RIFORMA DELL'ART 10 BIS L. 241790 – GIUDICATO AMMINISTRATIVO E RIEDIZIONE DEL POTERE

La novella apportata dall'articolo 12, comma 1, lettera e, del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 settembre 2020, n. 120), introduce in seno all'art 10 bis della L 241/90 un rilevante inciso: *«In caso di annullamento in giudizio del provvedimento così adottato, nell'esercitare nuovamente il suo potere l'amministrazione non può addurre per la prima volta motivi ostativi già emergenti dall'istruttoria del provvedimento annullato»*.

L'inserimento di tale previsione rappresenta indubbiamente un significativo approdo rispetto alla costante necessità di realizzare un equilibrio tra l'attività amministrativa (per sua natura dinamica ed in costante divenire), il principio di certezza e stabilità dei rapporti giuridici ed il principio di effettività della tutela giurisdizionale.

Infatti, se da un lato la finalità sottesa ad ogni forma di esercizio dell'attività amministrativa, rappresentata dalla cura e dal perseguimento dell'interesse pubblico, impone alla P.A. di agire liberamente – seppure nei limiti della propria discrezionalità e/o nel rispetto dei crismi del c.d. merito amministrativo - adattando le proprie scelte alle mutevoli esigenze pubbliche (all'uopo anche ritornando sulle proprie valutazioni e mutandone le decisioni adottate), dall'altro lato, tale dato si scontra con le opposte esigenze degli amministrati le cui istanze indirizzate all'ottenimento dei beni della vita anelati, rischiano di essere vulnerate proprio dalla dinamicità ed inesauribilità del potere pubblico, a discapito delle esigenze di stabilità e certezza dei rapporti giuridici.

Gli indicati caratteri dell'azione amministrativa rischiano, inoltre, di frustrare il principio di effettività della tutela giurisdizionale dal momento che, nell'iter di emanazione del provvedimento, impugnazione, annullamento e successiva riedizione, si potrebbe verificare uno scenario in cui la PA, ammessa a riesercitare il proprio potere a seguito di annullamento, ben potrebbe in astratto emanare nuovamente infinite volte il medesimo provvedimento (impugnato ed annullato) a discapito del privato che, pur avendone ottenuto l'annullamento in sede giustiziale o giurisdizionale, si vedrebbe esposto ad una riedizione del medesimo provvedimento, seppure all'uopo ogni volta rettificato alla luce dei profili di illegittimità emersi in sede di caducazione.

Ebbene la novella di cui all'art 10 bis L 241/90 in qualche modo interviene a circoscrivere la “deriva” sopra descritta, favorendo il temperamento tra effettività della tutela e naturale dinamicità ed inesauribilità dell'azione amministrativa.

Infatti tale prescrizione, precludendo la possibilità di addurre in sede di riedizione successiva al giudicato di annullamento motivi ostativi all'adozione di un provvedimento anelato già emergenti dall'istruttoria procedimentale e dunque già conosciuti o conoscibili alla PA ma non esplicitati, di fatto inibisce la possibilità per la PA di “aggirare” il giudicato attraverso la riemissione del medesimo provvedimento opportunamente arricchito di ulteriori elementi motivazionali già conosciuti ma non palesati (volendo anche per ragioni di comodo), garantendo così pieno rispetto del principio di effettività della tutela, in mancanza gravemente frustrato.

La scelta del legislatore di positivizzare la regola della riedizione all'interno dell'art 10 bis L. 241/90, in qualche modo si affianca e completa la problematica

relativa ai limiti della riedizione del potere in sede di esecuzione del giudicato su cui già più volte si era espresso il Consiglio di Stato, prima della novella, quando aveva chiarito che il punto di equilibrio - tra la forza della *res iudicata* e la stessa funzione ed utilità di quest'ultima, la continuità del potere amministrativo ex art. 97 della Costituzione ed il principio di ragionevole durata del processo ex art. 111 della Costituzione - era stato già individuato dalla giurisprudenza nel c.d. 'one shot temperato', secondo cui l'Amministrazione, dopo un giudicato di annullamento, da cui derivi il dovere o la facoltà di provvedere di nuovo, avrebbe il potere di esaminare l'affare nella sua interezza, sollevando, una volta per sempre, tutte le questioni che ritenga rilevanti, non potendo successivamente tornare a decidere sfavorevolmente neppure in relazione a profili prima non esaminati (*Cons. Stato, Sez. VI, 9 febbraio 2010, n. 633*).

Vale la pena richiamare le ulteriori statuizioni con cui, sulla medesima scia, il Consiglio di Stato nelle più recenti pronunce – in particolare in sede di ottemperanza – ha precisato che l'amministrazione a seguito dell'annullamento giurisdizionale debba tenere conto della portata conformativa della sentenza e dei limiti nascenti dalla statuizione concreta del giudice che rappresenta la regola di diritto affermata dalla sentenza destinata a regolare e delimitare la futura attività dell'amministrazione (*Cons. Stato Sez. VI, 11 marzo 2020, n. 1738*).

Inoltre, il Supremo Consesso, ha chiaramente spiegato che l'esecuzione del giudicato amministrativo non può essere il luogo per tornare a mettere ripetutamente in discussione la situazione oggetto del ricorso introduttivo di primo grado, su cui il giudicato ha, per definizione, conclusivamente deciso; altrimenti si verificherebbe un contrasto con il diritto alla ragionevole durata del giudizio, all'effettività della tutela giurisdizionale, alla stabilità e certezza dei rapporti giuridici.

Corollario dei principi e delle nuove prescrizioni normative è la consacrazione dell'obbligo di esecuzione da parte della p.a. secondo buona fede e senza che sia frustrata la legittima aspettativa del privato alla stabile definizione del contesto procedimentale.

Ovviamente tale obbligo non può estendersi ai tratti liberi dell'azione amministrativa lasciati impregiudicati dal giudicato, ai poteri non esercitati perché fondati su presupposti fattuali e normativi diversi e successivi al giudicato stesso nonché ai profili motivazionali non emersi nell'istruttoria procedimentale .

Avv. Luigi Rispoli

Avv. Mariangela Zupa