

10. Annullamento giurisdizionale del primo diniego e limiti alla reiterabilità.

In generale, la sentenza di annullamento dell'atto impugnato fa salvo il riesercizio del potere amministrativo, fermi i vincoli derivanti dalla pronuncia.

In altri termini, a seguito della pronuncia giudiziale, l'Amministrazione resta titolare del potere di adottare un secondo provvedimento dal contenuto analogo a quello annullato, purché sia fondato su motivazioni diverse da quelle censurate dal giudice amministrativo, imperniate su valutazioni non esaminate da quest'ultimo nel corso del processo (e dunque non ricomprese nell'oggetto del giudicato). Ovviamente, è altresì necessario che il secondo provvedimento non risulti adottato in elusione del giudicato: il che ne determinerebbe la radicale nullità *ex art. 21 septies*, l. n. 241 del 1990, rilevabile del giudice dell'ottemperanza ai sensi dell'art. 114, comma 3, lett. b), c.p.a.

Giova sintetizzare i termini del dibattito giurisprudenziale (si rinvia, per gli opportuni approfondimenti, a Parte VII, Cap. VI).

10.1. La tesi tradizionale: limiti oggettivi del giudicato, inesauribilità del potere e assenza di un dovere di motivazione integrale.

Secondo una risalente impostazione teorica, il giudicato cristallizza solo un segmento del *flusso* amministrativo, che è continuativo ed inesauribile. La validità del provvedimento impugnato non è infatti esaminata dal giudice nel suo complesso – ossia per qualsiasi ipotetico vizio, anche non dedotto nel processo – bensì solo in relazione agli specifici vizi motivi esposti nel ricorso.

In ragione del *carattere frammentario* della cognizione, il potere di riedizione dell'azione amministrativa torna *ad espandersi* su tutti gli spazi non coperti dalla parentesi giurisdizionale.

L'Amministrazione può pertanto legittimamente emanare un provvedimento orientato in senso analogo a quello annullato in sede giudiziale – così frustrando le aspettative del ricorrente vittorioso in giudizio – sempre che adduca ragioni neanche implicitamente evocate nel provvedimento annullato, né prese in considerazione dal giudice di merito.

Detto altrimenti, secondo tale orientamento, la P.A. *non sarebbe gravata da un obbligo di motivazione integrale*, che le imponga di esplicitare una volta per tutte, nel corpo del primo provvedimento, tutti i motivi contrari all'accoglimento dell'istanza.

In senso contrario si è messo in evidenza il rischio (connesso alla esposta impostazione) che risulti compromessa l'esigenza di effettività della tutela giurisdizionale del privato, condannato ad inseguire le plurime determinazioni negative adottate sulla base di motivi sempre diversi da quelli censurati in sede giurisdizionale.

Si è quindi posta l'esigenza di contemperare con il principio di continuità dell'azione pubblica la necessità del privato di addivenire ad un assetto stabile dei propri rapporti con l'amministrazione, quale espressione dei principi di effettività della tutela e ragionevole durata del processo⁷⁹.

A tale esigenza si è provato a porre rimedio seguendo percorsi distinti.

Il potere di riedizione è inesauribile e ampio...

... l'Amministrazione non ha un dovere di motivazione integrale

⁷⁹ Per una sintesi degli orientamenti v. in particolare Cons. St., sez. 25 febbraio 2019, n. 1321

10.2. La tesi del *one shot* puro e del *one shot* processuale.

Secondo una prima impostazione, l'amministrazione sarebbe tenuta ad esplicitare nella motivazione del provvedimento tutte le possibili ragioni a sostegno della propria determinazione finale. Il potere si consumerebbe con l'adozione del primo provvedimento sicché, una volta annullato questo in sede giurisdizionale, non sarebbe ammesso un riesercizio del potere in senso analogo ma sulla base di differenti presupposti e motivi.

■ *One shot* puro

Questo orientamento, che è denominato "*one shot*" puro ed è conosciuto da altri ordinamenti continentali, è tuttavia apparso non in linea con i principi del nostro sistema processuale, che fa normalmente derivare dall'annullamento il poterdovere dell'amministrazione di rideterminarsi⁸⁰; lo si è soprattutto ritenuto in aperto contrasto con i principi di efficienza ed economicità dell'azione pubblica, non sembrando ragionevole gravare l'amministrazione, già in prima battuta di un così ampio ed esaustivo onere motivazionale.

■ *One shot* processuale

Secondo diversa opzione, il principio del "*one shot*" dovrebbe funzionare in chiave processuale, obbligando cioè la P.A., in sede di giudizio, ad una integrale *discovery* di tutte le possibili ragioni a sostegno del provvedimento impugnato.

