

MARCELLO CLARICH

Professore ordinario di Diritto Amministrativo presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche  
dell'Università degli Studi di Roma "La Sapienza"

marcello.clarich@uniroma1.it

**LIMITI OGGETTIVI E SOGGETTIVI DEL GIUDICATO  
AMMINISTRATIVO E RIESERCIZIO DEL POTERE**

**OBJECTIVE AND SUBJECTIVE LIMITS OF THE  
ADMINISTRATIVE JUDGEMENT AND RE-USE OF  
POWER**

SINTESI

L'articolo analizza i limiti oggettivi e soggettivi del giudicato amministrativo e il riesercizio del potere, mediante l'esame di alcune importanti novità legislative.

ABSTRACT

The article analyses the objective and subjective limits of the administrative judgement and the re-exercise of power by examining some important legislative innovations.

PAROLE CHIAVE: Giudicato amministrativo, potere, riesercizio.

KEYWORDS: administrative adjudication, power, re-exercise.

Quello dei limiti del giudicato amministrativo è un tema classico, ma sempre attuale e che presenta sempre elementi di novità.

Sul rapporto tra giudicato amministrativo e nuovo esercizio del potere ci sono una serie di innovazioni anche legislative rilevanti che devono essere prese in considerazione.

Tra di esse, va menzionato l'articolo 10-*bis* della legge 6 agosto 1990 n. 241, modificato dal d.l. 16 luglio 2020 n. 76, con l'introduzione di una sorta di preclusione procedimentale, peraltro mal congegnata e probabilmente imperfetta nella sua formulazione, anche perché, come si dirà, non idonea a coprire tutte le ipotesi. Secondo tale disposizione, l'amministrazione quando

esercita nuovamente il potere in seguito a una sentenza di accoglimento di un ricorso contro un proprio atto non può addurre per la prima volta motivi ostativi già emergenti dall'istruttoria del provvedimento annullato. Si crea, dunque, un collegamento molto stretto tra procedimento e processo che si traduce in una sorta di preclusione. Senza entrare nei dettagli dell'articolo 10-*bis*, già ampiamente commentato in dottrina e anche oggetto delle prime pronunce giurisdizionali, conviene soffermarsi sul problema (forse più astratto e teorico) della preclusione che si può creare nel rapporto tra procedimento e processo.

Un'altra novità legislativa che può essere rilevante per la questione è la tendenza del procedimento amministrativo a diventare sempre più un giusto procedimento, soprattutto ove venga applicato con rigore il principio di correttezza e buona fede, inserito nella legge n. 241/90, nella novella recentissima.

Si tratta di un principio che presenta enormi potenzialità laddove applicato al rapporto giuridico amministrativo. Infatti, tenuto conto delle opportune distinzioni rispetto al rapporto giuridico civilistico, va ricordato che anche nella relazione che si instaura all'interno del procedimento ci sono due parti: (i) un soggetto privato che, prendendo a riferimento l'ipotesi degli interessi pretensivi, è colui che presenta l'istanza e che aspira all'acquisizione di un bene della vita e (ii) la pubblica amministrazione che, attraverso l'esercizio del potere, può attribuire o non attribuire il bene della vita. È essenziale dunque che già nel procedimento entrambe le parti si comportino secondo questo paradigma e alla violazione di tale dovere possono ricollegarsi varie conseguenze giuridiche (per esempio, sulla scorta della giurisprudenza anche recente della Corte di cassazione, sotto forma di risarcimento del danno).

Il principio di correttezza e buona fede, trasposto dai rapporti giuridici civilistici a quelli di diritto amministrativo, dovrebbe in realtà assumere una pregnanza maggiore. Ciò in quanto, per esempio, il privato dovrebbe potersi

fidare della pubblica amministrazione più di quanto occorre in una relazione paritaria contrattuale dove vale il principio “*caveat emptor*”. Allo stesso modo, anche la pubblica amministrazione, in un modello teorico, dovrebbe potersi fidare di più del cittadino, pretendendo da quest'ultimo un comportamento che corrisponda a uno *standard* più elevato di correttezza. In tal senso, per esempio, si ritrova qualche indizio normativo in materia di DIA, SCIA e silenzio assenso, nell'ambito dei quali non si consente di conformare l'attività alla legge se il privato ha indotto in errore, con dichiarazioni mendaci, la pubblica amministrazione. Si sanziona così la violazione del dovere di correttezza con una impossibilità di conseguire il bene della vita anche nell'ipotesi in cui la conformazione dell'attività alla legge risulti in concreto possibile.

In applicazione del principio di correttezza e buona fede, ci si può aspettare che chi presenta l'istanza “giochi a carte scoperte”, cioè metta a disposizione dell'amministrazione in sede istruttoria tutti gli elementi e tutti i fatti costitutivi, in modo tale da poter accertare in modo completo i presupposti e i requisiti per l'esercizio del potere.

A questo si accompagna l'onere del responsabile del procedimento, oggi contenuto nella legge n. 241/1990, di aiutare il privato a completare l'istanza, anche modificandola, in modo tale da agevolare una decisione positiva.

