

Melania D'Angelosante

Discorrendo su inesauribilità e consumazione del potere amministrativo a partire da un recente studio

(doi: 10.1438/95900)

Diritto pubblico (ISSN 1721-8985)

Fascicolo 3, settembre-dicembre 2019

Ente di afferenza:

Università degli studi "G. D'Annunzio" di Chieti-Pescara (unich)

Copyright © by Società editrice il Mulino, Bologna. Tutti i diritti sono riservati.

Per altre informazioni si veda <https://www.rivisteweb.it>

Licenza d'uso

L'articolo è messo a disposizione dell'utente in licenza per uso esclusivamente privato e personale, senza scopo di lucro e senza fini direttamente o indirettamente commerciali. Salvo quanto espressamente previsto dalla licenza d'uso Rivisteweb, è fatto divieto di riprodurre, trasmettere, distribuire o altrimenti utilizzare l'articolo, per qualsiasi scopo o fine. Tutti i diritti sono riservati.

Melania D'Angelosante

Discorrendo su inesauribilità e consumazione del potere amministrativo a partire da un recente studio

Sommario: 1. Premessa. – 1.1. L'argomento oggetto della discussione. – 2. Struttura e finalità dello studio da cui origina il discorso. – 2.1. Contenuti e principali approdi della tesi proposta. – 3. I punti di debolezza e gli elementi di pregio rintracciabili nella tesi esposta. – 4. Il quadro composto dalla posizione emersa nella tesi osservata e nella sua successiva discussione, come ulteriore fonte di alimentazione del confronto.

1. *Premessa*

Questo lavoro intende discorrere del recente studio di Michele Trimarchi sui profili critici riconducibili al tema della inesauribilità del potere amministrativo¹.

Dopo un *incipit* destinato a presentare l'argomento oggetto della discussione, una prima parte si dedicherà a ripercorre e a evidenziare brevemente la struttura, le finalità, i contenuti e i principali approdi dello studio esaminato. La parte successiva si dedicherà a rintracciarvi e a discuterne i possibili punti di debolezza e gli elementi di pregio. La parte conclusiva si dedicherà a definire il quadro composto dalle posizioni emerse nella tesi osservata e nella sua successiva discussione, come ulteriore fonte di alimentazione del confronto.

1.1. *L'argomento oggetto della discussione*

L'argomento oggetto della discussione è uno di quelli che disorientano, perché richiede di allontanarsi dalle coordinate familiari dell'organizzazio-

¹ M. Trimarchi, *L'inesauribilità del potere amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018.

ne e dell'azione amministrativa, fintanto da renderle sfocate. Il punto di osservazione si trova infatti al di fuori di esse, ma vi si rivolge in modo importante. Sicché a chi vi si pone si richiede di comprendere la collocazione e la consistenza della prospettiva da cui l'osservazione muove, al fine di ritrovare il fuoco di quelle stesse coordinate da quella specifica posizione.

La prospettiva da cui l'osservazione muove è quella della consistenza del potere amministrativo in relazione a un suo possibile ciclo di vita.

Si può affermare, attraverso un'estrema ma necessaria semplificazione, che la fonte del potere (almeno di quello costituito) è la norma giuridica², la quale ne rappresenta sia il fondamento sia i limiti³ nel perimetro dell'or-

² Questa affermazione riflette una impostazione prevalentemente *normativista* piuttosto che *istituzionalista*. La fonte del potere viene infatti rintracciata nella sola norma giuridica (*monismo* e *carattere oggettivo* della fonte) piuttosto che nella istituzione (*carattere soggettivo* della fonte). Il potere risulta pertanto interamente formalizzato nella norma, che invece secondo la concezione istituzionalista ne rappresenta soltanto il limite esterno, lasciando tendenzialmente impregiudicato il *dualismo* fra politicità dell'azione (insindacabile poiché non giuridificata) e sua legittimità (sindacabile in quanto giuridificata). Per gli approfondimenti sulla dialettica diacronica e sincronica fra i due approcci, si v. G. Di Gaspare, *Il potere nel diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1992; S. Civitarese Matteucci, *Funzione, potere amministrativo e discrezionalità in un ordinamento liberal-democratico*, in *Dir. pubb.*, 2009, pp. 739 s., e ivi ulteriori ampi riferimenti. Nel loro sviluppo i due modelli hanno peraltro manifestato una serie di convergenze e/o ibridazioni, la ragione pratica delle quali è efficacemente evidenziata, e spinta a un approdo tendente a collocare la discrezionalità nella dimensione del merito, da A. Orsi Battaglini, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, Milano, Giuffrè, 2005.

³ Nel primo caso (norma giuridica quale fondamento del potere) costituendone parametro di legalità, nel secondo (norma giuridica come limite, regola di esercizio del potere) costituendone parametro di legittimità, si v. N. Bassi, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 12, e ivi ampie indicazioni bibliografiche. Il contesto si collega anche al controverso tema della completezza dell'ordinamento giuridico. In sostanza, quando questo risulti lacunoso, dovrebbe presumersi, fino a prova contraria, che i soggetti privati in esso operanti (i quali sono anche quelli la cui posizione può essere limitata dall'azione amministrativa) siano liberi di esercitarvi la propria autonomia di azione, a meno che non si siano consensualmente obbligati a limitarla in qualche modo, cfr. N. Bobbio, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, 1960; D. Donati, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, Milano, 1910; M. Corsale, *Lacune dell'ordinamento*, in *Enc. dir.*, vol. XXIII, Milano, 1973. Il riempimento delle lacune nel campo dell'azione amministrativa passa, per l'ordinamento italiano, attraverso la preliminare lettura sistematica della Costituzione, e in particolare dei principi democratico, della sovranità popolare e di legalità dell'azione amministrativa da essa fondati. Nella trama di tali rapporti, il principio di legalità si avvicina altresì, per molti profili, alla riserva di legge, la quale assume a sua volta una incidenza tendenzialmente onnicomprensiva (anche alla luce della lettura estensiva datane dalla Consulta). La differenza sarebbe tuttavia rinvenibile nel seguente aspetto quanti-qualitativo. Il principio di legalità, inteso in senso sostanziale, ossia come canone attraverso cui la norma giuridica è investita del compito

dinamento. Tuttavia dalla fonte non si trae probabilmente una definizione utile a determinare se l'attribuzione, una volta stabilita e individuata, permanga sempre come energia giuridica⁴ a prescindere dal suo concreto esercizio e/o da vicende esogene che possano riguardarla, al punto tale da consentire che il suo svolgimento avvenga in ogni tempo.

Attraverso altra estrema, ma ugualmente necessaria, semplificazione, si può affermare che la teoria della inesauribilità, evocata dalla metafora energetica, risale alla collocazione attribuita al potere – partendo dal principio di legalità – nello spazio intercorrente fra la capacità di agire dell'amministrazione e la destinazione propria del potere stesso nell'attuazione dell'ordinamento. Oppure nello spazio intercorrente fra tale capacità e i singoli rapporti normalmente instaurati dall'amministrazione, costituendo le situazioni giuridiche di altri soggetti di diritto o modificando quelle esistenti. Fra questi due poli si colloca dunque il potere. Questo, a sua volta, esprime una facoltà riconducibile alla posizione di chi lo esercita e, nel suo svolgimento, può determinare o meno l'instaurarsi di relazioni fra il suo titolare e i suoi destinatari, o – meglio – può determinarne l'instaurarsi direttamente o indirettamente. Tuttavia, in questo disegno, il potere non si frammenta in porzioni numericamente corrispondenti al numero dei rapporti eventualmente instaurati. Resta invece unitario, come condizione permanente e preesistente a essi e, in quanto tale, irrinunciabile e imprescrittibile⁵ sul

di introdurre fondamento e limiti del potere, presuppone che una fonte primaria preveda e disciplini il potere almeno individuandone alcuni elementi (soggetti attivi e passivi, contenuto tipizzato in relazione all'interesse perseguito e all'efficacia). La riserva di legge indica invece la misura in cui i profili di disciplina di maggiore dettaglio rispetto a questi ultimi possano o meno essere introdotti anche dalla normazione secondaria. Dallo sviluppo del ragionamento consegue che, in via di principio, non possono considerarsi esistenti poteri amministrativi diversi da quelli contemplati in una norma giuridica avente natura e contenuto corrispondenti a quelli poc'anzi indicati, ferma restando la possibilità di esercitare, pure fuori da tale copertura, poteri impliciti 'in senso improprio', ossia strettamente connessi a quelli in questi termini individuati dalla norma legittimante in quanto riconducibili al suo perimetro. A questi sarebbero a es. riconducibili quelli di ritiro, ma nella sola misura in cui siano esercitati in una situazione non mutata rispetto al momento in cui l'atto oggetto del ritiro è stato emanato, si v. N. Bassi, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, cit., p. 128, pp. 114 s., 149 s., 234 s., 257 s., 408 s.

⁴ Sulla metafora del potere come energia giuridica, la quale pare evocare, dal punto di vista dell'elaborazione giuridica, la tesi della inesauribilità del potere, si v. D. Donati, *Atto complesso, autorizzazione, approvazione*, in *Arch. Giur. Filippo Serafini*, vol. LXXI, 1, 1903, p. 5; F. Benvenuti, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1952, pp. 118 s.

⁵ Ciò «sulla base del criterio ermeneutico per il quale caratteristica comune di ogni potere amministrativo è la sua imprescrittibilità» unita al «suo essere oggetto di un'attività

piano astratto, pur potendosi verificare delle decadenze dalla possibilità del suo esercizio con riferimento ai singoli casi concreti⁶.

Le sedi privilegiate per l'emersione o la riemersione di questo fluire senza limiti temporali sono quella delle attività di riesame/revisione del potere già svolto, quella dell'azione amministrativa successiva al giudicato interferente col potere già esercitato, e quella dello svolgimento del potere a prescindere dall'eventuale consumazione del termine *extra* o *intra*-procedimentale per esercitarlo.

Tradizionalmente l'emersione o la riemersione dello svolgimento del potere in ciascuna di queste sedi viene giustificata con argomenti diversi in ragione della sede stessa.

Così, nell'assenza di una legittimazione normativa generale (per la quale si sono dovute attendere le integrazioni del 2005 alla legge sul procedimento), le condizioni fondanti lo svolgimento di altra azione avente a oggetto quella già esercitata si sono di regola rinvenute in elementi di diverso genere, considerati singolarmente o in via parzialmente cumulativa. Si tratta della titolarità della capacità di agire⁷, della già esistente titolarità di poteri

stabile e non di una semplice delega temporanea», N. Bassi, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, cit., p. 365. Si v., ancora, G. Corso, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1969, pp. 327 s.