Anche tale soluzione, che pure sarebbe conforme alla moderna collocazione del giudizio amministrativo su un piano sostanziale di spettanza (attinente cioè al rapporto complessivo e non allo specifico atto impugnato), non è apparsa tuttavia conciliabile con la più recente e diffusa giurisprudenza costituzionale ed amministrativa, ostile alla integrabilità "postuma" della motivazione e del provvedimento, mediante atti processuali o scritti difensivi (si rinvia al precedente par. 8)⁸¹.

10.3. Il giudicato copre il dedotto e il deducibile: interviene Cons. St., A.P., 15 gennaio 2013, n. 2.

È stata così da taluni proposto di valorizzare la sempre più estesa ampiezza del sindacato esercitato dal giudice amministrativo: è quanto sostenuto da chi sostiene che il giudicato amministrativo – alla stregua di quello civile⁸² – copre "*il dedotto e il deducibile*", impedendo di porre nuovamente in discussione questioni che, pur se non espressamente trattate nel processo, configurino un presupposto o un corollario indefettibile del *thema decidendum*. L'Amministrazione non potrebbe quindi tornare su aspetti incontrovertiti del provvedimento, che non siano espressamente indicati dal giudicato come bisognosi di una nuova valutazione.

È stato al riguardo sostenuto che la graduale trasformazione del processo amministrativo da giudizio sull'atto a giudizio sul rapporto (asseverata dalle note pronunce dell'Adunanza Plenaria nn. 3 e 15 del 2011) comporta l'espansione del giudicato oltre i limiti individuati dal tenore letterale del provvedimento, per ricomprendere ogni aspetto della vicenda che sia stato anche implicitamente vagliato dal giudice amministrativo.

Si tratta di indirizzo rimasto tuttavia isolato, essendo diffuso il convincimento per cui la dimensione oggettiva del giudicato amministrativo è correlata all'oggetto del

⁸⁰ Cons. St., Sez. IV, 15 dicembre 2017, n. 5910.

⁸¹ Cons. St., Sez. VI, 11 maggio 2018, n. 2843.

⁸² Cfr. Cass. Civ., Sez. III, ord. 26 febbraio 2019, n. 5486

processo e alla struttura del giudizio. Quando è impugnato un provvedimento discrezionale, pertanto, i limiti oggettivi del giudicato amministrativo sono saldamente ancorati agli specifici argomenti di fatto e di diritto che integrano la violazione accertata dal giudice⁸³.

È quanto sostenuto da *Cons. St., A.P., 15 gennaio 2013, n. 2*, che ha ribadito come l'oggetto del giudizio (e del giudicato amministrativo) debba essere individuato con esclusivo riferimento ai vizi dell'atto individuati dai motivi dedotti nel ricorso. Ne deriva, quindi, la possibilità per l'amministrazione di rideterminarsi a seguito del giudicato non solo con riferimento a situazioni nuove, non contemplate dal precedente giudizio, ma altresì operando una nuova valutazione di situazioni che, esplicitamente o implicitamente, siano già state oggetto di esame da parte del giudice.

10.4. La tesi del *one shot* temperato e le differenti applicazioni pretorie.

L'orientamento prevalente, affermatosi in giurisprudenza a partire da *Cons. St. Sez. V, 6 febbraio 1999 n. 134*, fino alla recentissima *Cons. St., Sez. IV, 24 giugno 2020, n. 4057*⁸⁴, consente invece all'amministrazione la riedizione del potere successiva all'annullamento giurisdizionale, benché per una sola volta (c.d. "*one shot*" temperato). Con il nuovo provvedimento l'Amministrazione sarà pertanto tenuta a riesaminare l'affare nella sua interezza e con riferimento a tutte le questioni ritenute rilevanti, essendo successivamente impedito qualsiasi ritorno sulla propria determinazione, anche in relazione a profili ancora non valutati.

In questo senso, dunque, il principio del "*one shot*" è definito "temperato" per il fatto di concedere all'amministrazione una seconda (ed ultima) *chance* di legittimo esercizio del potere, salva in ogni caso l'ipotesi di fatti sopravvenuti⁸⁵, potendosi pertanto affermare che il secondo giudicato di annullamento copra effettivamente "*il dedotto e il deducibile*".

Valorizzando l'obbligo di leale cooperazione gravante sulla Pubblica amministrazione, il dovere della stessa P.A. di osservare il *dictum* giudiziale non consente l'adozione di una serie indefinita di provvedimenti negativi, basati su motivazioni sempre diverse: anche laddove il tenore della pronuncia definitiva lasci permanere dei margini per esercitare nuovamente il potere in senso contrario agli interessi del ricorrente, la P.A. è tenuta ad esprimere in motivazione le proprie considerazioni definitive in sede di riedizione, senza poter successivamente invocare ulteriori ragioni al momento di emanare ulteriori provvedimenti.

