

# L'ESAURIBILITÀ DEL POTERE COME PRESUPPOSTO DI ESAUSTIVITÀ DELL'AZIONE AMMINISTRATIVA

di NICCOLÒ PECCHIOLI

SOMMARIO: 1. Premessa: della necessità di imbrigliare l'ontologica tendenza all'inesauribilità del potere amministrativo. - 2. L'attributo di esauribilità del potere amministrativo quale necessario contrappasso alla sua attitudine coercitiva. - 3. Esauribilità del potere e principio di esaustività dell'azione amministrativa. - 4. L'esauribilità quale connotato comune, caratterizzante e necessario del potere amministrativo in tutte le sue forme. - 5. La necessità di una verifica sul campo circa la natura effettivamente esauribile del potere amministrativo. - 6. Il potere di riesame. - 7. Giudicato di annullamento dell'atto amministrativo e sopravvivenza del potere. - 8. Sulle sorti del potere dopo la scadenza del termine previsto per il suo esercizio. - 9. Conclusioni.

## ***1. Premessa: della necessità di imbrigliare l'ontologica tendenza all'inesauribilità del potere amministrativo***

Predicare l'esauribilità del potere significa fargli violenza, anche se molto spesso si tratta di una violenza necessaria.

Il potere, infatti, tende per sua natura all'inesauribilità e ciò vale tanto sul piano temporale, perché il potere rifugge dai termini della sua pretesa scadenza e cerca di perpetuarsi all'infinito o comunque quanto più possibile; nonché sul piano ontologico, atteso che il potere tende sempre a riproporre se stesso, secondo una logica di autorigenerazione che lo induce a resistere in ogni modo alla consunzione derivante dal suo avvenuto esercizio<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> "Il potere cerca sempre di sfuggire al diritto ... al di là dei confini del diritto, c'è il mistero del potere, la forza del potere": così significativamente V. CERULLI IRELLI, *Verso nuovi assetti del potere amministrativo e della tutela delle situazioni protette?*, in *PA Persona e Amministrazione. Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia*, 2021, n. 2, 517. Vero e proprio manifesto del concetto di inesauribilità del potere si ritrova nelle parole di Santi Romano, ove scriveva che "la natura di ogni potere deve determinarsi considerandolo in sé e per sé, nella sua unità, nella efficienza di cui è suscettibile, e non soltanto nelle infinite accidentalità del suo esercizio, anche perché è ovvio che il potere sussiste pieno e integro

Cosicché, il fatto che nella recente dottrina amministrativistica<sup>2</sup> si stia facendo strada il dibattito sulla sopravvivenza ad oggi del primigenio assunto circa l'inesauribilità del potere amministrativo è indice di un motivo di tensione e forse anche di torsione del concetto, che impone molta cautela nell'analisi giuridica del fenomeno.

Anzitutto è pienamente condivisibile l'affermazione di chi invita a liberarsi dal pregiudizio concettuale dell'inesauribilità del potere che nasce dalla sua qualificazione come entità astratta, congenere alla capacità di agire e come tale accordato in via preventiva e non con riferimento a singoli atti: è vero invece, o comunque condivisibile che il potere si definisce esclusivamente in rapporto alle norme che ne regolano l'esercizio<sup>3</sup>.

Parimenti, non sembrerebbe neppure possibile fondare una teoria dell'inesauribilità del potere amministrativo assumendone la necessità in rapporto all'esigenza di cura dell'interesse pubblico, sul presupposto che questa deve avvenire senza soluzione di continuità, in ogni tempo e nonostante le inerzie o gli errori dell'amministrazione<sup>4</sup>.

---

*pure nella eventualità che non abbia occasione di esercitarsi"* (così S. ROMANO, *Poteri. Potestà*, in ID., *Frammenti di un dizionario giuridico*, 1947, rist. Milano, 1983, 180). Almeno in parte su questa stessa linea di ragionamento sembra innestarsi il pensiero di E. Cannada Bartoli, secondo cui il potere come situazione dinamica, "energia giuridica" contrapposta al diritto quale situazione statica, "non si risolve in tanti poteri diversi e distinti, quanti i casi in cui si esplica e si fa valere, ma rimane sempre il medesimo; la sua natura deve essere determinata in sé e per sé, nella efficienza di cui è capace, prescindendo dalle indefinite accidentalità del suo esercizio" (così E. CANNADA BARTOLI, *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Milano, 1950, 94).

