

Ne bis in idem

Firenze, 5 ottobre 2021

Il giudicato amministrativo

tra teoria generale del processo e ingegneria normativa
Riflessioni sulla riforma dell'art. 10-*bis* l.p.a.

avv. Federico Orso
prof. a contratto di diritto amministrativo
Università di Firenze



Art. 3, l. n. 31 marzo 1889, n. 5992

«Spetta alla sezione quarta del Consiglio di Stato di decidere sui ricorsi per incompetenza, per eccesso di potere o per violazione di legge **contro atti e provvedimenti di una autorità amministrativa o di un corpo amministrativo deliberante**, che abbiano per oggetto un interesse di individui o di enti morali giuridici»

«[...] è certo che la portata effettiva dei poteri [della quarta sezione], quale sorge dal testo esplicito della legge [...], si restringe ad annullare o mantenere un atto amministrativo; dunque questo e non altro può essere l'oggetto di questa competenza»: essa «altro pronunciato non può emettere se non che accogliere il ricorso, annullando l'atto impugnato, o rigettarlo».

V.E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*,
in ID. (a cura di), *Primo Trattato completo di diritto amministrativo*, III, Milano 1901



CIRCOLO VIZIOSO CHE SI RIPETE TENDENZIALMENTE ALL'INFINITO



COME SE NE ESCE?

Si lavora sugli effetti
della sentenza

eliminatori

ripristinatori

preclusivi

conformativi

MA NON BASTA ...