L'adozione di un nuovo atto su una questione giudicata in via definitiva comporterebbe quindi -secondo la tesi in esame- la consumazione del potere amministrativo: il che determina significative conseguenze.

Da un primo punto di vista, chi agisca per l'annullamento del secondo provvedimento avrà la facoltà di promuovere contestualmente azione di adempimento *ex art. 34, comma 1, lett. c), c.p.a.*, a fronte dell'esaurimento di ogni

⁸³ In termini, *Cons. St., Sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1321*.

⁸⁴ V. anche *Cons. St., Sez. V, 8 gennaio 2019, n. 144*; *Id., Sez. III, 14 febbraio 2017 n. 660*, *Id., Sez. IV, 25 marzo 2014, n. 1457*.

⁸⁵ In presenza di fatti sopravvenuti l'amministrazione potrebbe nuovamente tornare sulla propria decisione anche dopo il secondo giudicato e impedire al privato l'ottenimento dell'utilità sperata, v. *Cons. St., Sez. IV, 31 marzo 2015, n. 1686*.

residuo margine di discrezionalità.

In secondo luogo, ogni atto successivamente adottato sulla base di ragioni ulteriori risulterà radicalmente nullo per elusione del giudicato, rilevabile in sede di ottemperanza.

La tesi del *one shot* temperato, pure seguita in giurisprudenza, non poggia tuttavia su sicure basi normative, ma su esigenze pratiche di ragionevole satisfattività della tutela. Ne consegue che anche il criterio del “*one shot*” temperato, lungi dal costituire un rimedio di rigida applicazione, è in concreto declinato in termini assai differenti, a seconda della materia, nonché della natura e delicatezza degli interessi coinvolti dall'azione pubblica⁸⁶.

È per questo che, di recente, *Cons. St., sez. 25 febbraio 2019, n. 1321*, ha preferito adottare una prospettiva sostanzialista che prescinde dal numero di provvedimenti adottati (e caducati) e fa derivare la consumazione della discrezionalità dall'ingenerarsi di una “*frattura*” nel rapporto di fiducia tra privato e amministrazione, derivante da un agire ondivago e contraddittorio, lesivo dei canoni di buona amministrazione e affidamento (nello specifico caso vi erano stati ben tre giudicati di annullamento).

10.5. Il d.l. 16 luglio 2020, n. 76, e la parziale positivizzazione del *one shot* puro.

Una novità significativa è stata di recente introdotta dall'art. 12, comma 1, lett. e), d.l. 16 luglio 2020, n. 76.

Come già anticipato al par. 7, il d.l. n. 76, intervenendo sull'art. 10 *bis*, ha disposto che “*qualora gli istanti abbiano presentato osservazioni, del loro eventuale mancato accoglimento il responsabile del procedimento o l'autorità competente sono tenuti a dare ragione nella motivazione del provvedimento finale di diniego indicando, se ve ne sono, i soli motivi ostativi ulteriori che sono conseguenza delle osservazioni. 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*”.

Con il chiaro intento di operare una semplificazione dei rapporti tra cittadino e amministrazione, il nuovo art. 10 *bis* rafforza dunque l'onere motivazionale cui è tenuta la p.a. nel caso di provvedimenti negativi emanati a seguito di un'effettiva interlocuzione procedimentale (quando cioè alla comunicazione dell'amministrazione sia seguita la presentazione di osservazioni da parte del privato), imponendole l'integrale *discovery* di tutte le possibili ragioni a fondamento del diniego. Risulta conseguentemente impedita, nel caso di annullamento dell'atto, una riedizione del potere in senso ulteriormente non satisfattivo, motivata sulla base di fatti che fossero già desumibili dall'istruttoria del provvedimento caducato. Per effetto della novella, l'art. 10 *bis* finisce per assumere una valenza esoprocedimentale, facendosi strumento di definizione ultima (ed immediata) del rapporto tra cittadino e p.a. in relazione - non al singolo procedimento, come nel

⁸⁶ Per una compiuta esemplificazione in particolare in tema di provvedimenti del MIUR, giudizi di avanzamento degli ufficiali, conferimento di incarichi direttivi ai magistrati, v. ANASTASI A., *La satisfattività della tutela tra esauribilità del potere e perseguimento dell'interesse sostanziale: atti negativi, inerzia, interessi pretensivi*, in www.giustizia-amministrativa.it.

regime anteriore al d.l. 76 del 2020, bensì - ad una determinata vicenda sostanziale incisa dal potere.

La relazione illustrativa esplicita la *ratio* dell'intervento normativo nella volontà di evitare la parcellizzazione del processo, quale consegue alla possibilità per il soggetto pubblico di reiterare un diniego con motivazioni sempre diverse, ponendosi l'obiettivo di "*cercare di ricondurre a un'unica impugnazione giurisdizionale l'intera vicenda sostanziale*".