<sup>2</sup> Sul punto, il contributo più ampio ed articolato, delle cui suggestioni risente certamente anche il presente studio, si deve a M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018; da rammentare anche i lavori di A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo, I, Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento*, Giappichelli, Torino, 2020; M.A. SANDULLI, *Silenzio assenso e termine a provvedere. Esiste ancora l'inesauribilità del potere amministrativo?*, in *Il processo - Rivista giuridica quadrimestrale*, 2022, n. 1; P. CARPENTIERI, *Silenzio assenso e termine a provvedere, anche con riferimento all'autorizzazione paesaggistica. Esiste ancora l'inesauribilità del potere amministrativo?*, in *Riv. Giur. Edilizia*, 2022, n. 2, 77 s.s.; M. D'ANGELOSANTE, *Discorrendo su inesauribilità e consumazione del potere amministrativo a partire da un recente studio*, in *Dir. Pubbl.*, 2019, 3, 831 s.s.

<sup>3</sup> In tal senso si condivide l'opinione di M. TRIMARCHI, *op. cit.*, 164.

<sup>4</sup> V. ad es. A. POLICE, *Dai silenzi significativi ai poteri sostitutivi. Una nuova dimensione per il dovere di provvedere della P.A.*, in A. RALLO - A. SCOGNAMIGLIO (a cura di), *I rimedi contro la cattiva amministrazione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, 34, ove si legge che "la inesauribilità del potere pubblico è strettamente connaturata alla funzione amministrativa ed alla sua preordinazione al perseguimento degli interessi della collettività". In giurisprudenza, è ricorrente l'affermazione, ripetuta ancora recentemente, secondo cui "vige nel nostro ordinamento il «principio, fermo in giurisprudenza (cfr., per tutti, Cons. St., VI, 9 febbraio 2010 n. 633; IV, 4 giugno 2014 n. 2856; id., 6 ottobre 2014 n. 4987)», di continuità dell'azione amministrativa, che implica una tendenziale inesauribilità del potere attribuito al soggetto pubblico (Cons. Stato, sez. VI, 8 ottobre 2019, n.6881)" (così Cons. Stato, Sez. VI, 2 dicembre 2022 n. 10590).

Invero, anzitutto sul piano metodologico, non appare corretto che una siffatta esigenza, ancorché ovviamente molto avvertita a livello sociale, integri il presupposto costitutivo di un concetto, in difetto di una preventiva ricognizione dei criteri per attribuirgli rilevanza giuridica alla luce dei valori dell'ordinamento; in secondo luogo, vale considerare che la necessità di predicare l'inesauribilità del potere amministrativo come condizione per assicurare la conformità dell'azione amministrativa all'interesse pubblico, esprime una logica collettivistica della prevalenza dell'interesse delle istituzioni su quello dell'individuo che potrebbe essere contraddetta, probabilmente con uguale – se non superiore - dignità giuridica, da una visione di impronta individualistica, volta a non accettare aprioristicamente che le ragioni del singolo debbano essere comunque posposte a quelle della collettività.

Ed è questo stesso motivo che impedisce di ravvisare il fondamento della inesauribilità del potere amministrativo nei principi costituzionali dell'imparzialità e del buon andamento, perché se da un lato è vero che essi consentono di teorizzare che l'esercizio del potere debba tendere sempre e comunque alla massimizzazione dell'interesse pubblico, dall'altro lato la protezione delle libertà individuali, che pure trovano copertura nella Costituzione, reclama la stabilità delle decisioni amministrative e la certezza dei tempi per l'adozione di eventuali poteri inibitori dell'attività privata. Quindi vi sono esigenze confliggenti ma di pari dignità sul piano costituzionale rispetto a quelle della miglior cura dell'interesse pubblico cui è sottesa la teorica dell'inesauribilità del potere, talché quest'ultima non può trovare un supporto realmente decisivo nei suddetti principi costituzionali<sup>5</sup>.

Tanto chiarito resta però innegabile che, nonostante la sua naturale attitudine espansiva ed autoconservativa nel tempo e nello spazio, il potere dovrebbe essere costretto all'esauribilità, giacché un potere inesauribile è un potere entropico o tendenzialmente tirannico: e così, un potere amministrativo la cui inesauribilità fosse il postulato per la miglior cura dell'interesse pubblico, sarebbe un potere che inevitabilmente

---

<sup>5</sup> M. TRIMARCHI, *op. cit.*, 170-176.

incarnerebbe la tirannia dell'interesse pubblico sull'individuo e sulle formazioni sociali<sup>6</sup>.