PRIMA SOLUZIONE

SI APPLICA AL PROCESSO AMMINISTRATIVO IL PRINCIPIO DELLA PRECLUSIONE DEL DEDOTTO E DEL DEDUCIBILE

Approvazione dell'atto sfavorevole

Ricorso contro l'atto

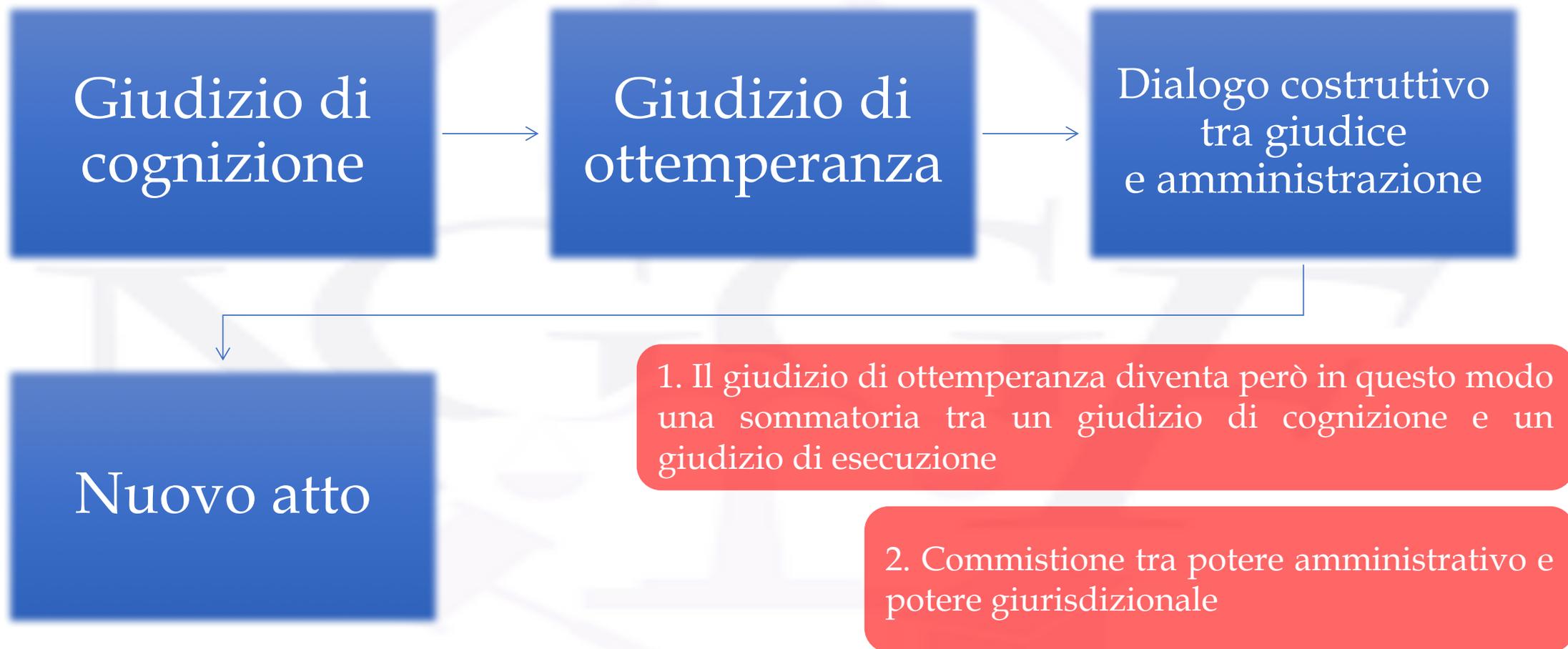
Difesa dell'amministrazione

Preclusione del dedotto e del deducibile

Il giudicato si forma sull'intero rapporto

SECONDA SOLUZIONE

IL GIUDICATO A FORMAZIONE PROGRESSIVA



TERZA SOLUZIONE

LA PRECLUSIONE A SCOPPIO RITARDATO: TWO SHOTS



QUARTA SOLUZIONE

IL DIRITTO ALLO SCIoglIMENTO DELL'INCERTEZZA

Questa teoria muove da una premessa di natura sostanziale: quando la produzione di un effetto favorevole dipende dall'esercizio di un potere discrezionale, nessuno può affermare di avere diritto alla produzione di tale effetto.

In queste fattispecie, pertanto, l'ordinamento riconosce al cittadino amministrato nulla più del diritto allo scioglimento dell'incertezza (la cosiddetta *chance legale*). E tale incertezza deve ritenersi sciolta nel momento in cui l'amministrazione adotta un atto legittimo.

Il provvedimento legittimo, quindi, rappresenta *tutto quello e proprio quello* che al cittadino amministrato è riconosciuto in diritto.

QUARTA SOLUZIONE

IL DIRITTO ALLO SCIoglIMENTO
DELL'INCERTEZZA



Consiglio di Stato , sez. VI , sent. 25 febbraio 2019 , n. 1321

Quando l'atteggiarsi della singola fattispecie normativa non consente di dedurre in giudizio la titolarità di una posizione sostantiva finale, **sono ammesse domande finalizzate a far valere non già la pretesa a un provvedimento specifico satisfattivo quanto piuttosto quella 'minore' a un provvedimento legittimo.**

Il principio di preclusione del dedotto e del deducibile non è utilmente invocabile quale espediente per ampliare i confini di estensione dell'area coperta dalla forza del giudicato amministrativo. Esso, viceversa, si limita a indicare che non è ammesso al giudice di un futuro processo disconoscere o diminuire il bene riconosciuto nel precedente giudizio: di conseguenza, quando tale bene è rappresentato dalla sola possibilità di vedere realizzato il risultato sperato, l'effetto di giudicato non è in grado di assicurare al ricorrente risultato vincitore nel giudizio di cognizione il conseguimento di un provvedimento favorevole.

Nel sistema di tutela amministrativa ben possono darsi disposizioni protettive la cui violazione priva gli interessati non del risultato finale, bensì di una utilità intermedia, **consistente nella mera possibilità di un risultato vantaggioso.** In questi casi, la sentenza non si pone quale fonte diretta del rapporto amministrativo in sostituzione di un atto amministrativo, semplicemente perché non può contenere l'accertamento sostanziale dei presupposti per ottenere il risultato della vita. Pertanto, quando l'eliminazione dell'atto avviene in base all'accertamento di uno o più vizi afferenti a elementi discrezionali dell'esercizio del potere, la sentenza, sia pur limitando quest'ultimo nella sua fase di rinnovo, non può segnare l'esito del procedimento.

QUINTA SOLUZIONE

LA PRECLUSIONE PROCEDIMENTALE

Nei procedimenti ad istanza di parte il responsabile del procedimento o l'autorità competente, prima della formale adozione di un provvedimento negativo, comunica tempestivamente agli istanti i motivi che ostano all'accoglimento della domanda

Entro il termine di dieci giorni dal ricevimento della comunicazione, gli istanti hanno il diritto di presentare per iscritto le loro osservazioni, eventualmente corredate da documenti

L'amministrazione può condividere le ulteriori osservazioni e quindi accogliere l'originaria istanza dell'interessato

L'amministrazione può ritenere infondate le ulteriori osservazioni e quindi rigettare l'istanza, motivando le ragioni

QUINTA SOLUZIONE

LA PRECLUSIONE PROCEDIMENTALE

Con l'art. 12, co. 1, lett. e), è stato aggiunto all'art. 10-*bis* l.p.a. la seguente previsione:

[...] In caso di annullamento in giudizio del provvedimento così adottato [adottato cioè dopo che l'amministrazione abbia comunicato all'istante i motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza], nell'esercitare nuovamente il suo potere l'amministrazione **non può addurre per la prima volta motivi ostativi già emergenti dall'istruttoria del provvedimento annullato.**

QUALI PROBLEMI PONE LA NUOVA DISCIPLINA?