Sono evidenti le analogie con la tesi più rigorosa tra quelle sopra brevemente riassunte, cioè quella del c.d. *one shot* puro, che sembra ora trovare piena cittadinanza nel nostro ordinamento.

Valutando le conseguenze derivanti da tale impostazione, può dirsi che il cointeressato rimasto estraneo al giudizio, se da un lato fruisce della sentenza di accoglimento del ricorso nella parte in cui annulla l'atto eliminandolo dal mondo giuridico, dall'altro non può proporre ricorso per esecuzione del giudicato, la pronuncia non contenendo, nella parte prescrittiva, accertamenti relativi alla sua sfera giuridica.

Quanto agli effetti sul cointeressato della sentenza di reiezione del ricorso, anche la tesi esposta induce ad escludere che la stessa possa pregiudicarlo, potendo egli dedurre i medesimi motivi formulati nel ricorso respinto, sempre che sia ancora in termini per impugnare.

Estensione in
via ammini-
strativa ai
terzi

In ogni caso la P.A., nell'ambito dei suoi poteri discrezionali, ha facoltà di estendere gli effetti del giudicato anche a soggetti che non abbiano partecipato al giudizio, ma si trovino in posizione analoga al ricorrente (come spesso è accaduto, ad esempio, in materia di pubblico impiego).

Si tratta di un potere ampiamente discrezionale²⁸, sindacabile solo laddove l'amministrazione, nell'estendere il giudicato a soggetti estranei alla lite, illogicamente si determini in senso favorevole solamente per alcuni, omettendo, di contro, di considerare le posizioni di altri assimilabili a quelle valutate positivamente²⁹. In tal senso, si è affermato che il principio della preclusione dell'estensione degli effetti del giudicato ai soggetti rimasti estranei al giudizio lascia aperta la possibilità che l'amministrazione riesamini le esclusioni alla luce dei principi contenuti nel giudicato, nell'esercizio degli ordinari poteri di autotutela³⁰.

Peraltro, il provvedimento discrezionale di estensione *ultra partes* del giudicato, in quanto funzionalmente diretto ad evitare, secondo il principio di imparzialità, la disparità di trattamento fra soggetti in identica situazione nei confronti dell'amministrazione, ha necessariamente efficacia *ex nunc* e, pertanto, non comporta il pagamento di interessi legali e di rivalutazione monetaria sugli eventuali emolumenti arretrati in forza dello stesso corrisposti. Tale provvedimento, infatti, costituisce in capo ai destinatari una posizione di vantaggio ed economica autonoma e nuova, la cui fonte esclusiva è la determinazione autoritativa posta in essere dall'amministrazione a tale fine.

3. Gli effetti del giudicato amministrativo.

Il giudicato amministrativo presenta un contenuto poliedrico, non limitandosi a sortire effetti eliminatori e preclusivi, ma connotandosi per la particolarità e pregnanza dell'effetto conformativo.

Proprio perché diretto anche ad orientare il successivo svolgersi dell'azione amministrativa, può dirsi che il giudicato amministrativo si presenta con due facce, una rivolta al passato, l'altra al futuro³¹.

Al passato attengono l'effetto eliminatorio dell'atto impugnato o il suo consolidamento, nell'ipotesi di rigetto del ricorso.

Al futuro attiene l'effetto conformativo della successiva azione amministrativa.

²⁸ *Ex pluribus*, Cons. St., Sez. VI, 24 febbraio 2005, n. 675; Id. 14 aprile 2004, n. 2101; Id., Sez. V, 14 maggio 2001, n. 2636.

²⁹ Tar Campania, Napoli, Sez. III, 9 luglio 2007, n. 6582; Id. 16 maggio 2007, n. 5245; Tar Liguria, Sez. II, 10 maggio 2007, n. 741; Tar Campania, Napoli, Sez. III, 3 novembre 2006, n. 9362.

³⁰ Tar Molise 18 luglio 2007, n. 637; in precedenza, Cons. St., Sez. V, 13 settembre 2005, n. 4697.

³¹ Cfr. BINI, *Giudicato e ottemperanza*, in *Dizionario di diritto amministrativo*, a cura di CLARICH e FONDERICO, Milano, 2007, 311.

Seguendo altra e più diffusa classificazione il giudicato amministrativo produce effetti costitutivi, preclusivi e conformativi³².

Tra gli effetti costitutivi, in uno a quello consistente nell'eliminazione dell'atto annullato, va ricompreso il ripristino della situazione giuridica preesistente all'attività amministrativa illegittima. L'obbligo di ripristino, in particolare, consegue all'annullamento, stante l'efficacia *ex tunc* propria di quest'ultimo, e grava pertanto sulla P.A. a prescindere dalla configurabilità a suo carico degli estremi della responsabilità e in disparte i limiti dell'eccessiva onerosità per il soggetto obbligato *ex art.* 2058 c.c.³³.