⁶ Ciò in quanto, se la prescrizione riguarda i diritti, la decadenza colpisce invece i poteri, non determinandone tuttavia la perdita, ma semplicemente precludendone l'esercizio, si v. S. Romano, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, Giuffrè, 1947, pp. 172 s., spec. p. 201, ove si legge: «i poteri sono *imprescrittibili*. Il non esercizio di essi per un certo tempo potrà [...] dar luogo a figure diverse da quella della perdita del potere, che è sempre da escludersi. Una di queste [...] è quella della decadenza, che determina 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». Questa posizione pare in realtà una più articolata evoluzione di quella più sintetica espressa dallo stesso A. un decennio addietro circa la continuità e l'inesauribilità del potere discrezionale, si v. S. Romano, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1937, pp. 287 s. Cfr. G. Di Gaspare, *Il potere nel diritto pubblico*, cit., pp. 12 s., e ivi ulteriori ampi riferimenti; A. De Valles, *Teoria giuridica dell'organizzazione dello Stato*, vol. I, Padova, 1931; G. Miele, *Principi di diritto amministrativo*, Padova, 1966; F. Benvenuti, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, cit.; G. Berti, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968; F. Bassi, *Contributo allo studio delle funzioni dello Stato*, Milano, 1969; C. Mortati, *La costituzione in senso materiale*, Milano, 1940; F.G. Scoca, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, Perugia, 1979, pp. 92 s.

⁷ Si v., *ex multis*, F. Cammeo, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, 1911, pp. 451 s.; R. Perrone Capano, *La retroattività degli atti amministrativi*, Napoli, Jovene, 1963, pp. 142 s.

pubblici (inclusi quelli di controllo)⁸, della titolarità di certi rapporti e della disponibilità dei loro effetti⁹, della finalità di prevenire una lite¹⁰, del principio di buon andamento¹¹. Tali elementi riflettono in parte la concezione

⁸ Ciò avrebbe consentito di esercitare altra azione, avente a oggetto quella già svolta, sia in via secondaria (ossia svolgendo un potere avente come unico fine il riesame e/o la revisione del precedente, e dunque da esso dipendente) sia nel perseguimento dello stesso interesse pubblico tutelato con l'azione già svolta (e dunque in una condizione di ancora più stretta dipendenza da questa). Per la ricostruzione diacronica di tali orientamenti, si v. G. La Rosa, *La revoca del provvedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2013, pp. 82 s., e ivi ulteriori ampi riferimenti; B.G. Mattarella, *Il provvedimento*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 634 s.; A. Gualdani, *Verso una nuova unitarietà della revoca e dell'annullamento d'ufficio*, Torino, Giappichelli, 2016, pp. 29 s. Per la distinzione fra le esigenze di controllo, sanzionatorie e di amministrazione attiva come possibili determinanti dell'avvio di una azione di revisione e/o di riesame, si v., *ex multis*, R. Alessi, *La revoca degli atti amministrativi*, Milano, Giuffrè, 1956, pp. 70 s.

⁹ Si v., *ex multis*, R. Alessi, *La revoca degli atti amministrativi*, Milano, Giuffrè, 1956, pp. 1 s., 93 s., 126 s.

¹⁰ Dunque nell'esercizio di un potere di autotutela, autonomo da quello già svolto, si v. F. Benvenuti, *Autotutela (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, vol. V, Milano, 1959. Sull'autotutela come potere di realizzare autonomamente gli effetti per la produzione dei quali altri soggetti dell'ordinamento dovrebbero invece rivolgersi all'autorità giurisdizionale, cfr. S. Romano, *Annulamento (teoria dell') nel diritto amministrativo*, in *Nuovo dig. it.*, 1937, pp. 473 s. Cfr. E. Cannada Bartoli, *Annulabilità e annullamento (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, vol. II, Milano, 1958, che distingue, entro i poteri di riesame, quelli espressione di autotutela e quelli consistenti in amministrazione attiva. Sulla riconduzione della funzione amministrativa esercitata per la risoluzione di conflitti (la quale si esplica però essenzialmente nei poteri giustiziali, piuttosto che di riesame, dell'amministrazione) alla funzione giurisdizionale, cfr. P. Gasparri, *Teoria giuridica della pubblica amministrazione*, Padova, Cedam, 1964, pp. 173 s. Sul carattere non assoluto della separazione fra i poteri dello Stato, cfr. M.A. Carnevale Venchi, *Contributo allo studio della nozione di funzione pubblica*, Padova, Cedam, 1969, vol. I, pp. 57 s., e ivi ulteriori ampi riferimenti: O. Ranelletti, *Principi di diritto amministrativo*, Napoli, 1912, pp. 234 s.; F. Cammeo, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1914, pp. 22 s.; sulla partecipazione dei tre poteri dello Stato a obiettivi comuni, F. D'Alessio, *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, Torino, 1939, vol. I, pp. 7 s.; sulla partecipazione della funzione amministrativa e di quella giurisdizionale alla funzione esecutiva, e sulla conseguente bipartizione (*legis-latio* e *legis-executio*), piuttosto che tripartizione, fra i poteri, da intendersi come impedimento alla loro concentrazione, piuttosto che come assoluta separazione, H. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, Berlino, 1925, pp. 180 s., 251 s.; G. Jellinek, *La dottrina generale dello Stato*, trad. it. 1949, vol. III, pp. 171 s.; V.E. Orlando, *Principi di diritto costituzionale*, Firenze, 1905, pp. 72 s.; sul potere amministrativo come partecipante sia della funzione normativa del potere legislativo sia della funzione formalizzata di indirizzo politico del potere governativo, si v. la ricostruzione presente in G. Di Gaspare, *Il potere nel diritto pubblico*, cit., pp. 12 s., e ivi gli ulteriori riferimenti bibliografici di supporto.

¹¹ Si v. M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, pp. 984 s. Per gli approfondimenti si v. N. Bassi, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, cit., pp. 368 s.; più tardi G. La Rosa, *La revoca del provvedimento amministrativo*, cit., pp. 104 s., ha indivi-

oggettiva e per altra parte la concezione subiettiva della genesi del potere, le quali giungono del resto a inevitabili convergenze¹². Il riesercizio può essere a es. animato dal fine di porre rimedio a eventuali vizi della funzione già svolta, oppure da quello di riportare alla consistenza originaria – per ragioni diverse dall'illegittimità, ma comunque di interesse pubblico – il rapporto inciso dal potere stesso. Secondo gli schemi qui descritti la funzione riesercitata appare quindi suscettibile di svolgersi in forme atipiche in ragione della natura del rapporto¹³. Tuttavia il fondamento e i limiti del potere di riesame/revisione denotano, in concreto, un qualche legame – esplicito o implicito, specifico o generico – col principio di legalità. Legame che, in uno sviluppo successivo degli studi sul tema, si è ritenuto necessario rafforzare¹⁴.

L'emersione o la riemersione dello svolgimento del potere dopo il giudicato risente invece degli studi sulla natura e sull'oggetto del processo amministrativo nonché sul rapporto fra giudicato e potere amministrativo¹⁵. Una parte significativa di essi¹⁶ risale peraltro a un periodo antecedente gli interventi, normativi e giurisprudenziali, che, dalla fine degli anni '90 del secolo scorso, hanno inciso profondamente sulla fisionomia del processo amministrativo. La metamorfosi cui si fa riferimento riguarda l'incipiente rilievo che il rapporto, rispetto all'atto, ha assunto nella definizione dell'oggetto del giudizio¹⁷, e i connessi profili dell'ampliamento dei mezzi di prova ammissibili e delle azioni proponibili. A questa fa da contraltare l'ulteriore metamorfosi, dal raggio meno ampio, ma ugualmente significativa, della disciplina¹⁸ dei mo-

duato a es. il fondamento del potere di revoca nella legge sul procedimento amministrativo (art. 21-*quinquies*) integrata dal principio di buon andamento.

¹² Si v. in proposito quanto più diffusamente precisato alla nota n. 2.

¹³ Si v., *ex multis*, R. Alessi, *La revoca degli atti amministrativi*, cit.

¹⁴ Per gli approfondimenti si v. N. Bassi, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, cit., pp. 368 s.; D. Sorace, C. Marzuoli, *Concessioni amministrative*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. IV, Torino, 1989, pp. 289 s.

¹⁵ Per un recente riferimento al tema, anche con uno sguardo al passato, si v. L. Ferrara, *La giustizia amministrativa paritaria e l'attualità del pensiero di Feliciano Benvenuti*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, pp. 1009 s.; Id., *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna al *fàcere**, in *Dir. proc. amm.*, 2013, pp. 617 s.

¹⁶ Si v., fra i più significativi, M. Clarich, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, Cedam, 1989.

¹⁷ Sul punto si v. peraltro, già dalla fine degli anni '60, F. Benvenuti, *Giustizia amministrativa*, in *Enc. dir.*, 1969, XIX, pp. 589 s.

¹⁸ Di fonte normativa a partire dal nuovo millennio, pur se apparsa prima in sede giurisprudenziale.

tivi aggiunti al ricorso originario, che – per il tramite del regime analitico e puntuale della loro individuazione¹⁹ e proposizione²⁰ – riporta l'attenzione sull'atto, se non quale oggetto del giudizio, almeno come elemento che vi incide significativamente.

Il punto ove si era giunti già prima di tali metamorfosi vedeva in sintesi fronteggiarsi – da un lato – la concezione del giudicato come condizione interferente con le sole domande, e i rispettivi motivi, oggetto in via principale della pronuncia di definizione del giudizio. Secondo questa concezione – che attribuisce all'atto un ruolo centrale nella determinazione della natura del giudizio – dopo la proposizione del ricorso l'amministrazione intimata è gravata dell'onere di costituirsi e di sollevare, in via di eccezione, tutte le questioni eventualmente non emerse nella fase procedimentale²¹. E, ancora, dopo il giudicato di annullamento il potere, restaurato, può essere riesercitato, osservando il solo limite di quanto deciso in via principale dalla pronuncia di definizione del giudizio sulle domande e sui motivi tenuti a tal fine in considerazione²².

Dall'altro lato – la concezione del giudicato come condizione estesa al dedotto e al deducibile al momento della proposizione della domanda, in una visione che invece riferisce l'oggetto del giudizio allo specifico rapporto inciso dal potere svolto nella fattispecie controversa. Secondo questa concezione la preclusione di cui sarebbe gravata la pubblica amministrazione si collocherebbe logicamente al tempo della chiusura del procedimento amministrativo, ma viene tralata a quello della proposizione del ricorso solo per ragioni pratiche²³. Ulteriore conseguenza del modello è che, dopo

¹⁹ Per provvedimento impugnato e/o per censura.

²⁰ Nel termine decadenziale decorrente dalla conoscenza effettiva o legalmente presunta.

²¹ Si v. E. Cannada Bartoli, *Processo amministrativo (considerazioni introduttive)*, in *Novis. dig. it.*, vol. XIII, 1966, pp. 1077 s.

²² Si v. *ex multis*, F. Garri, *Il giudizio di ottemperanza*, in *Foro amm.*, 1984, pp. 266 s.; R. Villata, *Riflessioni in tema di giudizio di ottemperanza*, in *Aa.Vv., Studi per il centenario della quarta sezione*, vol. III, I, Roma, 1989, pp. 961 s. In giurisprudenza si v., *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 3 luglio 1996, n. 822, in *Foro amm.*, 1996, pp. 2259 s.