Cinque
problemi

Questioni di diritto intertemporale

Cosa significa «motivi emergenti»?

Cosa significa «così adottato»?

La preclusione opera
anche nei confronti del
controinteressato?

Siamo di fronte a una preclusione
ex lege o *ex iudicato*?

**Tar Lazio, sent. 25 agosto 2021, n. 9387; Tar Lazio, sent. 10 luglio 2021, n. 8217;
Tar Lazio, sent. 9 luglio 2021, n. 8186**

Non colgono invece nel segno le ulteriori censure di parte ricorrente sulla violazione del novellato art. 10-*bis* della legge n. 241 del 1990, come modificato dell'art. 12, comma 1, lett. e), della Legge n.120 del 2020, per cui l'Amministrazione, nell'esercitare il suo potere nuovamente, non avrebbe potuto addurre per la prima volta motivi ostativi già emergenti dall'istruttoria del provvedimento annullato in sede giurisdizionale.

Il Collegio deve, infatti, rilevare come essa non sia applicabile *ratione temporis* al caso di specie. **Il primo provvedimento di rigetto annullato dalla richiamata sentenza n. 6984 del 2020 di questo T.A.R., invero, è risalente al 2019, ossia ad un momento antecedente all'entrata in vigore della novella normativa in questione, alla quale non può essere riconosciuta alcuna portata retroattiva.** Da questo punto di vista, dunque, l'odierno provvedimento gravato non può dirsi lesivo delle disposizioni contenute nel nuovo art. 10-*bis* della legge generale sul procedimento amministrativo.

Tar Lazio, sent. 4 agosto 2021, n. 9220

35. Deve altresì rilevare il Collegio che trova applicazione alla fattispecie, ai fini della riedizione dell'attività amministrativa, il divieto di addurre per la prima volta *“motivi ostativi già emergenti dall'istruttoria del provvedimento annullato”* di cui all'art. 10 bis della l. 241/90, come modificato dall'art. 12, comma 1, lettera e), del D.L. 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla Legge 11 settembre 2020, n. 120, applicabile alla fattispecie in quanto la relativa previsione disciplina gli effetti propri della sentenza di annullamento del diniego provvedimento (e dunque regola l'esecuzione di tutte le pronunce intervenute dopo l'entrata in vigore della novella legislativa).

35.1. Ne deriva che non potranno essere opposti alla parte istante motivi ostativi all'accoglimento della istanza fondati su circostanze di fatto o di diritto già esistenti o comunque percepibili al momento della originaria istruttoria e non rilevati.

Tar Lazio, sent. 10 luglio 2021, n. 8217 e Tar Lazio, sent. 9 luglio 2021, n. 8186

Dal tenore letterale della novella normativa de qua, invero, si evince come **all'Amministrazione sia precluso, nella riedizione del potere in conseguenza di un precedente annullamento giurisdizionale, di poter adottare un nuovo provvedimento di rigetto sulla base di motivi già emergenti dall'istruttoria originaria.** In altri termini, nell'esercizio del suo potere la p.a. è tenuta, al termine dell'istruttoria, a pronunciarsi sull'istanza una volta per tutte, comunicando all'interessato tutte le ragioni ostative all'accoglimento, consentendogli così l'instaurazione di un contraddittorio endoprocedimentale, garantito dallo strumento del preavviso di rigetto, ed una successiva, eventuale reazione processuale avverso una determinazione amministrativa compiuta ed esaustiva, considerando che nella sua motivazione dovrà essere dato conto anche delle ragioni per cui le eventuali osservazioni presentate dal privato in conseguenza della comunicazione del preavviso di rigetto non siano state ritenute meritevoli di pregio. Una sequenza procedimentale così strutturata persegue lo scopo di consentire al g.a. di esplicare appieno le sue funzioni di giudice del rapporto piuttosto che del mero atto, valorizzando la connotazione soggettiva del moderno processo amministrativo.