In forza dell'effetto preclusivo, non è proponibile alcun nuovo giudizio sulla medesima questione (c.d. efficacia negativa); al contempo, la statuizione contenuta in sentenza vincola il giudice di ogni ulteriore giudizio (efficacia c.d. positiva).

Infine, dal giudicato amministrativo discende l'obbligo per la P.A. di adeguare la propria azione alle prescrizioni ivi contenute, così destinate a conformare il riesercizio del potere (effetti conformativi); obbligo assistito dal rimedio dell'ottemperanza per il caso di mancato adempimento spontaneo da parte della Pubblica amministrazione. L'effetto conformativo pertanto si proietta nel futuro, guidando la successiva attività della P.A. di riesercizio del potere.

Giova al riguardo distinguere tra sentenze cc.dd. autoesecutive e sentenze che richiedono un'ulteriore attività dell'amministrazione (sul punto v. anche il successivo par. 9.3).

Nel caso di sentenze autoesecutive non è necessaria l'adozione di un atto da parte della P.A. volto a soddisfare l'interesse (oppositivo) vantato dal ricorrente, trovando lo stesso compiuta ed immediata realizzazione per effetto della stessa sentenza.

Negli altri casi, invece, è necessaria un'ulteriore attività dell'amministrazione – vincolata nell'*an* ma talvolta discrezionale nel *quomodo* – per dare compiuta esecuzione alla sentenza stessa. In tal caso l'amministrazione deve prima eliminare gli effetti materiali incompatibili con la decisione del giudice e poi adottare un nuovo provvedimento che si conformi a detta statuizione.

Sentenze autoesecutive e sentenze che richiedono un'ulteriore attività della p.a.

3.1. Effetto conformativo e riedizione del potere: le soluzioni giurisprudenziali e l'intervento del d.l. 76 del 2020.

Il giudicato amministrativo può quindi dare luogo, quale necessaria conseguenza del proprio effetto conformativo, ad un nuovo esercizio del potere da parte della Pubblica Amministrazione. La riedizione del potere non è comunque esclusa anche nelle ipotesi di sentenze autoesecutive, ben potendo il giudicato (che, come visto *supra* par. 2, si forma solo con riferimento ai profili dedotti nel ricorso ed esaminati dal giudice) lasciare intatto un certo margine d'azione alla P.A., entro il quale la stessa potrà nuovamente determinarsi.

L'effetto conformativo attiene dunque non solo a ciò che l'amministrazione *deve* fare per attuare compiutamente il giudicato e la sua concreta portata, ma anche a ciò che la stessa *può* e *non può* fare nel rispetto del contenuto della sentenza e dello spazio operativo che residua per effetto della stessa.

³² Cons. St., Sez. VI, 16 ottobre 2007, n. 5409.

³³ *Ibidem*.

La necessità di individuare i limiti dell'azione amministrativa successiva alla pronuncia del giudice è il riflesso della complessa dialettica tra giudicato e potere, che contraddistingue il processo amministrativo, marcandone la fondamentale differenza rispetto al processo civile³⁴. Alla natura statica ed immutabile del giudicato, che “fotografa” il rapporto tra cittadino e autorità in un preciso momento storico e sotto ben determinati profili³⁵, si contrappone la dinamicità del potere pubblico, funzionalizzato alla cura continua dell'interesse generale e quindi tendenzialmente inesauribile. Il giudicato non potrà quindi impedire all'amministrazione di svolgere un'attività successiva, ma ne determinerà la soggezione, oltre che alle regole legali, alle regole giudiziali contenute nella pronuncia, per gli aspetti che siano stati oggetto della stessa³⁶.

La diversa intensità dell'effetto conformativo del giudicato

La pronuncia giurisdizionale può incidere sul potere con diversi gradi di intensità, cui corrisponderà una differente portata dell'effetto conformativo. Il vincolo alla riedizione del potere derivante dal giudicato sarà infatti tanto più stringente quanto più profondo sia stato lo scrutinio del giudice sugli aspetti sostanziali del rapporto (ferma l'insindacabilità del merito delle scelte amministrative), in ragione della natura - discrezionale o vincolata - dell'attività oggetto del suo sindacato, nonché alla luce dei vizi dedotti dal ricorrente, fino a giungere al caso-limite scolpito dall'art. 31, comma 3, c.p.a.³⁷. Quando, a seguito della pronuncia del giudice, risulti esaurita ogni possibile libertà d'azione in capo al soggetto pubblico (perché trattasi di attività integralmente vincolata o in quanto “*non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori*”), l'effetto conformativo potrà manifestarsi alla massima intensità, esplicitandosi in una vera e propria pronuncia sulla “*fondatezza della pretesa*” o in una condanna rivolta all'amministrazione ad adottare un provvedimento con un ben determinato contenuto sostanziale.