## ***2. L'attributo di esauribilità del potere amministrativo quale necessario contrappasso alla sua attitudine coercitiva***

**2.1** Invero, con specifico riguardo al potere amministrativo quale oggetto della nostra riflessione, il carattere di esauribilità, cioè il fatto che l'avvenuto esercizio ne determini la consunzione, è coesenziale alla sua peculiare capacità di incidere anche in senso peggiorativo nella sfera soggettiva di chi ne è destinatario, senza alcuna necessità che quest'ultimo presti il proprio consenso, ed anzi, potendo senz'altro prescindere da esso.

Di talché l'esauribilità esiste ed è un connotato tipico del potere amministrativo, fondamentalmente perché costituisce il naturale contrappasso rispetto alla attitudine strutturalmente coercitiva di questo tipo di potere.

Vediamo meglio la ragione di queste affermazioni.

**2.2** Poco sopra si è detto che l'inesauribilità del potere amministrativo non trova fondamento nei principi e nelle norme costituzionali; per contro, l'esauribilità del potere, cioè il suo venir meno per effetto dell'esercizio che ne sia stato fatto, affonda le proprie radici nella generale libertà, originaria e quindi pre-costituzionale dell'individuo, di autodeterminarsi secondo un concetto di autonomia privata, disponendo modifiche eventualmente anche *in peius* della propria sfera soggettiva. Ne è prova l'istituto della c.d. rinuncia abdicativa, quale recentemente definito dalla giurisprudenza amministrativa come quel negozio giuridico attraverso cui il titolare volontariamente esclude un diritto dal suo patrimonio, senza che ciò comporti – come

---

<sup>6</sup> Pur non condividendo, ed anzi contestando la visione unicamente totalizzante del potere che ne discende e che potrebbe portare - se assolutizzata - ad escludere che il potere, debitamente controllato, sia una dimensione implicita e necessaria di ogni organizzazione sociale, tornano in mente le parole di Pompeo Biondi: "*Se si nega la presupposizione della libertà, si nega il concetto del potere giusto e si torna alla pura negatività del potere che, nella negazione "a priori" dell' "alter", nega "a priori" l' "ego". Cosicché il proprio dell'esperienza del potere, determinato dalla sua giustificazione, è la libertà in sé e per sé. Nel riconoscimento dell'autonomia, originale esistenza dell' "alter" il potere cerca e trova il suo esistere ed insieme la sua negazione*" (così P. BIONDI, *Studi sul potere*, Giuffrè, Milano, 1965, 8).

conseguenza diretta e immediata – un trasferimento del diritto in capo ad altri, né automatica estinzione dello stesso<sup>7</sup>.

La ormai riconosciuta esperibilità del suddetto negozio abdicativo nel contesto del diritto di proprietà, dei diritti reali, della materia successoria, con l'unico limite della natura disponibile della situazione giuridica che ne costituisce oggetto e della meritevolezza dell'interesse perseguito in riferimento all'art. 1322 cod. civ., denota con assoluta evidenza come l'ordinamento giuridico possa dirsi percorso ed anzi connotato dal c.d. principio consensualistico, enunciato dall'art. 1376 cod. civ., in ragione del quale il singolo non può veder pregiudicata o comunque conculcata la propria sfera soggettiva se non col suo consenso<sup>8</sup>.

**2.3** Di talché il potere amministrativo, inteso quale capacità giuridica speciale che si affianca alla capacità generale di diritto comune e che permette alla pubblica amministrazione di perseguire il pubblico interesse anche attraverso la produzione di

---

<sup>7</sup> Questa la definizione di rinuncia abdicativa che si legge nella pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 2/2020: *“un negozio giuridico unilaterale, non recettizio, con il quale un soggetto, il rinunciante, nell'esercizio di una facoltà, dismette, abdica, perde una situazione giuridica di cui è titolare, rectius esclude un diritto dal suo patrimonio, senza che ciò comporti trasferimento del diritto in capo ad altro soggetto, né automatica estinzione dello stesso. Gli ulteriori effetti, estintivi o modificativi del rapporto, che possono anche incidere sui terzi, sono, infatti, solo conseguenze riflesse del negozio rinunziativo, non direttamente ricollegabili all'intento negoziale e non correlate al contenuto causale dell'atto, tant'è che la rinuncia abdicativa si differenzia dalla rinuncia cd. traslativa proprio per la mancanza del carattere traslativo-derivativo dell'acquisto e per la mancanza di natura contrattuale, con la conseguenza che l'effetto in capo al terzo si produce ipso iure, a prescindere dalla volontà del rinunciante, quale mero effetto di legge. Per il suo perfezionamento non è, pertanto, richiesto l'intervento o l'espressa accettazione del terzo né che lo stesso debba esserne notiziato”*.