Da un lato, infatti, in accordo con il principio di completezza dell'istruttoria, questa deve estendersi a tutti i presupposti e i requisiti previsti dalla legge per il rilascio di un determinato titolo autorizzativo.

Dall'altro, rispetto all'art. 2 della legge n. 241/1990, è stato affermato il principio secondo il quale, a fronte di un'istanza manifestamente irricevibile ma anche manifestamente infondata, l'amministrazione può limitarsi ad accertare il solo motivo fondamentale che rende manifestamente infondata l'istanza e non è quindi tenuta a compiere un'istruttoria più approfondita, dispendiosa in termini di tempo e di attività amministrativa.

Sussiste dunque una contraddizione tra la nuova formulazione dell'art. 10-*bis* della l. n. 241/1990 e il principio dell'economicità assoluta dell'istruttoria. Sussiste infatti una tensione interna tra principi difficilmente conciliabili.

Ad ogni modo, in una visione più aggiornata e più ispirata al principio di correttezza e buona fede, la prospettiva per affrontare il tema è quella di ampliare al massimo l'accertamento in concreto della spettanza di un bene della vita da parte di chi propone l'istanza, che può avere come sede naturale, in prima battuta, il procedimento e, in seconda battuta, svolgersi anche nel processo, proprio allo scopo di esaurire, nella dialettica tra procedimento e processo, tutti i momenti essenziali per il giudizio di spettanza.

Pertanto, quanto più si arricchisce di contenuto di accertamento l'atto amministrativo che presenti o neghi l'autorizzazione, estendendolo a tutti i fatti costitutivi del potere, requisiti e presupposti di legge; tanto meno si andrà a caricare il ruolo del giudice nel momento in cui verifica l'operato della pubblica amministrazione. Naturalmente, nel momento di connessione tra procedimento, atto impugnabile e processo, anche il ricorrente dovrebbe – essendo suo onere - articolare i propri motivi in modo tale che anche il contenuto di accertamento davanti ai giudici risulti completo. Si tratta di una scelta individuale e soggettiva, che si concretizza anche nella possibilità di graduazione dei motivi di ricorso. Se la formulazione dei motivi è incompleta, non ci si potrà poi dolere che la sentenza risulti non pienamente soddisfattiva della pretesa, essendo noto che il giudice non può pronunciare *ultra petita*.

Se, quindi, all'esito del procedimento dell'istruttoria e dell'emanazione dell'atto amministrativo il contenuto di accertamento è più ampio e più ricco, viene agevolato anche il compito del giudice, in quanto in ogni caso il nucleo residuo, la discrezionalità, non può essere superato, poiché la valutazione degli interessi pubblici, che costituisce l'essenza della discrezionalità amministrativa, spetta sempre all'amministrazione.

Dunque, la linea di confine tra amministrazione e giurisdizione è dettata essenzialmente dal fatto che deve essere riconosciuta una riserva di discrezionalità in capo all'amministrazione. Chiaramente nel procedimento e nel processo tale discrezionalità può via via ridursi, ma in ogni caso, nell'ordinamento italiano come anche nell'ordinamento tedesco con riferimento alla *Verpflichtungsklage*, l'accertamento della fondatezza della pretesa del giudizio non può mai spingersi oltre il limite della discrezionalità.

Quindi l'azione di annullamento si conclude, in presenza di una discrezionalità non consumata e in qualche modo via via ridotta, con la sentenza che rimette all'amministrazione il compito di compiere quell'ultimo passo per portare a termine l'accertamento che non si è potuto completare in sede procedimentale e processuale. Questo è un punto che sarebbe difficile superare senza far collassare completamente la distinzione tra potere amministrativo e potere giurisdizionale.

Dunque, nella visione classica del processo come processo sull'atto, questo è il punto di arrivo, non si può andare oltre, anche con la gamma di azioni che ormai sono state incluse nel codice del processo amministrativo.

Se invece passassimo all'altra prospettiva, da tanti anni proposta in dottrina, del giudizio sul rapporto (Aldo Piras), forse alcune cose potrebbero cambiare, soprattutto se si applicasse la preclusione del dedotto e del deducibile, valida nell'ambito del processo civile.

Nel giudizio sul rapporto, il problema che si pone sul piano anche teorico è che andando fino in fondo nella direzione del giudizio sul rapporto, si svaluta necessariamente il procedimento amministrativo e l'attività posta in essere prima dell'atto amministrativo che conclude il procedimento. Se, infatti, l'atto amministrativo è soltanto l'occasione per il giudice di esaminare una controversia, allora cioè che è accaduto nell'ambito del procedimento diventa irrilevante e si scarica tutta l'attività di accertamento sul giudizio amministrativo.