²³ È proprio questa la posizione di M. Clarich, *Giudicato e potere amministrativo*, cit., pp. 224 s., che individua, e collega al processo, una preclusione procedimentale in virtù della quale l'amministrazione ha l'onere di porre a fondamento della propria azione tutti gli elementi costitutivi della fattispecie conoscibili con l'ordinaria diligenza, così come il ricorrente ha l'onere di addurre nel termine di decadenza per la proposizione dell'azione tutti i motivi conoscibili a quel momento. La preclusione procedimentale è peraltro idonea a riflettersi anche sul ruolo del giudice che, nell'apprezzamento della sua osservanza, dovrebbe valutare se e quanto l'amministrazione si sia discostata dal parametro del ragionevolmente

il giudicato di annullamento, il potere può essere riesercitato nel rispetto dei più significativi limiti riferiti al dedotto e al deducibile al momento della proposizione della domanda giudiziale. Si tende così, dal punto di vista sostanziale, a ridurre l'estensione del potere dell'amministrazione nei suoi rapporti con la giurisdizione e, dal punto di vista processuale, a dilatare il raggio di azione del giudizio di ottemperanza. Procedimento amministrativo e processo appaiono pertanto come elementi della stessa fattispecie, in vista del fine, comune a entrambi, di conferire stabilità al rapporto amministrativo. Di tale concezione si rinviene peraltro traccia – pur se con qualche temperamento dovuto al fatto che la preclusione venga fissata al riesercizio dell'azione amministrativa dopo il giudicato – anche in una parte della giurisprudenza, sia coeva al periodo qui considerato sia successiva al codice del processo amministrativo. Questa, proprio al fine di garantire la stabilità del rapporto, ritiene che l'amministrazione, nel riesercitare il potere dopo un giudicato di annullamento, debba riesaminare la fattispecie nella sua completezza, con estensione a tutte le questioni rilevanti, non potendo in seguito tornare a decidere, neppure in relazione a profili non ancora analizzati²⁴.

conoscibile. Inoltre, in un sistema così concepito, il giudice dovrebbe esaminare e decidere tendenzialmente tutti i motivi del ricorso, facendo applicazione della tecnica dell'assorbimento solo in senso proprio (ossia se e quando una questione formale presupposto logico di quelle sostanziali renda superfluo occuparsi di queste), e non improprio (ossia procedendo all'assorbimento fra questioni sostanziali non connesse in termini di presupposizione logica). Ciò in quanto la mancata pronuncia giudiziale su uno o più profili impedisce che a essi si estenda il giudicato, pur se l'amministrazione li ha posti alla base della propria azione osservando la preclusione procedimentale. Parimenti, se il ricorrente ha addotto (e/o il giudice ha accolto) solo alcuni motivi, ma l'amministrazione aveva osservato la preclusione procedimentale, è possibile, dopo l'annullamento giurisdizionale del provvedimento in accoglimento di tali motivi, reiterare il provvedimento, emendato dai vizi rilevati e in base a quegli ulteriori presupposti già considerati in sede procedimentale, ma rimasti estranei al ricorso e alla decisione giudiziale. Il termine di tale preclusione, al solo esplicitato fine di non aggravare oltre misura l'azione amministrativa, viene tuttavia collocato al momento della proposizione del ricorso, invece che della definizione del procedimento. La finalità dichiarata non pare tuttavia adeguatamente bilanciare gli elementi di anomalia della soluzione, riconducibili alla circostanza che tale evento sia incerto nell'*an*, oltre che al di fuori della disponibilità dell'amministrazione.

²⁴ Si v. Cons. Stato, sez. IV, 6 ottobre 2014, n. 4987; Cons. Stato, sez. V, 6 febbraio 1999, n. 134; Cons. Stato, sez. VI, 9 febbraio 2010, n. 633; cfr. Cons. Stato, ad. plen., 11 giugno 2001, n. 4, tutte in www.giustizia-amministrativa.it. Per una estensione dello schema anche al riesercizio del potere amministrativo dopo il provvedimento cautelare adottato in sede giurisdizionale, si v. inoltre G. De Giorgi Cezzi, *Sulla «inesauribilità» del potere amministrativo*, in *Urbanistica e appalti*, 2002, pp. 955 s., e ivi i pertinenti riferimenti giuri-

Si può sin da ora osservare che ambedue le concezioni, ma soprattutto la prima, vanno evidentemente poste a sistema con il regime del termine previsto per l'esercizio dell'azione e/o comunque per la tutela della posizione soggettiva dell'amministrato.

Infine, lo svolgimento del potere a prescindere dall'eventuale consumazione del termine per esercitarlo riguarda essenzialmente la questione centrale della natura di tale termine e di quanto ne consegue per l'ipotesi di sua violazione.

Quelli appena tratteggiati sono i tre campi di indagine percorsi dallo studio in esame per valutare l'attuale conformazione del potere amministrativo in relazione a un suo possibile ciclo di vita.

Partendo da qui, l'esame può dunque svilupparsi e la discussione può in seguito aprirsi.

2. *Struttura e finalità dello studio da cui origina il discorso*

Lo studio da cui origina il discorso è articolato in una *pars destruens* e in una *pars construens*. Ambedue sono precedute da una sezione dedicata a delimitare il tema della inesauribilità del potere amministrativo come fenomeno scientificamente osservabile e dunque anche a chiarire le ragioni e le finalità dell'indagine, già sinteticamente accennate in una breve introduzione.

La *pars destruens* e la *pars construens* sono precedute dall'esame dello stato dell'arte degli argomenti a favore della tesi dell'inesauribilità del potere amministrativo e di quelli contrari alla stessa.

La pars destruens riguarda sia gli uni sia gli altri.

La pars construens propone invece di contestare la tesi della inesauribilità con argomenti ulteriori e diversi rispetto a quelli al momento noti.

Chiariti la struttura e dunque indirettamente anche i fini dello studio in esame, è a questo punto necessario sintetizzare i contenuti di ciascuna delle sue articolazioni come sin qui descritte, per poter quindi aprire la discussione.

2.1. *Contenuti e principali approdi della tesi proposta*

Come si è accennato, ciascuna delle fasi dello studio, al di là dei suoi contenuti più specifici, è caratterizzata dalla presenza delle medesime tre linee di sviluppo tematico. Queste riguardano il rapporto fra l'inesauribilità / esauribilità del potere amministrativo e – rispettivamente – (i) i poteri di riesame, (ii) il riesercizio dell'azione amministrativa dopo il giudicato, (iii) la possibilità di esercitare il potere amministrativo in ogni tempo.

Ciò si coglie sin dalla sezione dedicata alla inesauribilità come fenomeno giuridico scientificamente osservabile, ove gli oggetti della osservazione sono selezionati con riferimento a questa tripartizione²⁵.

Anche l'esposizione delle argomentazioni favorevoli e contrarie all'inesauribilità ripercorre la medesima tripartizione, che tuttavia si esplicita – per quelle favorevoli – quando si evidenziano, soprattutto nelle conclusioni, le tesi secondarie derivanti da quella principale.

Le argomentazioni favorevoli all'inesauribilità si fondano infatti su una tesi principale e su tesi secondarie diramanti dalla prima.

La tesi principale è quella che concepisce il potere come congenere alla capacità di agire, riflesso della norma che lo attribuisce a un soggetto e inesauribile finché essa è vigente. In questa dimensione il potere sovrasterebbe inoltre i singoli rapporti giuridici in cui concretamente si esplica e sarebbe unico e non scomponibile.

Le tesi secondarie riguardano ambiti differenti.

La prima sostiene il carattere non autonomo dei poteri di riesame rispetto a quello primario, principalmente in ragione dell'identità fra l'interesse pubblico curato dall'uno e dagli altri. Pertanto i poteri di riesame sarebbero riflesso del perpetuarsi di quello primario.

²⁵ Essi riguardano ad esempio: – i poteri di riesame dopo le riforme apportate nel 2005 e nel 2015 alla legge generale sul procedimento amministrativo (anche nella loro relazione con il recesso dell'amministrazione dagli accordi conclusi ai sensi dell'art. 11 legge 7 agosto 1990, n. 241); – la differenza fra i poteri di riesame e l'abrogazione (anche in relazione alla tendenza a costruire la tesi della inesauribilità del potere amministrativo per analogia rispetto a quella della inesauribilità del potere legislativo); – l'ottica garantistica (piuttosto che autoritativa) a sostegno della tesi della generale inesauribilità dei poteri esercitati nell'interesse dei terzi; – la limitazione (piuttosto che l'esaurimento) del potere amministrativo dopo il giudicato, come riflesso del bilanciamento fra il giudicato e la tesi dell'inesauribilità; – il dibattito sulla natura del termine di conclusione del procedimento e i suoi riflessi sui rimedi avverso l'inadempimento, sulla responsabilità del funzionario, sull'esercizio plurimo dell'azione amministrativa.

La seconda sostiene la ininfluenza preclusiva del giudicato sul successivo rapporto fra amministrazione e amministrati, se non negli stretti limiti dei motivi assunti a sostegno dell'accoglimento della domanda giudiziale.

L'ultima ammette la possibilità, per l'amministrazione, di esercitare il proprio potere in ogni tempo, fatte salve le limitazioni espressamente previste dalla legge.

Le argomentazioni contrarie all'inesauribilità si fondano invece sulla circostanza che essa striderebbe con alcuni principi del diritto amministrativo sostanziale e processuale.

Striderebbe in particolare con i principi di legalità e tipicità dei poteri di riesame, anche in collegamento alla riserva di legge in materia amministrativa.

Ma, ancora, striderebbe con i principi di stabilità del giudicato e di effettività della tutela giurisdizionale. Essi richiederebbero infatti, alternativamente, di estendere il giudicato – oltre che al dedotto – anche al deducibile, oppure di collegare funzionalmente il giudizio di legittimità a quello di ottemperanza, in modo da consentire al secondo di integrare il contenuto del giudicato sino a definire il rapporto in favore del ricorrente vittorioso.

E, infine, striderebbe con i principi di certezza dei tempi dell'azione amministrativa, di stabilità delle situazioni giuridiche soggettive e di legittimo affidamento.

Come accennato, la *pars destruens* riguarda ambedue i riferiti gruppi di argomentazioni.

La confutazione del primo gruppo si basa sul principale argomento secondo cui il potere amministrativo sarebbe prefigurato dalla norma legittimante come situazione suscettibile di esercizio solo entro rapporti giuridici concreti, che si costituiscono alla presenza degli elementi previsti dalla norma stessa. Soltanto l'esame di tale norma consentirebbe di volta in volta di capire se il potere sia inesauribile o meno, e secondo quale disciplina. In questo scenario l'inesauribilità non potrebbe neppure essere desunta dalla necessaria presenza dell'amministrazione in tali rapporti né dal quadro costituzionale.