<sup>8</sup> Il principio consensualistico, altrimenti detto effetto traslativo del consenso, come specificato nel testo è enunciato dall'art. 1376 cod. civ., il quale recita: *«Nei contratti che hanno per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa determinata, la costituzione o il trasferimento di un diritto reale ovvero il trasferimento di un altro diritto, la proprietà o il diritto si trasmettono e si acquistano per effetto del consenso delle parti legittimamente manifestato»*. Con tale disposizione il legislatore ha così sancito la regola secondo cui la proprietà o il diritto si acquistano per effetto del consenso delle parti manifestato legittimamente (e cioè secondo i modi e i tempi stabiliti dalla legge). Nel nostro ordinamento quindi, a differenza di altri, non è necessaria la consegna del bene o il rispetto di altra formalità per il passaggio della proprietà. Inoltre, si rileva come la norma richiami il trasferimento del diritto di proprietà, di costituzione o trasferimento di un diritto reale nonché del trasferimento di un altro diritto, tra cui deve quindi annoverarsi anche il diritto di credito. Occorre infine aggiungere che l'efficacia traslativa del consenso può riguardare anche gli atti negoziali unilaterali (in virtù del rinvio recettizio di cui all'art. 1324 cod. civ.). La rinuncia ad un diritto reale (es: all'usufrutto) produce pertanto effetti immediati, non avendo bisogno di essere in alcun modo accettata ovvero in altro modo recepita da colui che indirettamente se ne giova (il nudo proprietario che vede espandersi il proprio diritto). In materia, v. per tutti P. M. VECCHI, *Il principio consensualistico – Radici storiche e realtà applicativa*, Giappichelli, Torino, 1999; C.M. BIANCA, *Il principio del consenso traslativo*, in *Diritto privato, Il trasferimento di proprietà*, 1995; G. VETTORI, *Consenso traslativo e circolazione dei beni – Analisi di un principio*, Giuffrè, Milano, 1995; R. SACCO, *Circolazione giuridica* (voce) in *Enc. dir.*, VII, Giuffrè, Milano, 1962; G. GORLA, *L'atto di disposizione dei diritti*, Perugia, Tipografia Guerriero Guerra, 1936.

effetti autoritativi<sup>9</sup>, nel momento in cui viene esercitato e calato nel singolo caso concreto, intercetta una deroga eccezionale e di stretta interpretazione ed applicazione al suddetto principio cardine, nel senso che il potere amministrativo è sì in grado di incidere *in peius* sulla sfera soggettiva dei suoi destinatari, indipendentemente dal loro consenso, ma ciò può avvenire in un'ottica giustappunto solo eccezionalmente derogatoria rispetto al principio consensualistico e quindi *una sola volta*: esercitato il potere e prodottisi i correlati effetti autoritativi, quel potere è da ritenersi consumato. Questo avviene perché, come insegnava un Maestro del recente passato<sup>10</sup>, la Costituzione afferma il primato dell'individuo nei rapporti con il potere e con i gruppi: sia sotto l'aspetto statico o difensivo, laddove afferma la garanzia dei diritti inviolabili (art. 2); sia sotto l'aspetto dinamico, laddove indica le dimensioni e i contesti nei quali la personalità trova sviluppo (le formazioni sociali, l'organizzazione politica, economica e sociale del paese, art. 3). Cosicché, il primato dell'individuo rispetto al potere pubblico e alle formazioni sociali implica non solo che esso sia soggetto all'autorità (pubblica e privata) soltanto nei limiti in cui ciò sia ammesso dalla Costituzione e previsto dalla legge, ma anche e soprattutto una primazia logica e assiologica dell'individuo stesso rispetto alle formazioni sociali e quindi alla collettività, in quanto queste ultime sono da intendersi prioritariamente come i luoghi di sviluppo della sua personalità.

**2.4** In tale prospettiva, più che mai oggi, che abbiamo raggiunto la consapevolezza che l'interesse legittimo esprime la pretesa sostanziale ad un bene della vita, che la pubblica Amministrazione risponde dei danni che produce quando agisce illegittimamente o

---

<sup>9</sup> E' questa la celebre impostazione di V. CERULLI IRELLI, *L'Amministrazione "costituzionalizzata" e il diritto pubblico della proprietà e dell'impresa*, Giappichelli, Torino, 2019, 77 s.s e 115 s.s.; ID., *Diritto amministrativo e diritto comune: principi e problemi*, in *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, I, Cedam, Padova, 1998, 560 s.s.