Tar del Lazio, sent. 12 marzo 2021, n. 3055

Deve altresì rilevare il Collegio che trova applicazione alla fattispecie, ai fini del riesame, il divieto di addurre per la prima volta “motivi ostativi già emergenti dall'istruttoria del provvedimento annullato” di cui all’art. 10 bis della l. 241/90, come modificato dall’art. 12, comma 1, lettera e), del D.L. 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla Legge 11 settembre 2020, n. 120, applicabile alla fattispecie in quanto la relativa previsione disciplina gli effetti propri della sentenza di annullamento del diniego provvedimento (e dunque regola l'esecuzione di tutte le pronunce intervenute dopo l’entrata in vigore della novella legislativa).

Ne deriva che non potranno essere opposti alla parte istante motivi ostativi all’accoglimento della domanda di permesso di costruire fondati su circostanze di fatto o di diritto già esistenti o comunque percepibili al momento della originaria istruttoria e non rilevati.

Resta ferma l’inopponibilità di sopravvenienze normative, urbanistiche o di piano, medio tempore verificatesi.

Cons. St., sent. 4 gennaio 2021, n. 40

La regola obbliga l'Amministrazione procedente ad esplicitare sin dall'adozione del primo provvedimento sfavorevole tutti gli elementi ostativi emergenti dall'istruttoria compiuta, potendo il secondo diniego, adottato in sede di riesercizio del potere, essere motivato **soltanto sulla scorta di elementi fino ad allora non emersi nel corso dell'istruttoria e non di elementi noti e non esplicitati.**

Tar Lazio, sent. 14 giugno 2021, n. 07116

19. Tenuto conto dell'attività già espletata dall'ente e delle tutele assicurate dall'ordinamento al ricorrente, il Collegio non valuta di provvedere in via immediata alla nomina del commissario ad acta ex art. 34 c.p.a., fermo restando l'obbligo per l'amministrazione di osservanza dei vincoli giudiziali scaturenti dalla presente pronuncia, nonché di quelli legali, inclusa la doverosa applicazione delle previsioni dell'art. 10 bis nella formulazione vigente dalla data di entrata in vigore del d. l. 74 del 2020.

19.1 Tale disposizione, infatti, nel sancire, ai fini del procedimento su istanze di parte, il divieto di addurre per la prima volta, nel riesame conseguente all'annullamento del diniego, *“motivi ostativi già emergenti dall'istruttoria del provvedimento annullato”*, **sottende ad esigenze di speditezza che incidono - ampliandoli - sugli ordinari effetti preclusivi del giudicato amministrativo di annullamento.**

Consiglio di Stato, sent. 27 aprile 2021, n. 3385

Nei procedimenti ad istanza di parte, la definizione positiva (e non parentetica) del conflitto sarà peraltro agevolata dalla nuova regola di preclusione procedimentale di cui all'art. 10-bis, della legge 241 del 1990 (come novellato 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), secondo cui: «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».

Tale precetto [...] impone alla pubblica amministrazione di esaminare l'affare nella sua interezza già nella fase del procedimento (e non solo nel processo, come la giurisprudenza già riteneva in alcune ipotesi: cfr. Consiglio di Stato, sentenza n. 1321 del 2019), sollevando, una volta per tutte le questioni ritenute rilevanti, dopo di ciò non potendo tornare a decidere sfavorevolmente neppure in relazione ai profili non ancora esaminati [...].

Cons. St., sent. 2 febbraio 2021, n. 946

[...] La norma menzionata, invero, recepisce le istanze tese ad evitare lo stato di incertezza in ordine alla spettanza - o meno - del 'bene della vita', a fronte dei casi in cui, a seguito di un giudicato pure favorevole, permangano spazi di riesercizio del potere dell'Amministrazione.

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).

(segue)

Tale principio va ovviamente integrato da quello che richiede che l'Amministrazione nella rinnovazione del procedimento e nella riedizione del potere attraverso l'emanazione del nuovo provvedimento, a seguito dell'annullamento giurisdizionale, tenga conto della portata conformativa della sentenza, rispettando i limiti nascenti dalla statuizione concreta del giudice e, cioè, la regola di diritto affermata dalla sentenza destinata a regolare o comunque a delimitare la futura attività dell'amministrazione (sul punto, da ultimo, Cons. Stato Sez. VI, 11 marzo 2020, n. 1738).