La confutazione del secondo gruppo di argomentazioni si basa su alcuni limiti riscontrati nell'impiego della tesi della esauribilità del potere a presidio dei richiamati principi del diritto amministrativo sostanziale e processuale.

In particolare la violazione di quelli di legalità e tipicità richiederebbe di dimostrare preliminarmente il rapporto di autonomia fra il potere primario e quello secondario.

Ancora, l'estensione del giudicato al deducibile contrasterebbe con la struttura del processo amministrativo e con la logica della tutela costitutiva.

Infine, desterebbe perplessità il ragionamento condotto per sostenere la consumabilità del potere a difesa dei principi di certezza dei tempi dell'azione amministrativa, di stabilità delle situazioni soggettive e di legittimo affidamento. Esso si fonda sul tentativo di stabilire un parallelismo fra i termini per l'esercizio dell'azione amministrativa e i termini previsti dal Codice civile per l'esercizio delle situazioni potestative. Il limite di questa costruzione sarebbe però rappresentato dall'impossibilità di condurre l'analogia fra potere amministrativo e diritto potestativo al di là del piano generico del modo di produzione degli effetti, oltre che dalla connessa impossibilità di applicare alle due fattispecie la stessa disciplina.

Su queste premesse, la *pars construens* viene edificata ricercando nuovi e diversi argomenti avverso la tesi della inesauribilità del potere. Questi sono a loro volta proposti seguendo la ricorrente tripartizione del rapporto fra inesauribilità/esauribilità del potere (da una parte) e poteri di riesame, giudicato, inerzia dell'amministrazione (dall'altra).

Quanto al rapporto fra inesauribilità/esauribilità del potere e poteri di riesame, si evidenzia in primo luogo la necessità di individuare criteri affidabili per distinguere fra loro i vari tipi di poteri amministrativi. La finalità è quella di rispondere all'interrogativo sulla relazione di dipendenza o autonomia fra potere primario e poteri di riesame, e quindi di verificare se effettivamente la tesi della inesauribilità collegata ai poteri di riesame violi i principi di legalità e tipicità dell'azione amministrativa.

Il criterio generale, condiviso e proposto, si fonda sulla ricerca e sul contenuto della norma legittimante e/o disciplinante.

L'applicazione del criterio consentirebbe di rinvenire i seguenti argomenti a sostegno della autonomia fra potere primario e poteri di riesame.

In primo luogo la produzione di effetti giuridici diversi da parte dell'uno e degli altri. Inoltre, l'esistenza di presupposti specifici e diversi per l'esercizio dell'uno e degli altri. Ancora, l'iniziativa naturalmente d'ufficio dei poteri di riesame e la conseguente insussistenza dell'obbligo di provvedere dopo l'avvio del relativo procedimento²⁶. Infine, il carattere normalmente discrezionale dei poteri di riesame (salvi gli eventuali casi di annullamento doveroso), ancor più alla luce delle recenti riforme orientate a dotare il provvedimento di maggiore stabilità a tutela dell'affidamento, oltre che a

²⁶ Circostanza peraltro messa in dubbio ove ricorrano eventuali fattispecie di annullamento doveroso. Per un approfondimento si v. M. Allena, *L'annullamento d'ufficio. Dall'autotutela alla tutela*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018.

circoscrivere la specificità di tali poteri in relazione sia all'annullamento sia alla revoca sia alla sospensione²⁷.

L'applicazione del criterio condurrebbe altresì a ritenere, in sintonia con la giurisprudenza del Consiglio di Stato, che gli atti di riesame siano tutti tipici e quindi invalidi se non conformi agli schemi normativi.

E infine condurrebbe a ritenere che l'attività amministrativa non possa essere considerata «a flusso continuo» come quella legislativa (per la quale invece l'art. 15 delle preleggi, indicando il canone cronologico fra le tecniche di risoluzione delle antinomie tra norme giuridiche, legittimerebbe uno schema diverso).

Quanto al profilo del rapporto fra inesauribilità/esauribilità del potere e giudicato, si verifica l'esistenza di percorsi per superare i limiti della tesi della estensione del giudicato anche al deducibile. I limiti riguardano, come accennato, la sua scarsa compatibilità con la struttura del processo amministrativo e la logica della tutela giurisdizionale di tipo costitutivo.

Nel tentativo di oltrepassare tali limiti si pone dapprima l'interrogativo se la possibilità di riesercitare il potere dopo la sentenza di annullamento sia una conseguenza della efficacia retroattiva della stessa.

La qualificazione dell'annullamento giurisdizionale come mera reazione dell'ordinamento alla sua violazione, unita al suo collegamento alle dinamiche processuali e quindi anche al principio di effettività della tutela giurisdizionale fondato sull'art. 24 Cost., orientano però a dubitare, nella ricerca della risposta, del suo carattere sempre retroattivo. Il dubbio si estende pertanto anche alla conseguente rimessione dell'amministrazione nella stessa situazione esistente prima dell'esercizio del potere. La retroattività dell'annullamento giurisdizionale e i suoi effetti ripristinatori sul potere neppure troverebbero legittimazione espressa in alcuna norma giuridica. In questa prospettiva l'efficacia temporale, *ex tunc* o *ex nunc*,

²⁷ Facendo applicazione del medesimo criterio si rinverrebbero poi alcuni argomenti a sostegno della estraneità fra recesso unilaterale dell'amministrazione dagli accordi sostitutivi e logica della inesauribilità del potere. Il principale è quello dell'autonomia fra il potere che ha condotto alla stipula e il recesso dall'accordo, estinguendosi il primo con la stipula e non potendo esercitarsi contestualmente al secondo. L'altro è quello della riconducibilità della fase esecutiva dell'accordo al diritto privato, il quale risulterebbe comunque derogato dalla circostanza che all'amministrazione sia attribuito il diritto potestativo di recedere subordinato a obbligo di motivazione. In questo passaggio si evidenzia che ai medesimi esiti si giungerebbe qualora si condividessero le tesi della natura pubblicistica della fattispecie. Infatti queste escludono in genere la *potestas variandi* unilaterale, consentendo il recesso dell'amministrazione solo per l'avvenuto mutamento della situazione originaria (nel qual caso il recesso sarebbe espressione di un potere autonomo rispetto a quello che ha condotto alla stipula).

dell'annullamento giurisdizionale potrebbe dipendere dalla modulazione della domanda giudiziale accolta, e i confini del giudicato seguirebbero lo stesso criterio.

La ricerca della risposta continua quindi a svilupparsi rintracciando, anche negli orientamenti giurisprudenziali²⁸, le pertinenti regole sull'esercizio del potere discrezionale. Ciò consente di condividere il teorizzato²⁹ parallelismo fra la fattispecie dell'annullamento amministrativo e quella dell'annullamento giurisdizionale. In sostanza l'esercizio del potere amministrativo dovrebbe essere interessato dall'onere dell'amministrazione di dedurre tutti gli elementi di fatto costitutivi del potere nel momento in cui esso è esercitato per la prima volta. Questo per analogia con il regime giurisdizionale, secondo il quale non è possibile, spirati i termini per agire, un'ulteriore azione fondata su fatti non dedotti, ma che sarebbero stati deducibili nella prima. L'estensione del regime dovrebbe avvenire in applicazione dei principi di buona fede e imparzialità, oltre che a tutela dell'affidamento degli amministrati e per equilibrare la disparità fra la decadenza dal termine per ricorrere in sede giurisdizionale e l'astratta possibilità dell'amministrazione di esercitare e/o reiterare il potere in ogni tempo. Si delineerebbe in questo modo una preclusione procedimentale/sostanziale, idonea a superare i limiti formali del giudicato (non corrispondendo alla preclusione formale da esso definita) e a consentire la reiterazione del potere solo in presenza di fatti che l'amministrazione dimostri di non aver potuto conoscere prima usando l'ordinaria diligenza.

Il principale limite di questa ricostruzione è però immediatamente individuato nel suo debole fondamento normativo (che peraltro interessa anche il versante della tesi della inesauribilità). I principi richiamati sarebbero infatti eccessivamente generali. Inoltre non si potrebbe, in questo contesto, ricorrere all'analogia fra regime processuale e regime sostanziale, e neppure si potrebbe fare applicazione dell'art. 10 *bis* legge n. 241/1990, che riguarda solo i procedimenti intrapresi a istanza di parte, e comunque una preclusione solo *intra-* (e non anche *extra-*) procedimentale.

Il tentativo di superamento del limite passa questa volta attraverso una particolare lettura dell'art. 3 legge n. 241/1990 (anche in relazione al principio di responsabilità dell'azione). Quest'ultimo, richiedendo all'amministrazione di esplicitare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche della decisione entro il contesto normativo e fattuale in cui è assunta, si riferi-

²⁸ Che a esempio precluderebbero all'amministrazione di esercitare per oltre due volte il potere di diniego nella stessa fattispecie concreta.

²⁹ M. Clarich, *Giudicato e potere amministrativo*, cit.

rebbe infatti a tutti i presupposti e a tutte le ragioni esistenti (e conoscibili con l'ordinaria diligenza) al momento della decisione, non solo a quelli sufficienti a giustificarla. Lo stesso varrebbe anche per gli atti in relazione ai quali la legge consenta l'omissione della motivazione o la motivazione implicita, sintetica o successiva³⁰, poiché ciò si rifletterebbe solo sul profilo dell'annullabilità. La preclusione procedimentale non sarebbe dunque una conseguenza sanzionatoria dell'inadempimento (difficile da immaginare per il limite del debole fondamento nel diritto positivo). Essa sarebbe invece la conseguenza della «struttura normativa» del potere amministrativo, cui sarebbe estranea l'inesauribilità come requisito intrinseco. Quindi, in difetto di una previsione normativa specifica, il provvedimento reiterativo sarebbe invalido (più esattamente annullabile)³¹ per carenza di potere in concreto³².

La ricostruzione proposta risente tuttavia di tre temperamenti all'esaurimento del potere. Esso infatti non si verificherebbe in caso di sopravvenienze fattuali (fra le quali anche i provvedimenti giurisdizionali la cui esecuzione richieda la riapertura dell'istruttoria procedimentale). Non si verificherebbe inoltre a fronte dell'adozione di atti normativi e amministrativi generali³³. Non si verificherebbe, infine, per l'ipotesi di rigetto dell'istanza manifestamente improcedibile / inammissibile / infondata e/o irricevibile con motivazione sintetica sul solo punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo ai sensi dell'art. 2 legge n. 241/1990.

³⁰ Da intendersi, se in corso di giudizio, come esercizio del diritto di difesa, partecipando l'amministrazione al processo non quale autorità, ma quale parte.

³¹ Non ricadrebbe in questa fattispecie l'esercizio del potere dopo l'annullamento giurisdizionale per vizi procedurali o sulla forma degli atti non incidenti sul contenuto del provvedimento, richiedendosi in questo caso semplicemente di conferire una diversa veste formale a una decisione già assunta in precedenza, e non di decidere nuovamente.