<sup>10</sup> Il riferimento è ovviamente a A. ORSI BATTAGLINI, «L'astratta e infeconda idea» - *Disavventure dell'individuo nella cultura giuspubblicistica (a proposito di tre libri di storia del pensiero giuridico)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XVII, 1988, 599, spec. 607. Sulla stessa linea di pensiero, G. CORSO, *La costituzione italiana negli studi di diritto amministrativo*, in *Riv. dir. cost.*, 1999, 140 ss., nonché M. CLARICH, *Stato, gruppi intermedi e individuo*, in *Dir. pubbl.*, 2016, supplemento, 133 ss. Per contro, si rifà ad una diversa lettura del rapporto individuo, formazioni sociali, Stato, invertendone l'ordine e quindi accedendo a concezioni statalistiche sulla scorta della giuspubblicistica tedesca (Gerber, Jellinek, Laband) e italiana (Persico, Orlando, Santi Romano, Ranelletti), M. DOGLIANI, *Le ragioni della discontinuità tra la cultura giuspubblicistica pre e post costituzionale*, in AA.VV., *La necessaria discontinuità. Immagini del diritto pubblico*, Il Mulino, Bologna, 1990, 111.

anche solo per il ritardo con cui pone in essere i propri atti, che risulta costituzionalizzato il principio di sussidiarietà orizzontale, per cui l'esercizio di pubbliche funzioni o comunque di attività di interesse generale non è più appannaggio del soggetto pubblico, che la pubblica amministrazione, quantomeno nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato, che i rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati alla collaborazione e alla buona fede, secondo un generale canone di correttezza, che fa risuonare come ancor più vera l'affermazione secondo cui nella Costituzione non è rintracciabile alcuno specifico fondamento dei principi di supremazia della pubblica amministrazione e dell'autorità dei suoi atti, *“e come dunque sia del tutto inammissibile l'operazione di costituire tali principi anche soltanto come polo dialettico opposto a libertà”*<sup>11</sup>.

**2.5** Pertanto, da un lato, appare inevitabile riconoscere che il singolo è sottoposto al potere amministrativo ed ai suoi effetti autoritativi, non foss'altro perché si tratta di una situazione di soggezione direttamente deducibile dalla legge, con la conseguenza che la «necessità» su cui l'esercizio del potere amministrativo ed i suoi correlati effetti autoritativi si fondano, risulta incorporata e subordinata al principio di legalità.

**2.6** Ma dall'altro lato, la posizione di preminenza che l'individuo vanta *secundum Constitutionem* rispetto alle formazioni sociali ed allo Stato impone di considerare come questo assoggettamento abbia comunque natura eccezionale, tenuto conto del principio consensualistico che informa l'intero ordinamento giuridico e che per ciò solo

---

<sup>11</sup> A. ORSI BATTAGLINI, *op. cit.*, 612. A tal riguardo, vengono alla mente le illuminate considerazioni svolte di recente dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, ove si legge che *“Nel disegno costituzionale, che pone al centro l'individuo (art. 2 Cost.), l'attenzione si sposta dal perseguimento dell'utilità sociale alla tutela della persona e delle sue libertà. In particolare, come la giurisprudenza civile ha in più occasioni avuto modo di evidenziare, il dovere di correttezza (nella sue proteiformi manifestazioni concrete) è, nella maggior parte dei casi, strumentale alla tutela della libertà di autodeterminazione negoziale, cioè di quel diritto (espressione a sua volta del principio costituzionale che tutela la libertà di iniziativa economica) di autodeterminarsi liberamente nelle proprie scelte negoziali, senza subire interferenza illecite derivante da condotte di terzi connotate da slealtà e scorrettezza”*. Tale dovere, a giudizio dell'Adunanza Plenaria, è da intendersi in senso ampio, stante appunto la sua *“valenza costituzionale”*, che ne impone il rispetto in ogni *“situazione relazionale qualificata”*, vieppiù quando all'interno di essa sia coinvolta la pubblica amministrazione, posto che *“da chi esercita una funzione amministrativa, costituzionalmente sottoposta ai principi di imparzialità e di buon andamento (art. 97 Cost.), il cittadino si aspetta uno sforzo maggiore, in termini di correttezza, lealtà, protezione e tutela dell'affidamento, rispetto a quello che si attenderebbe dal quisque de populo”* (Cosi' Cons. Stato, Ad. Plen., 4 maggio 2018 n. 5).

giustifica l'asserzione per cui quel potere si consuma, dopo che ne sia stato fatto esercizio; inoltre, se è vero come è vero che la soggezione dell'individuo al potere amministrativo si correla al principio di legalità, resta comunque da verificare in che modo e misura i caratteri autoritativi dell'agire amministrativo possano essere ritenuti compatibili con i principi costituzionali<sup>12</sup>.