All'estremo opposto, possono menzionarsi i casi di vizi di natura meramente formale o procedimentale. In tali ipotesi l'effetto conformativo del giudicato di annullamento avrà ridottissima portata e imporrà unicamente all'amministrazione di adeguare la propria successiva attività alle forme imposte dalla legge, senza in alcun modo incidere sulla sostanza delle determinazioni adottabili³⁸.

Alla luce del diverso configurarsi dell'effetto conformativo a seconda del contenuto della pronuncia e del vizio esaminato dal giudice, si comprende pienamente la portata di *Cons. St., A.P., 27 aprile 2015, n. 5* (su cui vedi *funditus* par.

³⁴ Nell'ambito dei rapporti privatistici, infatti, qualsiasi accertamento della realtà materiale e giuridica derivante da una pronuncia giudiziale potrà essere superato dall'autonomia privata, ciò impedendo la stessa configurabilità di un vero e proprio “effetto conformativo” del giudicato sulla successiva azione delle parti.

³⁵ Il giudice non conosce, in termini generali, del potere, ma della sua specifica estrinsecazione nel provvedimento, nell'atto, o nel comportamento. Ai sensi dell'art. 34, comma 1, lett. c), infatti “*In nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati*”.

³⁶ Cons. St., Sez. VI, 31 ottobre 2016, n. 4567.

³⁷ Applicabile anche all'azione dell'annullamento avverso un provvedimento di diniego, in forza del richiamo operato dall'art. 34, comma 1, lett. c), c.p.a.

³⁸ Sotto un certo profilo, quindi, può dirsi che lo stesso art. 21 *octies*, comma 2, l. n. 241 del 1990, nel precludere l'annullamento del provvedimento per vizi formali o procedimentali che non abbiano influito sul suo contenuto sostanziale, realizza in via anticipata il coordinamento tra effetto conformativo e riedizione del potere. La disposizione impedisce infatti l'annullamento e la conseguente riedizione del potere in tutti i casi in cui la pronuncia del giudice non sortirebbe alcun effetto conformativo sostanziale, vista l'immutabilità del contenuto dell'atto.

6.4). Attraverso la gradazione dei motivi di annullamento dedotti nel ricorso, che il giudice è tenuto – salvo specifiche ipotesi³⁹ – a rispettare, la parte ricorrente può orientare a proprio favore l'effetto conformativo del giudicato, antepo- nendo l'esame dei vizi dal cui accertamento deriverebbe una riedizione del potere maggiormente soddisfacente del proprio interesse.

Ad esempio, in un giudizio relativo ad una procedura di evidenza pubblica, il secondo classificato avrà interesse ad anteporre un vizio relativo all'offerta risultata vincitrice, dal cui accertamento deriverebbe, quale effetto conformativo, il dovere dell'amministrazione di aggiudicare a sé la gara, rispetto ad un vizio relativo al bando, suscettibile di invalidare l'intera procedura.

Proprio il vincolo derivante dall'effetto conformativo giustifica inoltre la sanzione di radicale nullità che, ai sensi dell'art. 21 *septies*, l. n. 241 del 1990, colpisce una riedizione del potere che si ponga “*in violazione o elusione del giudicato*” (v. *amplius* par. 7.2). La centralità dell'effetto conformativo si manifesta, quindi, anche nella scelta ordinamentale di ritenere il provvedimento con esso contrastante non meramente viziato, ma bensì radicalmente inidoneo a costituire l'espressione di una supremazia pubblicistica⁴⁰. La regola giudiziale assume, in definitiva, una pregnanza maggiore delle stesse regole legali cui l'azione pubblica ordinariamente soggiace.

Se, dunque, il giudicato amministrativo lascia generalmente spazio ad una riedizione del potere, questa è comunque suscettibile di sfociare in un provvedimento ugualmente non soddisfacente dell'interesse del privato, perché non attributivo dell'utilità finale cui egli aspira. Anche tale provvedimento, quando ritenuto illegittimo (e non suscettibile nelle ipotesi di nullità sopra menzionate, attribuite al giudice dell'ottemperanza), dovrà quindi essere autonomamente impugnato, instaurando un ordinario giudizio di cognizione.

L'inesauribilità del potere e il permanere di spazi di discrezionalità in capo all'amministrazione potrebbero in astratto consentire l' indefinita reiterazione di provvedimenti negativi inerenti al medesimo rapporto e costringere il privato ad “inseguire” le determinazioni della P.A. attraverso plurime impugnazioni, con sostanziale svuotamento della tutela giurisdizionale.