³² Per la ricostruzione dei contrastanti orientamenti giurisprudenziali di Cassazione e Consiglio di Stato quanto ai riflessi della carenza di potere in concreto sul riparto di giurisdizione, come conseguenza della natura del vizio (nullità, e/o inesistenza e/o comunque inefficacia originaria dell'atto che ne sia colpito *versus* illegittimità e dunque efficacia solo precaria dell'atto), si v. N. Bassi, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, cit., pp. 240 s.

³³ In proposito si v. Cons. Stato, ad. plen., 26 marzo 2012, n. 9, in www.giustizia-amministrativa.it, che proprio a tale categoria di atti (nel caso di specie a decreto ministeriale interpretativo di altro decreto ministeriale, a sua volta attuativo di norme primarie) riferisce l'affermazione secondo la quale «la possibilità che il potere attribuito venga esercitato con più atti discende dal principio di inesauribilità [...], [...] corollario della necessità che la tutela dell'interesse pubblico sia continuamente assicurata».

Le ricadute della tesi suggerita vengono evidenziate con riferimento alla tutela degli interessi legittimi oppositivi e pretensivi.

La prima ne risulterebbe rafforzata poiché il potere amministrativo non potrebbe più essere riesercitato, se non nei casi riconducibili a uno dei predetti temperamenti.

Per gli interessi pretensivi, invece, la prospettiva di una sentenza costitutiva del giudice amministrativo che tenga luogo del provvedimento ampliativo richiesto sarebbe ostacolata dall'assenza di previsione nel diritto positivo. Tuttavia, in seguito all'annullamento giurisdizionale del diniego di provvedimento ampliativo, il potere amministrativo potrebbe essere esercitato, rappresentando la precedente decisione negativa un rifiuto a provvedere e non esercizio di potere. Ne deriverebbe anche la ridefinizione dei limiti dell'azione di adempimento (esperibile, ai sensi dell'art. 34 del codice del processo amministrativo, quando non residuino ulteriori margini di esercizio della discrezionalità amministrativa). Questa si potrebbe infatti sempre ammettere anche dopo l'annullamento giurisdizionale di tale atto di diniego (ma ancora con il limite dei casi riconducibili a uno dei predetti temperamenti). Ciò sarebbe possibile in quanto il potere ampliativo sopravviverebbe all'annullamento giurisdizionale non come determinante dell'assetto degli interessi, bensì solo come potere costitutivo degli effetti ampliativi³⁴. Sarebbe inoltre possibile poiché il divieto del giudice di pronunciare su poteri non ancora esercitati riguarderebbe la fisiologia dell'azione amministrativa, non la sua patologia (tanto è vero che l'azione di adempimento è ammessa avverso il silenzio inadempimento).

Quanto infine al rapporto fra inesauribilità/esauribilità del potere e inerzia dell'amministrazione, si contestano le ragioni poste tradizionalmente a fondamento della tesi della possibilità di esercitare il potere in ogni tempo. Queste si riferiscono a loro volta all'esistenza di poteri non sottoposti a termine e al carattere comunque ordinatorio di tale termine, ove previsto. La critica si fonda sul rilievo che tutti i poteri amministrativi si eserciterebbero con procedimenti per cui sono previsti termini di conclusione. Il nodo da sciogliere si fermerebbe pertanto sulle conseguenze che

³⁴ All'esito dell'esercizio del quale il provvedimento ampliativo potrebbe però essere ritirato dall'amministrazione se difforme da quello che era stata condannata a emanare, o per sopravvenienze fattuali che lo rendano inopportuno quando abbia effetti durevoli e nei limiti del giudicato. Allo stesso modo, esso potrebbe essere impugnato da un terzo se ritenuto lesivo e per profili non riguardanti direttamente l'esecuzione della condanna, mentre in quest'ultimo caso il terzo dovrebbe proporre congiuntamente azione di annullamento e opposizione di terzo, tranne che laddove sia stato parte del giudizio definitosi con la sentenza di condanna.

la loro eventuale violazione produrrebbe per il futuro esercizio del potere. In questa prospettiva si rileva che gli orientamenti giurisprudenziali secondo cui tali termini sono ordinatori e non producono alcuna decadenza, a meno che la legge non disponga espressamente la perentorietà³⁵, contraddirebbero lo statuto generale del diritto amministrativo. Secondo tale statuto, infatti, la violazione di legge (in questo caso, a es., dell'art. 2 legge n. 241/1990 e dei connessi principi di tempestività dell'azione amministrativa nonché di certezza dei suoi tempi) determina di regola l'annullabilità del provvedimento.

La soluzione proposta viene altresì sostenuta argomentandone la resistenza a possibili obiezioni. La prima è quella sull'eccessivo pregiudizio che comporterebbe per i titolari di interessi pretensivi. L'altra è quella sul potere del giudice amministrativo di ordinare all'amministrazione di provvedere fuori termine nel giudizio in materia di silenzio inadempimento.

In relazione al possibile eccessivo pregiudizio degli interessi legittimi pretensivi, si rileva che le norme sul termine per provvedere sono poste a tutela sia dell'autore dell'istanza a provvedere sia dell'interesse pubblico. Si rileva inoltre che l'annullabilità del provvedimento adottato fuori termine rende semplicemente precaria la sua efficacia, senza precluderla, potendo l'amministrazione anche ritenere non sussistente l'interesse pubblico concreto al suo annullamento in autotutela. Infine, si evidenzia che il terzo non potrebbe comunque far valere in giudizio la violazione di un termine posto nell'esclusivo interesse di chi ha presentato l'istanza.

Sulla seconda possibile obiezione si rileva che la pronuncia giudiziale riapre il termine per provvedere.

Questo scenario fa emergere la distinzione fra termini di conclusione del procedimento e termini attinenti al potere. I primi sono quelli previsti per l'adozione di atti ampliativi in procedimenti intrapresi a istanza di parte. I secondi sono invece quelli così qualificati dalla legge, oppure che soddisfino cumulativamente le condizioni della decorrenza da un fatto extraprocedimentale e della attinenza alla adozione di atti restrittivi a conclusione di procedimenti avviati d'ufficio.

La violazione dei termini di conclusione del procedimento sarebbe riconducibile ai vizi procedimentali e impedirebbe l'adozione di un provve-

³⁵ Ricorrendo a una distinzione riconducibile peraltro al processo civile e/o comunque alle norme processuali, che non pare pertanto potere assumere una portata generale, e in relazione alla quale sovente vengono ritenuti perentori anche termini non qualificati tali dalla legge.

dimento valido, ma non l'apertura di un nuovo procedimento, comportando quindi una efficacia preclusiva relativa.

La violazione dei termini attinenti al potere ugualmente impedirebbe l'adozione di un provvedimento valido, ma non sarebbe riconducibile ai vizi procedurali e neppure consentirebbe l'apertura di un nuovo procedimento, comportando dunque una efficacia preclusiva assoluta.

Le più significative conseguenze della tesi proposta vengono riferite al rapporto fra silenzio significativo ed esaurimento del potere, nonché ai riflessi dell'esaurimento del potere attraverso l'inerzia sulla tutela giurisdizionale.

Sul rapporto fra silenzio significativo ed esaurimento del potere, si contesta l'orientamento dominante secondo cui, dopo la formazione del silenzio, si consumerebbe il potere di provvedere in modo espresso, residuando solo quello di autotutela sull'oggetto cui l'ordinamento attribuisce un effetto identico a quello provvedimentale³⁶. La critica si fonda sul rilievo che l'ordinamento preferirebbe comunque la conclusione con provvedimento espresso (altrimenti avrebbe optato per il modello della segnalazione certificata) e contemplerebbe il silenzio significativo solo quale rimedio a una patologia. Tuttavia l'effetto della invalidità del provvedimento espresso tardivo permarrrebbe ugualmente. Ciò in ragione dell'esaurimento del dovere di provvedere (non per la sua trasformazione in onere di provvedere negativamente) e poiché il potere si consumerebbe, oltre che con il suo esercizio in modo espresso, anche nella fattispecie del silenzio significativo allo spirare del termine come conseguenza dell'inerzia.

Quanto al profilo dei riflessi dell'esaurimento del potere attraverso l'inerzia sulla tutela giurisdizionale, si distinguono la lesione degli interessi oppositivi da quella degli interessi pretensivi.

In relazione ai primi si evidenzia che la parte lesa dal provvedimento tardivo potrebbe invocare la illegittimità per violazione di norma sul procedimento, se il termine violato decorre dal suo avvio. Oppure potrebbe farlo al di fuori di tale fattispecie, se il termine violato ha efficacia preclusiva assoluta (caso in cui la tutela caducatoria sarebbe pienamente soddisfatta, non potendo il potere essere riesercitato se non in presenza di fatti soprav-

³⁶ Ciò avverrebbe tramite una finzione giuridica e secondo lo schema della «valutazione legale tipica» (diverso da quello dell'esercizio implicito di funzione e della conseguente produzione di atto tacito). La fattispecie è dunque caratterizzata da una legittimazione anche provvedimentale e non solo legale, come invece nel caso delle segnalazioni certificate (ciò che risulterebbe confermato dal carattere parimenti provvedimentale della tutela del terzo, dall'annullabilità/revocabilità del silenzio e dalla possibilità che esso si formi anche su presupposti di illegittimità, pur se non in difetto dei requisiti di esistenza).

venuti). Si ipotizza inoltre che, per il principio dell'atipicità delle azioni nel processo amministrativo, a questa forma di tutela potrebbe aggiungersi una azione di accertamento sulla avvenuta consumazione del potere. Questa diverrebbe tuttavia proponibile, per l'attualizzarsi della lesione, solo a fronte dell'esercizio del potere esaurito o quando un terzo presenti istanza affinché esso sia esercitato.

Quanto invece agli interessi pretensivi, si evidenzia che la prima implicazione della tesi proposta sarebbe la possibilità di contestare la legittimità del provvedimento di rigetto per vizio procedimentale, mentre le altre implicazioni riguarderebbero il giudizio avverso il silenzio inadempimento. Quest'ultimo è finalizzato, secondo le regole generali, a ottenere una pronuncia dichiarativa dell'obbligo di provvedere, oltre che di condanna a provvedere entro un termine appositamente individuato (e che riaprirebbe quello spirato). Oppure è finalizzato, per l'ipotesi di azione vincolata in riferimento alla quale sull'amministrazione non residuino incombenze istruttorie, a conseguire una pronuncia dichiarativa della fondatezza della pretesa dedotta in giudizio e di condanna all'emanazione del provvedimento richiesto. Il provvedimento tardivo antecedente alla pronuncia giudiziale e quello tardivo adottato dopo lo spirare dell'ulteriore termine individuato giudizialmente sarebbero invece ambedue illegittimi.