2.7 Sotto quest'ultimo profilo, si ritiene dunque che l'attitudine eccezionalmente derogatoria del potere amministrativo rispetto al principio ordinamentale secondo cui un pregiudizio alla sfera soggettiva del privato può essere determinato solo col suo consenso, sia giustificabile e quindi suscettibile di legittimazione sul piano costituzionale, in particolare con riferimento agli articoli 2 e 3 della Costituzione, solo caricando ogni singolo episodio di esercizio del potere amministrativo della presunzione *iuris tantum* che esso esprima la miglior scelta possibile, fra le tante teoricamente ipotizzabili, per la cura in concreto del pubblico interesse cui è preordinata l'attribuzione all'Amministrazione procedente di quel potere.

Altrimenti detto, occorre assumere che l'atto amministrativo che estrinseca il singolo episodio di esercizio del potere rappresenti a giudizio dell'Amministrazione procedente la determinazione migliore possibile, tenuto conto delle circostanze di tempo e di luogo rilevanti, per addivenire alla cura concreta di quel pubblico interesse in vista del quale la legge ha previsto l'attribuzione del potere. Cioè deve trattarsi della scelta che meglio e più di ogni altra risulta idonea ad assicurare il perseguimento del risultato richiesto all'azione amministrativa nello specifico e circoscritto contesto in cui si è verificato l'esercizio del potere.

E naturalmente questo vale sia sul piano per così dire formale, riferito alla necessità di un adeguato e compiuto acclaramento dei fatti, di una corretta e completa attività istruttoria e di una esaustiva indicazione di tutte le ragioni che hanno indotto l'Amministrazione procedente ad assumere, in luogo di ogni altra pur possibile, proprio quella determinazione che ha costituito oggetto dell'atto amministrativo in cui si è

---

<sup>12</sup> Ancora A. ORSI BATTAGLINI, *op. cit.*, 602.

estrinsecato il concreto episodio di esercizio del potere; sia sul piano sostanziale, del “merito” amministrativo, nel senso che la scelta finale adottata deve essere - e può essere - solo quella ritenuta più appropriata in vista della miglior cura in concreto del pubblico interesse.

**2.8** Di conseguenza, assumendo che l’agire amministrativo debba connotarsi per questa presunzione *iuris tantum*, da far assurgere a criterio prioritario per l’esercizio del potere discrezionale e per l’individuazione della regola del caso concreto, appare ragionevolmente possibile dare attuazione al principio costituzionale del buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità in linea col chiaro ed ovvio interesse della collettività a poter contare su un’azione amministrativa corretta, trasparente, tempestiva ed idonea al perseguimento degli obiettivi pubblici cui è preposta.

Ma una siffatta connotazione dell’agire amministrativo è funzionale in misura perfino prevalente, stante la ritenuta primazia dell’individuo sulla collettività, a nutrire e legittimare la piena fiducia dei soggetti sottoposti all’esercizio del potere circa il fatto che questo sia avvenuto in modo non solo legittimo, ma anche e soprattutto utile al perseguimento del miglior risultato possibile in punto di cura concreta sia del pubblico interesse, sia degli interessi privati che con questo interagiscono<sup>13</sup>.

### ***3. Esauribilità del potere e principio di esaustività dell’azione amministrativa***

**3.1** La combinazione e la sovrapposizione tra perseguimento del miglior risultato ed esistenza di uno stato di legittima fiducia nei consociati sul fatto che tale miglior

---

<sup>13</sup> Si ricordano a questo proposito le parole dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 5 del 2018 (v. *supra* nota 11), ove sottolinea come l’esercizio della funzione amministrativa, in quanto costituzionalmente sottoposto ai principi di imparzialità e di buon andamento (art. 97 Cost.), legittimi il privato che ne sia destinatario ad attendersi un di più dalla P.A. in termini di correttezza, lealtà, protezione e tutela dell’affidamento rispetto a quanto sia lecito aspettarsi dal *quisque de populo*. Ed evidentemente non è un caso che l’ordinamento stia andando effettivamente verso questa direzione, tenuto conto che, come noto, gli artt. 1 e 2 del D.Lgs. 31 marzo 2023 n. 36, recante il nuovo Codice dei contratti pubblici, introducono rispettivamente proprio il principio del “risultato” e quello della “fiducia”, da leggersi in relazione biunivoca, visto che ai sensi dell’art. 2, comma 2 del D.Lgs. n. 36/2023 cit., “*Il principio della fiducia favorisce e valorizza l’iniziativa e l’autonomia decisionale dei funzionari pubblici, con particolare riferimento alle valutazioni e alle scelte per l’acquisizione e l’esecuzione delle prestazioni secondo il principio del risultato*”.

risultato sia stato raggiunto o sia comunque raggiungibile, concorrono dunque simbioticamente a definire non tanto (o soltanto) un obiettivo, quanto piuttosto un tratto originario ed identitario del potere amministrativo, alla luce di un principio che potremmo definire di “esaustività” dell’azione amministrativa<sup>14</sup>.