Appare pertanto necessario operare un contemperamento tra il principio di continuità dell'azione pubblica e la necessità del privato di addivenire ad un assetto stabile dei propri rapporti con l'amministrazione, quale espressione dei principi di effettività della tutela e ragionevole durata del processo⁴¹.

Giudicato e nullità

La riedizione del potere

Inesauribilità del potere e tutela del privato

³⁹ In particolare, qualora sia dedotto un vizio di incompetenza, lo stesso dovrà essere sempre esaminato prioritariamente. L'effetto conformativo di una pronuncia che accerti la sussistenza di tale vizio condiziona quindi la riedizione del potere solo in punto di individuazione dell'autorità competente, salvaguardando al massimo grado il riparto delle attribuzioni tra soggetti pubblici ed evitando che l'autorità deputata a provvedere si trovi a soggiacere ad un effetto conformativo alla cui formazione non ha in alcun modo contribuito.

⁴⁰ La sua cognizione è comunque demandata al G.A. in sede di ottemperanza (art. 114, comma 4, lett. b), c.p.a.), in ragione della contiguità logica e giuridica esistente tra provvedimento violativo o elusivo del giudicato e legittima riedizione del potere nello *spatium deliberandi* lasciato integro dalla pronuncia giudiziale, con conseguente pratica difficoltà di distinguere nettamente le due ipotesi.

⁴¹ Per una sintesi degli orientamenti v. in particolare Cons. St., 25 febbraio 2019, n. 1321

“One shot”
puro

Secondo una prima opzione interpretativa, l'amministrazione sarebbe tenuta ad esplicitare nella motivazione del provvedimento tutte le possibili ragioni a sostegno della propria determinazione finale. Con la conseguenza per cui, una volta che il provvedimento sia stato annullato, l'effetto conformativo del giudicato impedirebbe un riesercizio del potere in senso analogo sulla base di differenti presupposti, che non sarebbero più valorizzabili perché definitivamente “consumati” a fronte della mancata indicazione nell'atto. Questo orientamento, che è denominato “one shot” puro ed è conosciuto da altri ordinamenti continentali, appare però del tutto estraneo al nostro sistema processuale, che fa anzi normalmente derivare dall'annullamento il potere-dovere dell'amministrazione di rideterminarsi⁴². Esso si pone inoltre in aperto contrasto con i principi di efficienza ed economicità dell'azione pubblica, non sembrando ragionevole gravare l'amministrazione, già in prima battuta, di un così ampio ed esaustivo onere motivazionale.

“One shot”
processuale

Il principio del “one shot” nei rigorosi termini sopra descritti non può dirsi accettabile neppure ove declinato in chiave processuale, obbligando cioè la P.A., in sede di giudizio, ad una integrale *discovery* di tutte le possibili ragioni a sostegno del provvedimento impugnato. Tale soluzione, che pure sarebbe conforme alla moderna collocazione del giudizio amministrativo su un piano sostanziale di spettanza (attinente cioè al rapporto complessivo e non allo specifico atto impugnato), appare inconciliabile con la pacifica inammissibilità di un'integrazione “postuma” del provvedimento, mediante atti processuali o scritti difensivi⁴³.

Il giudicato
copre il
dedotto e il
deducibile

Secondo altro orientamento potrebbe addivenirsi al medesimo effetto preclusivo di una riedizione del potere di segno conforme a quella caducata, valorizzando la portata del giudicato amministrativo e ritenendo che questo – alla stregua di quello civile⁴⁴ – copra “il dedotto e il deducibile”, ovvero impedisca di porre nuovamente in discussione questioni che, pur se non espressamente trattate nel processo, configurino un presupposto o un corollario indefettibile del *thema decidendum*. L'amministrazione non potrebbe quindi tornare su aspetti incontrovertiti del provvedimento, che non siano espressamente indicati dal giudicato come bisognosi di una nuova valutazione.

La soluzione
di Cons. St.,
A.P., 15
gennaio
2013, n. 2

Quest'ultima soluzione non è stata tuttavia condivisa da *Cons. St., A.P., 15 gennaio 2013, n. 2* (su cui v. *amplius* par. 7.2), che ha ribadito come l'oggetto del giudizio (e del giudicato amministrativo) debba essere individuato con esclusivo riferimento ai vizi dell'atto individuati dai motivi dedotti nel ricorso. Ne deriva, quindi, la possibilità per l'amministrazione di rideterminarsi a seguito del giudicato non solo con riferimento a situazioni nuove, non contemplate dal precedente giudizio, ma altresì operando una nuova valutazione di situazioni che, esplicitamente o implicitamente, siano già state oggetto di esame da parte del giudice.

“One shot”
temperato

L'orientamento prevalente, affermatosi in giurisprudenza a partire da *Cons. St. Sez. V, 6 febbraio 1999, n. 134*, fino alla recentissima *Cons. St., Sez. IV, 24 giugno 2020, n. 4057*⁴⁵, consente invece all'amministrazione la riedizione del potere successiva

⁴² Cons. St., Sez. IV, 15 dicembre 2017, n. 5910.