La tesi della consumazione del potere, rafforzata e rinnovata nei fondamenti, è infine in via generale temperata dalle seguenti eccezioni, la cui tripartizione riflette ancora una volta quella del rapporto fra inesauribilità/esauribilità del potere e (i) poteri di riesame, (ii) giudicato, (iii) inerzia dell'amministrazione. La prima è quella dell'inesauribilità del potere esplicantesi nei nuovi tipi di atti di ritiro eventualmente introdotti dal legislatore. L'altra è quella riconducibile ai casi in cui è obiettiva l'esigenza di una ripresa dell'azione amministrativa dopo l'annullamento giurisdizionale. L'ultima è quella riconducibile alla circostanza che, nella maggior parte dei casi, i termini per l'esercizio di tale azione abbiano una efficacia preclusiva relativa, e potrebbero inoltre essere calibrati (verosimilmente da parte del legislatore) sulla base della complessità del processo decisionale.

3. I punti di debolezza e gli elementi di pregio rintracciabili nella tesi esposta

La ricerca e la discussione dei punti di debolezza e degli elementi di pregio della tesi esposta rappresenteranno a loro volta, da un lato, la sede di emer-

sione della *pars destruens* riferita allo studio in esame e, dall'altro, il fondamento sul quale edificare la *pars construens* di questo lavoro, alla quale sarà dedicato il paragrafo conclusivo.

Preliminarmente non può sottacersi che lo studio, pur presentando una architettura pregevole, sembra tuttavia rivelare uno sbilanciamento proprio dal punto di vista strutturale. Ciò in quanto, dopo la rassegna degli argomenti favorevoli e contrari alla tesi della inesauribilità, e l'analisi dei profili critici degli uni e degli altri, da una parte contesti tale tesi in base ad argomenti diversi da quelli noti, ma, dall'altra, non verifichi con uguale attenzione se possano esistere di diversi anche per sostenerla. Senza pretese di esaustività, si può a es. rammentare che sia la Corte di giustizia sia la Consulta si sono espresse sull'esistenza dei poteri amministrativi di riesame e inibitori pure dopo lo spirare dei termini qualificati dallo studio in esame come 'attinenti al potere', indicando pertanto un certo radicamento del principio della inesauribilità anche in sede giurisprudenziale³⁷.

Gli ulteriori rilievi critici riguardano profili contenutistici piuttosto che strutturali.

Il primo si riferisce a una parte delle argomentazioni proposte per contestare la tesi della inesauribilità. Il campo è quello del rapporto fra tale tesi e il riesercizio dell'azione amministrativa dopo il giudicato.

L'argomentazione principale individuata a sostegno della tesi proposta in questo campo riguarda una particolare lettura dell'obbligo di motivazione del provvedimento. Tale obbligo, richiedendo all'amministrazione di esplicitare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche della decisione, si riferirebbe infatti a tutti i presupposti e a tutte le ragioni esistenti (e conoscibili con l'ordinaria diligenza) al momento della decisione, nel contesto normativo e fattuale in cui è assunta, non solo a quelli sufficienti a giustificarla. In questo modo si individua una preclusione coincidente con il procedimento tramite il quale quel potere è svolto per la prima volta.

Le argomentazioni che suggeriscono rilievi critici sono in particolare quelle addotte per l'apparente estensione di questo schema anche ai casi in cui l'ordinamento consente deroghe all'obbligo di esaustiva motivazione. Tale estensione sarebbe in sostanza possibile poiché le deroghe si rifletterebbero sul solo profilo dell'annullabilità. Il rilievo critico si estende al raffronto tra tali argomentazioni e i temperamenti riferiti all'effetto dell'e-

³⁷ Si v. Corte Giust., 20 marzo 1997, in causa C-24/95, *Land Renania-Palatinato c. Alcan Deutschland GmbH*, in www.europa.eu; Corte Cost., 16 luglio 2012, n. 188, in www.giurcost.org. Per un approfondimento si v. S. D'Ancona, *L'annullamento d'ufficio tra vincoli e discrezionalità*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015, pp. 205 s.

saurimento del potere. Alcuni di essi riguardano infatti proprio due casi in cui l'ordinamento prevede deroghe all'obbligo di esaustiva motivazione (ossia l'adozione di atti normativi o amministrativi generali e l'adozione di atti con motivazione sintetica ai sensi dell'art. 2 legge n. 241/1990).

Pare dunque di capire che l'obbligo di esaustiva motivazione, la cui violazione rende invalido il provvedimento solo nei casi ove le deroghe non operano, venga usato unicamente quale fattore indiziario del fondamento normativo della tesi proposta, del quale si riconosce comunque la debolezza. Così come sarebbe debole, per gli stessi e forse anche più gravi motivi di carenza di adeguato fondamento normativo, la tesi della inesauribilità. Tant'è che il provvedimento adottato in violazione della preclusione sarebbe invalido, a meno che una specifica disposizione non consenta la deroga alla regola generale così individuata.

A questo punto si ha tuttavia la sensazione di imbattersi in una frizione, poiché l'obbligo di esaustiva motivazione sarebbe indizio del carattere generale dello statuto della esauribilità del potere, il cui fondamento normativo andrebbe però ricercato nelle fonti disciplinanti i singoli poteri. L'ulteriore sensazione che se ne trae è quella di imbattersi in una contraddizione, percependosi che le deroghe all'obbligo di esaustiva motivazione siano ritenute talvolta compatibili col modello proposto e talaltra derogatorie pure rispetto a esso, e comunque che lo smentiscano nella sostanza.

Il secondo rilievo relativo al medesimo campo riguarda le ricadute della tesi proposta sulla tutela degli interessi legittimi pretensivi, in particolare dopo l'annullamento giurisdizionale del diniego di provvedimento ampliativo. Tale annullamento, sempre con l'eccezione dei tre temperamenti individuati prima, non precluderebbe la successiva azione amministrativa, rappresentando il diniego un rifiuto a provvedere piuttosto che esercizio di potere. Tuttavia, a questo punto l'amministrazione potrebbe unicamente costituire gli effetti ampliativi, giammai determinare l'assetto degli interessi. Ne conseguirebbe la proponibilità dell'azione di adempimento, anche in ragione della circostanza che il divieto del giudice di pronunciarsi su poteri non ancora esercitati riguarderebbe solo la fisiologia dell'azione amministrativa, non la sua patologia (la quale rappresenta, del resto, il presupposto dell'azione di adempimento).

Ciò che suscita perplessità è in particolare la configurazione del diniego come rifiuto a provvedere (piuttosto che come esercizio di potere che si esprime nel negare il provvedimento ampliativo), unita al fatto che, dopo l'annullamento giurisdizionale di questo, l'azione di adempimento non sarebbe preclusa. Ciò si verificherebbe alla luce sia della natura del diniego

sia della circostanza che l'annullamento giurisdizionale avrebbe reso doveroso il provvedimento ampliativo all'esito di una fattispecie patologica.

Sul punto può essere sufficiente osservare che, se il diniego non comportasse esercizio di potere, sarebbe equivalente all'inadempimento, determinando immediatamente le condizioni per la proposizione dell'azione di adempimento, e non invece di quella di annullamento, il cui oggetto non dovrebbe venire a esistenza. Inoltre, il solo inadempimento protratto oltre il termine di conclusione del procedimento sarebbe idoneo a giustificare l'azione di adempimento, senza ricorrere alla teoria dell'effetto prodotto dalla patologia dell'azione sui conseguenti poteri del giudice (prima) e dell'amministrazione (poi). Infine, permarrebbe in genere la difficoltà di edificare la tesi della equivalenza fra provvedimento espresso negativo e inerzia dell'amministrazione.

Questi rilievi critici derivano probabilmente anche dalla circostanza che l'argomentazione qui discussa sembri aver compiuto l'unificazione di due fattispecie, già emerse in occasione di una precedente teorizzazione della preclusione procedimentale collegata al processo e al giudicato³⁸. Si tratta dei casi – distinti – del provvedimento di diniego espresso e del silenzio dell'amministrazione. Nel primo il rigetto dell'istanza per la rilevata carenza di uno dei (molteplici) requisiti richiesti fa scattare la preclusione, impedendo all'amministrazione, dopo l'annullamento giurisdizionale del diniego, di opporne altro sulla base di uno dei presupposti già esistenti ma non considerati precedentemente. Invece, nell'ipotesi del silenzio-inadempimento, si aprirebbe la via dell'azione di adempimento, che tuttavia viene estesa anche al caso in cui per legge lo spirare del termine equivalga a tacito diniego, imputandosi all'amministrazione di avere omesso non tanto la

³⁸ Preclusione in virtù della quale l'amministrazione deve porre a fondamento della propria azione tutti gli elementi costitutivi della fattispecie conoscibili con l'ordinaria diligenza si v. M. Clarich, *Giudicato e potere amministrativo*, cit., pp. 236 s., 232-233. Qui non pare tuttavia che alla preclusione procedimentale e alle conseguenti vicende processuali si colleghi la consumazione del potere. Questo si coglie laddove si afferma che, «nell'ipotesi in cui il ricorrente deduca soltanto vizi formali [...], la proposizione del ricorso non fa scattare la preclusione» e «l'eventuale pronuncia di accoglimento non preclude alla pubblica amministrazione di emanare un nuovo atto, avente lo stesso contenuto di quello annullato, sempre che sussistano ancora i presupposti sostanziali che legittimano l'esercizio del potere». Ciò in quanto «i presupposti sostanziali del provvedimento non sono stati oggetto di contestazione da parte del ricorrente e [...] di accertamento da parte del giudice», e «il potere della pubblica amministrazione non può ritenersi estinto per rinuncia implicita, sia perché vige nel diritto pubblico il principio dell'irrinunciabilità dei poteri», sia perché l'amministrazione, emanando il provvedimento, pur viziato nella forma, «ha manifestato la propria volontà di esercitare il potere».

considerazione di tutti gli elementi costitutivi del potere, quanto piuttosto il provvedimento espresso.

Ulteriore rilievo si riferisce invece ad altra parte delle argomentazioni proposte per contestare la tesi della inesauribilità. Il campo è quello del rapporto fra tale tesi e l'inerzia dell'amministrazione. Il rilievo riguarda in particolare alcune delle riflessioni esposte per sostenere la resistenza della tesi proposta alla possibile obiezione dell'eccessivo pregiudizio dei titolari di interessi legittimi pretensivi. La lesione sarebbe giustificata dall'essere le norme sul termine di conclusione del procedimento poste a tutela sia dell'autore dell'istanza a provvedere sia dell'interesse pubblico. Tuttavia essa sarebbe anche limitata dalla impossibilità per i terzi di far valere in giudizio la violazione di un termine posto nell'esclusivo interesse di chi ha presentato l'istanza. Ciò che suggerisce il rilievo è dunque il raffronto del rapporto della giustificazione e della limitazione – rispettivamente – con il diverso valore della tutela dell'interesse pubblico in ambito sostanziale e processuale. Valore che, nel primo caso, giustificherebbe il pregiudizio alla situazione soggettiva dell'amministrato e, nel secondo, non avrebbe invece un impatto tale da consentire ai terzi l'impugnazione del provvedimento ampliativo adottato fuori termine.