Esaustività dell’azione amministrativa nel senso che il potere è da ritenersi giuridicamente assistito dalla presunzione (relativa) che il suo esercizio avvenga correttamente, nonché, dopo aver vagliato tutte le possibili alternative, perseguendo e realizzando la soluzione che meglio di ogni altra assicura la massima tutela del pubblico interesse coinvolto, senza lasciare lacune, spazi vuoti, incertezze od

---

<sup>14</sup> Principio discendente ovviamente da quello sovraordinato e presupposto del buon andamento ex art. 97 Cost., ma che rinvia la propria consacrazione nel disposto dell’art. 1 comma 2 *bis* della L. 241/1990, introdotto dall’art. 12 comma 1, lett. 0a) del D.L. n. 76/2020 conv. con modific. in L. 120/2020 (c.d. Decreto Semplificazioni), ove stabilisce che “*i rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede*”. La rilevanza di quest’ultima disposizione si appunta sulla valenza bilaterale del richiamo alla collaborazione e alla buona fede, che ovviamente debbono essere sia quelle dell’Amministrazione nei confronti dell’amministrato, sia quelle dell’amministrato nei confronti dell’Amministrazione; e ciò, tanto nei procedimenti ad avvio d’ufficio, quanto in quelli ad istanza di parte. In tale contesto, l’esaustività dell’azione amministrativa, nel suo essere funzionale alla esigenza della miglior tutela possibile del pubblico interesse, è certamente espressione del buon andamento, ma da intendersi compreso, valorizzato ed integrato nella logica di un ampio e proficuo contraddittorio con il privato che risulti coinvolto dal singolo episodio di esercizio del potere. Cosicché la completezza ed adeguatezza dell’istruttoria quali presupposti indefettibili di un provvedimento finale capace di esprimere veramente la miglior scelta di tutela del pubblico interesse, assurgono ad esito virtuoso ed obbligato di un comportamento che la suddetta disposizione richiede essere vicendevolmente corretto e *quam maxime* collaborativo tra le contrapposte parti del procedimento. Si tratta di un esito non solo virtuoso ma appunto anche obbligato, perché là dove il legislatore ha codificato collaborazione e buona fede come canoni di comportamento all’interno del rapporto amministrativo, ha reso l’interlocuzione con il privato idonea a circoscrivere il margine di apprezzamento discrezionale dell’Amministrazione, fino al punto di esaurirne il potere: basti pensare alla regola del c.d. *one shot* procedimentale, introdotto nel 2020 sempre dal Decreto Semplificazioni, integrando il disposto dell’art. 10 *bis* della L. 241/1990, ove si afferma che a fronte di un primo atto di diniego dell’istanza del privato che abbia fatto seguito al sub procedimento di inoltro e valutazione delle osservazioni conseguenti alla notifica del preavviso di rigetto, l’Amministrazione può adottare un nuovo atto di diniego solo a fronte di motivi ostativi che non emergano dall’attività istruttoria espletata in occasione della prima determinazione negativa: deve cioè trattarsi di situazioni sopravvenute, come tali non sottoposte ad alcun precedente vaglio da parte dell’autorità amministrativa (e del privato in sede di redazione delle proprie osservazioni). Sulla rilevanza del contraddittorio procedimentale, che disvela la vera natura ed essenza intima del procedimento amministrativo, sono state spese parole profondamente condivisibili che vale la pena riportare: “*La concreta articolazione del procedimento amministrativo tocca, in modo immediato e profondo, la (le) libertà dei cittadini, da un lato, e l’assetto dei poteri pubblici, dall’altro. Di talché, il procedimento travalica i confini del tema tecnico-giuridico ed assume un’elevata valenza costituzionale perché coesistente alla dialettica autorità/libertà, immanente in ogni rapporto pubblicistico. [...] Individuare la matrice del procedimento amministrativo nell’inesauribile e sempre rinnovantesi incontro tra autorità e libertà, tra governanti e governati, non significa, però, necessariamente delineare un conflitto tra i due termini del rapporto, quanto piuttosto indicare tra i medesimi una simbiosi, ove il procedimento, per mutuare un’espressione coniata da Massimo Severo Giannini con riguardo all’atto amministrativo, non è solo esercizio di autorità, ma è anche misura di tale autorità e dell’altrui libertà e, per ciò stesso, garanzia della libertà di ciascuno nel rapporto regolato con il “potere” e con l’altro da sé. In un gioco di specchi, nell’autorità che si estrinseca nel procedimento amministrativo vive riflessa la libertà degli amministrati e, specularmente, in quest’ultima si riflette il quantum di potere pubblico esercitato. Per questa via il procedimento si svela come strumento principe di convivenza sociale e politica*” (così L. BUFFONI, *Il rango costituzionale del “giusto procedimento” e l’archetipo del “processo”*, in *Forum di Quaderni Costituzionali* - 2(2008), pp. 1-43).