⁴³ Cons. St., Sez. VI, 11 maggio 2018, n. 2843.

⁴⁴ Cfr. Cass. Civ., Sez. III, ord., 26 febbraio 2019, n. 5486.

⁴⁵ V. anche Cons. St., Sez. V 8 gennaio 2019, n. 144; Id., Sez. III, 14 febbraio 2017, n. 660, Id., Sez. IV, 25

all'annullamento giurisdizionale, benché per una sola volta (c.d. “*one shot*” temperato). Con il nuovo provvedimento il soggetto pubblico sarà pertanto tenuto a riesaminare l'affare nella sua interezza e con riferimento a tutte le questioni ritenute rilevanti, essendogli successivamente impedito qualsiasi ritorno sulla propria determinazione, anche in relazione a profili ancora non valutati.

In questo senso, dunque, il principio del “*one shot*” è definito “temperato” per il fatto di concedere all'amministrazione una seconda (ed ultima) *chance* di legittimo esercizio del potere, salva in ogni caso l'ipotesi di fatti sopravvenuti⁴⁶ (su cui v. il successivo par. 3.2), potendosi pertanto affermare che il secondo giudicato di annullamento copra effettivamente “*il dedotto e il deducibile*”.

Detta acquisizione giurisprudenziale, sconta però il difetto di basarsi non su criteri dogmatici o normativi, ma su esigenze pratiche di ragionevole soddisfattività della tutela. Ne consegue che anche il criterio del “*one shot*” temperato, lungi dal costituire un rimedio di rigida applicazione, sia in concreto declinato in termini assai differenti, a seconda della materia, nonché della natura e delicatezza degli interessi coinvolti dall'azione pubblica⁴⁷.

È per questo che, di recente, *Cons. St., Sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1321* ha preferito adottare una prospettiva sostanzialista che prescinde dal numero di provvedimenti adottati (e caducati) e fa derivare la consumazione della discrezionalità dall'ingenerarsi di una “*frattura*” nel rapporto di fiducia tra privato e amministrazione, derivante da un agire ondivago e contraddittorio, lesivo dei canoni di buona amministrazione e affidamento (nello specifico caso vi erano stati ben tre giudicati di annullamento).

Meritano infine di essere segnalate, per il rilevante impatto che potranno rivestire nel delicato equilibrio tra giudicato e riedizione del potere, le modifiche apportate all'art. 10-*bis*, l. n. 241 del 1990 (*Comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza*) dal recentissimo art. 12, comma 1, lett. e), d.l. 16 luglio 2020, n. 76⁴⁸. Come noto, l'istituto del c.d. preavviso di rigetto obbliga l'amministrazione, che si sia determinata nel senso di disattendere l'istanza del privato, ad avviare previamente un contraddittorio procedimentale con lo stesso, comunicandogli i “*motivi che ostano all'accoglimento della domanda*” ed esaminando le eventuali osservazioni presentate a propria difesa. La disposizione è stata riformulata, prevedendo che “*qualora gli istanti abbiano presentato osservazioni, del loro eventuale mancato accoglimento il responsabile del procedimento o l'autorità competente sono tenuti a dare ragione nella motivazione del provvedimento finale di diniego indicando, se ve ne sono, i soli motivi ostativi ulteriori che sono conseguenza delle osservazioni. In caso di annullamento in giudizio del provvedimento così adottato, nell'esercitare nuovamente il suo potere l'amministrazione non può*

La soluzione sostanzialista di Cons. St., Sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1321

Le novità del d.l. 16 luglio 2020, n. 76: il nuovo preavviso di rigetto

marzo 2014, n. 1457.

⁴⁶ In presenza di fatti sopravvenuti l'amministrazione potrebbe nuovamente tornare sulla propria decisione anche dopo il secondo giudicato e impedire al privato l'ottenimento dell'utilità sperata, v. *Cons. St., Sez. IV, 31 marzo 2015, n. 1686*.

⁴⁷ Per una compiuta esemplificazione in particolare in tema di provvedimenti del MIUR, giudizi di avanzamento degli ufficiali, conferimento di incarichi direttivi ai magistrati, v. ANASTASI A., *La soddisfattività della tutela tra esauribilità del potere e perseguimento dell'interesse sostanziale: atti negativi, inerzia, interessi pretensivi*, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴⁸ Per una complessiva analisi dell'intervento normativo sull'istituto del preavviso di rigetto, v. SERRA G., *Brevi note in merito alla riforma dell'art. 10 bis della L. n. 241/1990 ad opera del c.d. Decreto Semplificazioni (D.L. n. 76/2020)* su www.lexitalia.it.