L'ultimo rilievo si riferisce a uno degli effetti della tesi proposta, ossia a quello riguardante i riflessi dell'esaurimento del potere attraverso l'inerzia sulla tutela giurisdizionale degli interessi legittimi oppositivi. Il campo è dunque ancora quello della relazione fra tale tesi e l'inerzia dell'amministrazione. Il rilievo riguarda in particolare la prospettata possibilità di tutelare tali interessi, oltre che con l'azione di annullamento avente a oggetto il provvedimento tardivo, anche con una azione di accertamento sulla avvenuta consumazione del potere. A fronte di una lesione attuale, essa sarebbe infatti proponibile alla luce del principio della atipicità delle azioni nel processo amministrativo³⁹. Questo sembra però scontrarsi con la riserva di legge stabilita in genere per la materia processuale dall'art. 111 Cost.⁴⁰. L'art. 34 del codice del processo amministrativo, nella parte in cui

³⁹ Si v., *ex multis*, M. Clarich, *Le azioni nel processo amministrativo tra reticenze del Codice e apertura a nuove tutele*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, pp. 1121 s.; S. Foà, *Giustizia amministrativa, atipicità delle azioni ed effettività della tutela. Il nuovo diritto giurisprudenziale*, Napoli, Jovene, 2012, pp. 9 s.; R. Villata, *Spigolature "stravaganti" nel nuovo codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, pp. 864 s.; Cons. Stato, ad. plen., 29 luglio 2011, n. 15, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴⁰ Riserva che sarebbe posta anche a presidio dell'attività creativa della giurisprudenza, si v., *ex multis*, A. Travi, *La tipologia delle azioni nel nuovo processo amministrativo*, in AA.VV., *La gestione del nuovo processo amministrativo: adeguamenti organizzativi e riforme*

consente al giudice di assumere le decisioni di condanna all'adozione delle misure idonee a tutelare la posizione dedotta in giudizio e le misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato e delle pronunce provvisoriamente esecutive, richiede infatti una lettura sistematica con l'art. 111 Cost. Nel primo caso il "tipo" è ricondotto all'azione di condanna, pur se a contenuto aperto. Nel secondo, invece, la atipicità della misura si giustifica con il particolare atteggiarsi della separazione dei poteri allorquando quello amministrativo abbia violato il potere giurisdizionale, ed è comunque limitata a questo ambito⁴¹.

Si può ora passare alla discussione degli elementi di pregio.

Complessivamente si può osservare che, pur con i limiti sin qui prospettati, la teoria della consumazione del potere è elevata a rango di regola generale. Essa, mitigata peraltro da importanti eccezioni, risulta pertanto rafforzata al punto da potersi confrontare ormai almeno ad armi pari con quella tradizionale, che propone invece un sistema ove il regime ordinario è rappresentato dalla inesauribilità e quello derogatorio dalla consumazione. Il nuovo equilibrio è evidentemente più in linea con i principi di tutela del legittimo affidamento⁴², buona fede e imparzialità, la cui osservanza incide

strutturali, Atti del LVI Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione, Varenna 23-25 settembre 2010, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 75 s.

⁴¹ È pur vero, peraltro, che nel codice del processo amministrativo si rinviene la presenza di modelli simili pure al di fuori di questo contesto. Così è a dirsi in relazione a quanto previsto dal comma 4 dell'art. 117, ai sensi del quale, nella tutela contro l'inerzia dell'amministrazione, «il giudice conosce di tutte le questioni relative all'esatta adozione del provvedimento richiesto, ivi comprese quelle inerenti agli atti del commissario».

⁴² Principio che tuttavia, nella sua applicazione, non coincide sempre con l'aspettativa alla invariabilità di eventuali rapporti vantaggiosi con l'amministrazione, e che dunque viene anche contestualizzato in una dimensione dinamica, ove cioè si relaziona con un potere tendenzialmente inesauribile e riesercitabile. L'esercizio del potere, a sua volta, non si considera a es. lesivo dell'affidamento se la modifica in senso peggiorativo di pregresse situazioni di vantaggio avviene con carattere di generalità e/o in assenza di rapporti particolari e specifici con gli amministrati, oppure nello svolgimento di una attività vincolata. Il principio funge in sostanza da variabile di esercizio della discrezionalità, piuttosto che da garanzia al consolidamento di una posizione di vantaggio acquisita dall'amministrato. Esso si risolve, nella prassi, in un bilanciamento fra interessi, che però non tiene in adeguata considerazione la riparazione patrimoniale della posizione soggettiva dell'amministrato la cui situazione di vantaggio precedentemente acquisita sia stata modificata in senso peggiorativo, e ciò ne rappresenta attualmente il limite più importante, si v. A. Travi, *La tutela dell'affidamento del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Dir. pubb.*, 2018, pp. 121 s., e ivi ulteriori ampi riferimenti, anche giurisprudenziali.

favorevolmente anche su quello di buon andamento⁴³. È altresì maggiormente in sintonia con le riforme introdotte a partire dal nuovo millennio nella legge generale sul procedimento amministrativo quanto a tempi e modi per l'esercizio dei poteri di riesame/revisione, oltre che con alcuni orientamenti della giurisprudenza amministrativa⁴⁴.

Gli elementi più condivisibili dell'architettura argomentativa proposta paiono i seguenti.

Partendo dal campo del rapporto fra inesauribilità/esauribilità del potere e poteri di riesame, appaiono solidi – se si esclude la possibile e solo parziale riserva già evidenziata⁴⁵ – i criteri individuati per fondare l'autonomia dei secondi rispetto al primo. Ciò consente la verifica – con esito positivo – della circostanza che la tesi della inesauribilità collegata a tali poteri viola i principi di legalità e di tipicità dell'azione amministrativa, con la ulteriore conseguenza che, al di fuori di specifici schemi normativi, essi devono considerarsi invalidi.

Per la lettura di questi schemi, nell'ipotesi che non si esprimano sull'esistenza di un termine di esercizio del potere, si potrebbe considerare l'eventuale finalità di tutela (e/o di prevenzione delle liti) riconducibile a tali poteri quale criterio per colmare lo schema evitando che essi si traducano situazioni di mera forza⁴⁶. Sicché, se esistono limiti temporali per domandare forme di tutela giustiziale o giurisdizionale avverso l'azione amministrativa, gli stessi pure dovrebbero esistere per il riesame autonomo di tale azione e, nel silenzio della legge, andrebbero probabilmente parametrati a quelli giustiziali o giurisdizionali più affini.

Dal punto di vista meramente logico, tuttavia, un profilo di instabilità dell'argomentazione si ravvisa nel suo essere funzionale essenzialmente a ricondurre i poteri di riesame al principio di legalità, piuttosto che a demolire l'uso del principio della inesauribilità quale loro fondamento.

Proseguendo nel campo del rapporto fra inesauribilità/esauribilità del potere e giudicato, sono significativi ambedue i percorsi individuati per

⁴³ I principi di cui all'art. 97 si ritengono tuttavia realizzati anche dalla diversa condizione della continuità (intesa quale inesauribilità) del potere amministrativo (si v. Cons. Stato, sez. IV, 6 ottobre 2014, n. 4987, in www.giustizia-amministrativa.it).

⁴⁴ Si v. Cons. Stato, ad. plen., 17 ottobre 2017, n. 8, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴⁵ Si fa riferimento all'iniziativa naturalmente d'ufficio dei poteri di riesame e alla conseguente insussistenza dell'obbligo di provvedere dopo l'avvio del relativo procedimento, che invece sono state messe in dubbio ove ricorrano eventuali casi di annullamento doveroso, si v. M. Allena, *L'annullamento d'ufficio. Dall'autotutela alla tutela*, cit.

⁴⁶ Cfr. E. Cannada Bartoli, *Annulabilità e annullamento (diritto amministrativo)*, cit.

rispondere all'interrogativo sulla consistenza del potere amministrativo all'esito soprattutto della sentenza di annullamento.

Il primo è quello dell'efficacia non necessariamente retroattiva, ma conformata in base alla domanda di parte e/o alla decisione giurisdizionale, della sentenza di annullamento.

Qui si può aggiungere che ciò si sintonizza anche con la possibilità di chiedere e/o ottenere l'annullamento parziale, per coniugare l'interesse del ricorrente e il principio di proporzionalità. Si sintonizza inoltre con la circostanza che, a ben vedere, gli effetti dell'atto annullato non possono essere travolti dall'annullamento se relativi a rapporti già esauritisi secondo il regime dell'atto medesimo.

Il secondo percorso è quello delle restrizioni al potere derivanti dalla preclusione procedimentale, a sua volta fondata su una certa lettura dei principi disciplinanti l'esercizio dell'azione amministrativa e sull'obbligo generale di motivazione del provvedimento (pur con i limiti già rilevati e sui quali si tornerà a breve). Le conseguenze più rilevanti si colgono per la tutela degli interessi legittimi oppositivi, la quale risulta rafforzata dalla circostanza che, verificatasi la preclusione, il potere non può più essere esercitato, a meno che non ricorra una delle eccezioni previste.

Quanto infine al campo del rapporto fra inesauribilità/esauribilità del potere e inerzia dell'amministrazione, risultano di impatto alcune argomentazioni, progressivamente correlate in termini di presupposizione logica.

La prima riguarda la semplice ma centrale osservazione della riconducibilità di tutti i poteri amministrativi a modalità di esercizio consistenti in procedimenti per i quali sono normativamente previsti dei termini di conclusione.

La seconda, derivante dalla prima, riguarda la altrettanto semplice ma ugualmente centrale osservazione sul valore e sul significato del vizio di violazione di legge (da intendersi ovviamente in senso esteso, come violazione di norma giuridica) secondo lo statuto del diritto amministrativo. Valore e significato che si attestano sulla generalità e sulla residualità sia delle cause del vizio sia dei suoi effetti. Ne deriva che, in difetto di previsione specifica e/o comunque derogatoria, la violazione del termine per provvedere normativamente previsto determina l'annullabilità del provvedimento tardivo.

La terza argomentazione, derivante dalla seconda, riguarda le conseguenze di questo regime in riferimento alla distinzione fra termini procedurali (con efficacia preclusiva relativa) e termini attinenti al potere (con efficacia preclusiva assoluta).

L'ultima argomentazione si riferisce a due ulteriori conseguenze della tesi proposta.

Una riguarda il rapporto fra silenzio significativo ed esaurimento del potere. In relazione a esso si sviluppano alcune riflessioni sul regime del provvedimento espresso adottato dopo la scadenza del termine per provvedere (e dunque dopo il contestuale perfezionarsi del silenzio significativo). Secondo la tesi proposta, essendosi il potere di provvedere in modo espresso consumato allo spirare del termine per la conclusione del procedimento, si determinerebbe una carenza di potere in concreto. Questa, a sua volta, renderebbe il provvedimento annullabile, e quindi comunque efficace sino all'eventuale (e non scontato) annullamento. Si porrebbe dunque il problema del rapporto fra tale possibile regime e l'elusione degli effetti del silenzio significativo derivanti dalla legge. Questa evenienza fonda infatti la diversa tesi secondo cui il provvedimento espresso tardivo dovrebbe considerarsi inefficace proprio per scongiurare la riferita elusione⁴⁷.