In questa direzione, innanzi al giudice civile in materia di sanzioni amministrative pecuniarie secondo la legge n. 689/1981, giurisprudenza anche recente della Corte di cassazione, costruito il giudizio come giudizio sul rapporto (cioè sul diritto e obbligo a corrispondere e a pagare una somma di denaro a titolo di sanzione), ha svalutato sia l'obbligo di motivazione del provvedimento sanzionatorio, potendosi recuperare questo momento anche nel processo, sia le garanzie di partecipazione, poiché la parte è in ogni caso presente nel processo con tutti i suoi poteri processuali.

Da questo punto di vista, la logica del giudizio sul rapporto non appare del tutto condivisibile, in quanto potrebbe portare appunto a uno svuotamento del procedimento. Peraltro, anche la Corte di cassazione, da ultimo, con la sentenza sez. II, 11 febbraio 2022, n. 4521, ha preso atto che il procedimento non può essere svilito oltre un certo limite. Ha statuito infatti, pur mantenendo il modello del giudizio sul rapporto in materia di sanzioni pecuniarie, che, ad esempio, la violazione della corrispondenza tra contestazione dell'illecito e il provvedimento che irroga la sanzione, violando le garanzie minime del contraddittorio, costituisce un vizio grave, tale da dover condurre senza dubbio all'annullamento del provvedimento. Anche questa visione manca di coerenza, ma ha il pregio di riconoscere una ineliminabile rilevanza del procedimento amministrativo. Dunque, nella logica del giudizio sul rapporto, ciò che è importante è che il giudice abbia gli strumenti per colmare, laddove possibile, il mancato accertamento di elementi nell'ambito del procedimento.

A tal riguardo, le soluzioni proposte anche in dottrina sono varie. Per esempio, si è proposto di prevedere la possibilità di emanare ordinanze istruttorie che richiedono all'amministrazione di completare l'accertamento, scontrandosi però con il noto principio del divieto di integrazione della motivazione in corso di giudizio. Tale principio, forse, potrebbe essere ripensato. In qualche modo, infatti, se emergessero carenze di accertamento

nell'ambito del procedimento, si potrebbero anche immaginare degli strumenti per indurre l'amministrazione a colmare le attività che non ha svolto correttamente nell'ambito del procedimento con un provvedimento integrativo. *De jure condito* accade talvolta che il giudice integri in qualche modo le risultanze procedimentali disponendo una verifica che faccia emergere elementi atti a confutare i vizi dedotti.

Quanto al modello della preclusione di cui all'art. 10-*bis* della l. n. 241/1990, occorre prestare particolare attenzione, in quanto la preclusione è un fatto meccanico, anche contingente, occasionale, che non consente di stabilire per quale motivo l'istruttoria non sia stata completa o il provvedimento non abbia rilevato tutti gli elementi utili all'accertamento.

Peraltro, la preclusione può prestarsi anche a collusioni, perché, per esempio, nell'ipotesi in cui nell'ambito del procedimento e dell'istruttoria sussistano sia un motivo di diniego fondato e insuperabile, sia uno che invece potrebbe essere superato in sede giurisdizionale, l'amministrazione collusa potrebbe inserire nel suo provvedimento solo questo secondo motivo, prefigurando che nel processo venga accertata l'illegittimità del provvedimento di diniego in relazione a questo, in modo tale da far scattare la preclusione processuale rispetto al vero motivo di diniego che, stando almeno alla lettera dell'art. 10-*bis*, sarebbe coperto dalla preclusione.

L'art. 10-*bis* comunque non è una soluzione pienamente soddisfacente anche fuori da ipotesi, per così dire, anomale. Infatti, se si preclude il nuovo esercizio del potere, la preclusione non appare poter comunque coprire anche l'eventuale provvedimento di annullamento d'ufficio del provvedimento che è stato emanato, dato che l'annullamento d'ufficio è legato ad altri presupposti e non è simmetrico all'esercizio del potere in via fisiologica nell'ambito del procedimento. Dunque, anche nell'ipotesi di anomalia, la via di salvezza rispetto a una preclusione potrebbe rinvenirsi in un ripensamento sotto forma di annullamento d'ufficio. In modo quasi speculare, è lo stesso problema che

pone il silenzio-assenso che comunque non garantisce l'acquisizione del bene della vita essendo anche il silenzio-assenso suscettibile di un annullamento d'ufficio.

In conclusione, al momento non sembrano esserci soluzioni soddisfacenti in relazione alle criticità della riedizione del potere amministrativo e i tentativi del legislatore sul punto appaiono anche un po' goffi.

Peraltro, come già rilevato in dottrina, l'art. 10-*bis* non copre tutte le ipotesi, per esempio il silenzio oppure gli elementi fattuali non acquisiti all'istruttoria.

In definitiva, l'ordinamento dovrebbe puntare a rendere il più completo possibile l'accertamento nell'ambito del procedimento e solo in via secondaria, nei limiti del possibile, nell'ambito del processo, anche con nuovi strumenti processuali, per indurre l'amministrazione a esaurire in tutti gli aspetti l'esercizio del potere, fermo restando il limite della discrezionalità e ciò al fine di non far collassare la distinzione tra amministrazione e giurisdizione.