potere a pena di preclusione, avanzato dalla dottrina sulla base di argomenti di carattere teorico (1) e di principi costituzionali o generali (2), ha ora trovato un esplicito fondamento normativo nell'art. 10-bis della legge n. 241 del 1990, così come riformato dall'art. 12, comma 1, lett. e), del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76 (convertito in legge 11 settembre 2020, n. 120) (3).

L'intervento del legislatore risulta di per sé (4) in grado di superare tutte le criticità che (sempre) in dottrina si erano prospettate (5).

Se si considera la motivazione che accompagna la soluzione normativa in questione (6), potrebbe dirsi che si è scelto di (raccolgere l'invito a) puntare sul retroterra concettuale del modello specie statunitense di *Administrative Justice*(7), di fronte all'acclarata inadeguatezza del processo amministrativo a garantire l'effettività della tutela delle situazioni giuridiche soggettive. E questo malgrado le possibilità offerte dal codice del processo amministrativo di portare finalmente quelle stesse situazioni soggettive a oggetto della domanda (del giudizio e del giudicato), pure in presenza di potere discrezionale (in particolare di un potere ancora esercitabile al termine del processo di cognizione) (8). Si tratta, come noto, della grave lacuna (9) massimamente manifestata (stando all'interpretazione della giurisprudenza) dalla necessità di esperire un secondo processo di cognizione (10) o più processi di cognizione (11), senza poter andare direttamente in esecuzione (in giudizio di ottemperanza), così come avviene nel giudizio civile (12).

Sarebbe, tuttavia, troppo ottimistico (diciamo pure ingenuo) ritenere che l'accoglimento positivo della preclusione procedimentale abbia risolto ogni problema; altrettanto pensare che la preclusione procedimentale normata corrisponda interamente alla costruzione teorica avanzata. Si vuole allora iniziare a individuare e a commentare, anche alla luce della prima giurisprudenza pertinente, la serie di questioni che sono state lasciate aperte dal legislatore o che, comunque, si dischiudono di fronte all'interprete (13), al fine di farsi un'idea sulle “potenzialità” della riforma (14).

2. *I “motivi ostativi già emergenti dall'istruttoria” e quelli esistenti.* — La prima e, forse, più importante operazione da compiere è saggiare la distanza tra modello teorico e modello positivo, proprio dal punto di vista dell'intento di superamento della “parcelizza[zione]” del processo amministrativo, quale effetto della consumazione del potere amministrativo in sede procedimentale (è l'intento che si è detto essere manifestato in sede di relazione di accompagnamento (15). Ebbene, salta (ed è saltato (16) subito agli occhi che, stando alla lettera della disposizione in esame (17), a seguito dell'annullamento giurisdizionale del provvedimento, all'amministrazione che riesercita il potere è inibita la possibilità di addurre “motivi ostativi già emergenti dall'istruttoria del provvedimento annullato”, ma non anche di argomentare sulla base di motivi che all'epoca non erano emersi. La consumazione del potere non si verifica, dunque, sempre alla luce di una interpretazione letterale, rispetto agli elementi di fatto e di diritto “esistenti” (18) al momento dell'originaria istruttoria, che da questa, tuttavia, non erano “ricavabili” (19).

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

Se la preclusione procedimentale non opera integralmente sui “fatti costitutivi del potere”, se essa non *copre* “tutti” questi fatti (20), sopravvive l'evenienza che alla reiterazione del potere faccia seguito un nuovo processo di cognizione.

Il problema che si voleva affrontare è ridimensionato, ma non risolto (21).

Va, tuttavia, osservato che la prima giurisprudenza dei tribunali amministrativi regionali ha compiuto un'interpretazione estensiva della formula legislativa, ritenendo che la pubblica amministrazione in sede di riedizione del potere non possa addurre **“circostanze di fatto o di diritto già esistenti o comunque percepibili al momento della originaria istruttoria”** (22), o affermando che dopo l'annullamento possano spendersi esclusivamente i motivi ostativi “già rappresentati” nell'adozione del provvedimento di diniego (23).

Non mancano, comunque, pronunce che si attestano **sulla formulazione legislativa**, rilevando che “la regola **dell'one shot** è posta a tutela del diritto di difesa e persegue lo scopo di obbligare l'Amministrazione ad esplicitare sin dall'adozione del primo provvedimento sfavorevole tutti gli elementi ostativi emergenti dall'istruttoria compiuta, **potendo il secondo diniego, adottato in sede di riesercizio del potere, essere motivato soltanto sulla scorta di elementi fino ad allora non emersi e non di elementi noti e non esplicitati”** (24).

Il Consiglio di Stato, espressosi in un *obiter dictum*, sembra su questa lunghezza d'onda (25). È, in definitiva, ancora presto per comprendere quale sarà l'ampiezza della preclusione procedimentale secondo la giurisprudenza.

Omissis.