Orbene, alla luce di siffatti principi, può affermarsi 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.

(segue)

Da ciò discende l'ulteriore corollario concernente l'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.

Tale obbligo, pertanto, non si estende ai tratti liberi dell'azione amministrativa lasciati impregiudicati dallo stesso giudicato e, in primo luogo, sui poteri non esercitati e fondati su presupposti fattuali e normativi diversi e successivi rispetto a quest'ultimo; nella contrapposizione fra naturale dinamicità dell'azione amministrativa nel tempo ed effettività della tutela, un punto di equilibrio è stato, pertanto, rinvenuto **nel principio generale per cui l'esecuzione del giudicato può trovare limiti solo nelle sopravvenienze di fatto e diritto antecedenti alla notificazione della sentenza divenuta irrevocabile.**

UN BILANCIO CONCLUSIVO. ERA NECESSARIA QUESTA RIFORMA?

Il principio di preclusione del dedotto e del deducibile non è utilmente invocabile quale espediente per ampliare i confini di estensione dell'area coperta dalla forza del giudicato amministrativo.

Esso, viceversa, si limita a indicare che non è ammesso al giudice di un futuro processo disconoscere o diminuire il bene riconosciuto nel precedente giudizio: di conseguenza, quando tale bene è rappresentato dalla sola possibilità di vedere realizzato il risultato sperato, l'effetto di giudicato non è in grado di assicurare al ricorrente risultato vincitore nel giudizio di cognizione il conseguimento di un provvedimento favorevole.

(Consiglio di Stato , sez. VI , sent. 25 febbraio 2019 , n. 1321)



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
FIRENZE
DSG
DIPARTIMENTO DI
SCIENZE GIURIDICHE



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
FIRENZE
DISEI
DIPARTIMENTO DI
SCIENZE PER L'ECONOMIA
E L'IMPRESA

--- CON LA COLLABORAZIONE DI ---



CORSO DI PERFEZIONAMENTO *POST-LAUREAM* IN
DIRITTO DELLO SPORT

15 OTTOBRE 2021 – 29 NOVEMBRE 2021
CAMPUS DELLE SCIENZE SOCIALI

EDIZIONE TELEMATICA 2021

DIRETTORI DEL CORSO
PROF.SSA ANNA CARLA NAZZARO
PROF. VINCENZO PUTORTI

RESPONSABILE DELLA DIDATTICA
AVV. FEDERICO ORSO

--- CON IL PATROCINIO DI ---



**INAUGURAZIONE DEL CORSO DI PERFEZIONAMENTO *POST-LAUREAM* IN
DIRITTO DELLO SPORT**
VENERDÌ 15 OTTOBRE 2021 | 14:00 – 18:30

**LA QUESTIONE ORDINAMENTALE,
LA GIURIDIFICAZIONE DEL FENOMENO SPORTIVO
E LA COSTITUZIONALIZZAZIONE DEL DIRITTO ALLO SPORT**

COORDINA E INTRODUCE
PROF. LEONARDO FERRARA
UNIVERSITÀ DI FIRENZE

INAUGURA IL CORSO E APRE IL DIBATTITO
GIOVANNI MALAGÒ
PRESIDENTE DEL CONI

SEGUE TAVOLA ROTONDA CON LA PARTECIPAZIONE DI
PROF. ANDREA SIMONCINI
DIRETTORE DEL DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE UNIVERSITÀ DI FIRENZE

PROF. FILIPPO DONATI
UNIVERSITÀ DI FIRENZE

PROF. GIUSEPPE CAIA
ALMA MATER STUDIORUM UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

PROF. GIUSEPPE MANFREDI
UNIVERSITÀ CATTOLICA DEL SACRO CUORE

CONS. DARIO SIMEOLI
GIÀ CAPO DEL SETTORE LEGISLATIVO DEL MINISTRO PER LO SPORT

L'evento inaugurale è riservato agli iscritti al Corso. Vi può partecipare gratuitamente tutto il personale dell'Ateneo.

DIREZIONE SCIENTIFICA DEL CORSO
PROF.SSA ANNA CARLA NAZZARO
PROF. VINCENZO PUTORTI
AVV. FEDERICO ORSO



Grazie
per l'attenzione

avv. Federico Orso

prof. a c. di diritto amministrativo Università di Firenze
federico.orso@unifi.it - tel. 338.7327541