Qui si può osservare che i due regimi riflettono a ben vedere – rispettivamente – una diversa concezione del silenzio significativo.

Il regime della annullabilità del provvedimento espresso tardivo riflette la concezione del silenzio come rimedio sanzionatorio alla evenienza patologica dell'assenza di provvedimento nella forma tradizionale. Questo sarebbe infatti ritenuto preferibile sia quando tempestivo sia, evidentemente, quando tardivo.

Il regime della inefficacia del provvedimento espresso tardivo riflette invece la concezione del silenzio significativo come strumento per la semplificazione dell'azione amministrativa. In questa prospettiva non sarebbe infatti tollerata la complicazione rappresentata dalla efficacia, pur precaria, del provvedimento adottato nella forma tradizionale dopo la scadenza del termine per la costituzione del silenzio.

Ebbene, quantunque il quadro normativo non sembri offrire esplicitamente e direttamente elementi a favore della prima o della seconda soluzione, una visione in parte diversa si scorge se si pone attenzione al rapporto fra l'ordinamento e gli effetti ricondotti all'una e all'altra. La seconda soluzione teorizza infatti una inefficacia giuridica patologica, che il regime dell'azione amministrativa conosce solo con riferimento ai vizi di nullità. Questi però sono tipici e non paiono sussistere nel caso in esame, neppure nella forma, che fra quelle individuate dalla legge sul procedimento gli sarebbe più affine, del difetto assoluto di attribuzione.

L'altra, e più rilevante, conseguenza della tesi proposta riguarda la tutela degli interessi legittimi oppositivi e pretensivi. Essa ne esce rafforzata

⁴⁷ V. B. Tonoletti, *Silenzio della pubblica amministrazione*, in *Digesto. disc. pubbl.*, 1999, XIV, pp. 188-192.

e/o comunque in parte modificata per la possibilità di invocare l'illegittimità del provvedimento tardivo, sia esso afflittivo, oppure di rigetto di istanza ampliativa, oppure adottato dopo lo spirare dell'ulteriore termine per provvedere individuato dal giudice in sede di azione di adempimento.

4. Il quadro composto dalla posizione emersa nella tesi osservata e nella sua successiva discussione, come ulteriore fonte di alimentazione del confronto

Le due fasi iniziali di questo confronto a distanza rendono uno scenario che può rappresentare un'ulteriore fonte di alimentazione della discussione.

In primo luogo questa potrebbe continuare partendo dagli esiti dell'analisi di eventuali argomenti diversi e ulteriori, rispetto a quelli al momento noti, a sostegno della tesi della inesauribilità del potere.

Rimane infatti la – del tutto comprensibile – sensazione di irrisolto in relazione ad alcuni aspetti, come l'evidenza del carattere permanente dei compiti di cura dell'interesse pubblico affidati all'amministrazione.

In secondo luogo l'ulteriore discussione potrebbe avere a oggetto le letture cui si è già fatto cenno per l'eventuale superamento di alcuni dei supposti profili di debolezza della tesi in esame. Si fa riferimento a quanto argomentato circa le ricadute di tale tesi sulla tutela degli interessi legittimi pretensivi nel campo del riesercizio dell'azione amministrativa dopo il giudicato, con specifico riguardo alla questione del diniego come rifiuto a provvedere. E, ancora, si fa riferimento alle ricadute della stessa tesi sulla tutela degli interessi legittimi oppositivi nel campo del rapporto con l'inerzia dell'amministrazione, in relazione alla questione della ammissibilità di azioni atipiche nel processo amministrativo.

Infine, l'ulteriore discussione potrebbe avere a oggetto i seguenti percorsi, utili al confronto sugli altri possibili elementi di debolezza rintracciati nella tesi esaminata.

Il primo profilo di debolezza, relativo al rapporto fra inesauribilità del potere e riesercizio dell'azione dopo il giudicato, è lo schema che collega l'obbligo di esaustiva motivazione alla preclusione procedimentale per l'esercizio del potere, alla luce delle ragioni già esposte.

Gli esiti cui approda, con riferimento a tale campo, l'intera argomentazione proposta, paiono tuttavia ugualmente raggiungibili, ma attraverso un percorso meno irto. Questo si individua richiamando semplicemente gli obblighi di adeguata (e completa) istruttoria gravanti sull'amministrazione

in virtù della legge generale e delle leggi speciali sul procedimento. Essi vanno letti anche in combinazione con il principio d'imparzialità inteso quale canone per i contenuti della fase procedimentale⁴⁸, ove si acquisiscono (tutte) le conoscenze funzionali alla decisione. Un'analisi accurata dell'ordinamento, pure attraverso le suggestioni ricavabili dalla tesi in esame, consente infatti di ritenere che il procedimento debba essere definito con il grado di consapevolezza rispondente alla cognizione di tutti i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche ragionevolmente conoscibili al momento della sua chiusura.

In via più generale, peraltro, sempre in relazione al rapporto fra inesauribilità del potere e riesercizio dello stesso dopo il giudicato, la tesi della preclusione procedimentale lascia al momento alcuni interrogativi ancora aperti.

Lascia a es. aperto il quesito sulla consistenza del supposto "deducibile" coperto dal giudicato allorquando il potere esercitato sia discrezionale. Si sarebbe infatti indotti a pensare che, in ipotesi come questa, il deducibile abbia una estensione limitata, la cui perimetrazione non può che risentire di tutto il dibattito sul sindacato giurisdizionale della discrezionalità amministrativa e, prima ancora, della difficoltà di individuazione e di perimetrazione della stessa area della discrezionalità.

Altro quesito irrisolto riguarda la consistenza dell'effetto restitutorio della decisione di definizione del giudizio (in termini di permanenza, azzeramento o riduzione, accettabile o meno) alla luce della preclusione procedimentale e della conseguente impossibilità di riesaminare gli elementi già esaminati o di esaminare quelli già esistenti, ma non tenuti in considerazione.

Il secondo elemento di debolezza riguarda alcune delle riflessioni espresse, nel campo del rapporto fra consumazione del potere e inerzia dell'amministrazione, per sostenere la resistenza della tesi proposta alla possibile obiezione dell'eccessivo pregiudizio dei titolari di interessi legittimi pretenitivi. In particolare si fa riferimento alla frizione fra la giustificazione della lesione – ossia la funzionalizzazione delle norme sul termine di conclusione del procedimento alla tutela sia dell'autore dell'istanza a provvedere sia dell'interesse pubblico – e la sua limitazione – ossia l'impossibilità per i terzi di far valere in giudizio la violazione di un termine posto nell'esclusivo interesse dell'autore dell'istanza.

⁴⁸ Si v. G. Pastori, *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Foro amm.*, 1987, II, pp. 3170 s.

Verosimilmente l'attrito percepibile è dovuto alla circostanza che, nel primo caso, l'amministrazione è chiamata a esercitare nei confronti dell'amministrato il ruolo di autorità. Nel secondo, invece, si consentirebbe l'apertura di un processo, ove l'amministrazione è semplicemente parte, essendo l'esercizio della funzione giurisdizionale finalizzato a ristabilire la violazione dell'ordinamento con indifferenza rispetto alla natura giuridica del soggetto che l'abbia determinata.

Questa non sembra tuttavia una ragione sufficiente a sciogliere la frizione, poiché la conformazione del potere dovrebbe ritenersi influenzata dalle conseguenze che possono derivarne solo se (e nei limiti in cui) queste violino l'ordinamento.

Vi sarebbe tuttavia a questo punto da domandarsi se l'ordinamento non debba intendersi violato dalla tesi della inesauribilità ove se ne ravvisino gli effetti elusivi dei termini previsti, essenzialmente a garanzia dell'amministrato, per la conclusione del procedimento.

Come anche solo dalla lettura di queste conclusioni si può capire, il tema suscita riflessioni contrastanti, il cui punto di composizione sembra difficile da intravedere.

Ma forse la chiave per ricercarlo è proprio quella che muove dalla prospettiva dell'amministrato, o del cittadino, o comunque dell'elemento sociale o del gruppo sociale, inteso sia quale componente costitutiva dell'ordinamento sia come fonte del potere (attraverso il circuito della rappresentanza, s'intende) e – al tempo stesso – come suo destinatario ultimo. Da questa angolazione, semplice, elementare, si scorge che il potere così generato è in fin dei conti al solo servizio dell'amministrato⁴⁹, il quale ne è origine indiretta e insieme destinatario, diretto o indiretto, in base ai casi.

Tanto l'origine quanto, e soprattutto, la destinazione (funzione) del potere, nei termini qui precisati, devono quindi orientare l'interprete a 'stannare' la consistenza del potere stesso in relazione a un suo possibile ciclo di vita. In questo contesto, a ben vedere, le esigenze di garanzia e quelle di funzionalità non collidono⁵⁰, ma si compongono nel rapporto di reciprocità

⁴⁹ Per una assonanza terminologica si v. G. Pastori, *L'amministrazione da potere a servizio*, in M.R. Spasiano (a cura di), *Il contributo del diritto amministrativo in 150 anni di unità d'Italia*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012, ove però la correlazione dei termini *potere e servizio* è adoperata per evidenziare il ruolo dell'amministrazione come funzione dell'organizzazione sociale, piuttosto che come funzione dell'organizzazione di governo.

⁵⁰ Per N. Bassi, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, cit., il rapporto sarebbe invece conflittuale, ma le esigenze di garanzia prevarrebbero su quelle di funzionalità, come sarebbe ad es. desumibile dal carattere eccezionale e derogatorio dei poteri amministrativi di necessità e di urgenza.

dal quale sono legate, posto che il tradimento delle prime tradirebbe anche la funzione (destinazione e servizio) così intesa, e viceversa.

Talking about inexhaustibility and exhaustibility of the administrative power on the basis of a recent study

This study is aimed at increasing and/or opening a debate starting from the book of Michele Trimarchi about the critical aspects of the so called «inexhaustibility» of the administrative power. After an introduction aimed at presenting the theme under discussion, the study consists of three parts: the first one is aimed at synthesizing the structure, goals, contents and main outputs of the book; the second one is aimed at finding and discussing its possible weaknesses and strengths; the last one is aimed at focusing the framework emerging from the first two parts, as to allow it to incentive further discussion.

Keywords: administrative power, inexhaustibility, exhaustibility, weaknesses, strengths.

Melania D'Angelosante, Dipartimento di Scienze Giuridiche e Sociali, Università degli Studi «G. d'Annunzio» di Chieti-Pescara, Viale Pindaro 42, 65121 Pescara, melania.dangelosante@unich.it