5. *La preclusione procedimentale e i principi della collaborazione e della buona fede.* — Un fronte problematico si apre, inoltre, sul versante del rapporto tra la preclusione procedimentale e i principi della collaborazione e della buona fede sanciti dal già ricordato comma 2-bis dell'art. 1 l. n. 241, considerato che di tali principi la preclusione medesima è stata ritenuta subito una “espressione” (43). Gli aspetti controversi sono plurimi.

In gioco, intanto, è la questione dell’“attuazione non esaustiva” o viceversa esaustiva (44) dei medesimi principi da parte della disciplina specificatamente introdotta dall'art. 10-bis. Può essere vista questa come una questione di carattere generale, se si considera che dell'esaurimento o meno del contenuto prescrittivo dei principi nelle regole si discute e si può discutere a proposito di tutti i principi di cui all'art. 1 della legge sul procedimento amministrativo in relazione alle disposizioni della medesima legge (45). È inoltre una questione aggravata dalle diverse, financo opposte, reazioni dottrinali, che il comma 2-bis ha suscitato (46). È tuttavia una questione tutt'altro che teorica e astratta (47), dal momento che se ne avvertono le ricadute su svariati piani. Uno di questi, probabilmente il più importante, riguarda l'applicazione dei principi in discorso nei confronti del soggetto privato istante, desumendone “un onere di collaborazione in senso tecnico” e “ricollegando alla [...] eventuale inosservanza conseguenze negative per la sfera giuridica” (48), più esattamente, “imponendo un onere a suo carico di esporre tutti i fatti che possono essere rilevanti ed essenziali a indirizzare l'amministrazione a cui si è rivolto” (49), pena il profilarsi di una sorta di preclusione inversa (o parallela) in ordine ai medesimi fatti.

La ricerca di una applicazione equilibrata, in quanto bidirezionale (50), dei principi di buona fede e di collaborazione spinge in questo senso. Del resto, si è visto in precedenza (51) che la lettera della disposizione in esame potrebbe in ipotesi legittimare anche il venir meno della preclusione procedimentale nei confronti della pubblica amministrazione nell'assenza delle osservazioni dell'istante sui motivi ostativi comunicati.

Un altro aspetto controverso, subito notato dalla dottrina, ma che, peraltro, potrebbe farsi risalire all'originaria previsione del preavviso di rigetto, concerne la possibilità di “addossare all'amministrazione l'onere di individuare e proporre le soluzioni modificative dell'istanza ovvero quelle alternative” (52). La deduzione di siffatto onere da una compiuta applicazione dei principi di buona fede e collaborazione non sembra affatto peregrina (53), almeno nei limiti in cui valga a generalizzare nei procedimenti a istanza di parte quel soccorso procedimentale e istruttorio, che trova

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

già esplicito riconoscimento, oltre che nella legislazione settoriale, negli istituti della d.i.a. (e ora s.c.i.a.) e del silenzio-assenso (in termini di invito a conformare la denuncia o la domanda (54)(55).
Omissis.

D. Normativa

1. Legge 7 agosto 1990, n. 241. Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi.

Nota. *Per comodità di studio riporto di seguito l'articolo per esteso modificato dopo il “decreto semplificazioni”, n. 76 del 2020.*

Art. 10 bis

Comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza¹

1. 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. Entro il termine di dieci giorni dal ricevimento della comunicazione, gli istanti hanno il diritto di presentare per iscritto le loro osservazioni, eventualmente corredate da documenti. La comunicazione di cui al primo periodo sospende i termini di conclusione dei procedimenti, che ricominciano a decorrere dieci giorni dopo la presentazione delle osservazioni o, in mancanza delle stesse, dalla scadenza del termine di cui al secondo periodo. Qualora gli istanti abbiano presentato osservazioni, del loro eventuale mancato accoglimento il responsabile del procedimento o l'autorità competente sono tenuti a dare ragione nella motivazione del provvedimento finale di diniego indicando, se ve ne sono, i soli motivi ostativi ulteriori che sono conseguenza delle osservazioni. In caso di annullamento in giudizio del provvedimento così adottato, nell'esercitare nuovamente il suo potere l'amministrazione non può addurre per la prima volta motivi ostativi già emergenti dall'istruttoria del provvedimento annullato. Le disposizioni di cui al presente articolo non si applicano alle procedure concorsuali e ai procedimenti in materia previdenziale e assistenziale sorti a seguito di istanza di parte e gestiti dagli enti previdenziali. Non possono essere adottati tra i motivi che ostano all'accoglimento della domanda inadempienze o ritardi attribuibili all'amministrazione².

(A) In riferimento al presente articolo vedi: Circolare AGEA 30 novembre 2009, N. 51.

[1] Articolo inserito dall'articolo 6 della legge 11 febbraio 2005, n. 15.

[2] Comma modificato dall'articolo 9, comma 3, della legge 1 novembre 2011, n. 180, e successivamente dall'articolo 12, comma 1, lettera e), del D.L. 16 luglio 2020, n. 76, non ancora convertito in legge.

Omissis.