ambiguità; cosicché, a fronte di tale connotato non meramente operativo bensì costitutivo del potere, al cospetto del quale l'assetto degli interessi rilevanti nella singola fattispecie, pubblici e privati che siano, è *naturaliter* destinato a dischiudersi, rivelarsi e poi comporsi in ordinata sintesi, si giustifica sul piano costituzionale che si producano effetti autoritativi e che, ove occorra, da essi possano promanare anche modifiche *in peius* della sfera soggettiva dell'individuo che ne sia destinatario, pur in difetto del suo consenso.

**3.2** Peraltro questa stessa presunzione, oltre a rendere il potere amministrativo compatibile con lo statuto costituzionale di tutela dell'individuo, vale anche a delinearne il carattere di esauribilità: il potere si consuma dopo che ne sia stato fatto esercizio perché, assumendo che sia stato attivato per curare *quam maxime* ed in modo corretto il pubblico interesse, esso ha assolto la sua funzione e non ha più motivo di persistere; e non ha più motivo di persistere perché, come si diceva in apertura, in un ordinamento connotato dal principio consensualistico, la consumazione del potere amministrativo già esercitato costituisce il giuridico contrappasso alla sua attitudine necessariamente coercitiva. Il che risulta subito ed intuitivamente riferibile proprio al caso dei poteri il cui esercizio produca effetti autoritativi, per la ragione che la loro spendita mette a rischio il mantenimento in capo al privato che ne sia destinatario di un bene della vita già in suo possesso: cioè i poteri ablatori, quelli sanzionatori ed in generale tutti quei poteri che conseguono ad avvii di ufficio dei relativi procedimenti, cui corrisponda la titolarità di un interesse legittimo di natura oppositiva in capo al soggetto amministrato.

**3.3** Eppervero le predette considerazioni si attagliano anche ai poteri di natura accrescitiva, il cui esercizio sia necessario al soggetto amministrato ai fini di conseguire un bene della vita cui aspira e che può arridergli solo in caso di accoglimento della domanda all'uopo presentata dinanzi all'amministrazione: si tratta dei procedimenti ad istanza di parte, nell'ambito dei quali il potere non può ovviamente essere inteso alla stregua di una deroga eccezionale al principio consensualistico, atteso che in questo caso si tratta di ampliare e non di pregiudicare la sfera giuridica del

soggetto amministrato. Quando, cioè, l'esercizio del potere è funzionale al conseguimento di un bene della vita, lo statuto costituzionale di tutela dell'individuo, da cui discende la sua posizione di preminenza assiologica nel rapporto con la P.A., impone di considerare il problema dell'esauribilità del potere in negativo e quindi non con riferimento all'atto di accoglimento dell'istanza, che come tale è pienamente soddisfacente della pretesa nonché destinato a consumare il potere anche a fronte di un eventuale ripensamento dell'amministrazione in via di autotutela, come meglio vedremo nel prosieguo del presente studio, bensì rispetto alla sopravvenienza di un atto di diniego. Quest'ultimo, infatti, frustra l'aspirazione al bene della vita e chiama perciò in causa il tema della tutela del soggetto amministrato con riferimento ad una prospettazione del potere amministrativo che, in quanto asseritamente inesauribile, consenta all'amministrazione di reiterare potenzialmente senza limiti quell'atto di diniego, ove annullato in sede giurisdizionale.

**3.4** Su tale aspetto assume un significato che a giudizio di chi scrive può considerarsi dirimente l'attuale disposto dell'art. 10 *bis* della L. n. 241 del 1990, come novellato dall'art. 12 del D.L. n. 76/2020, ove prevede che a fronte dell'annullamento in giudizio di un atto di diniego, *“nell'esercitare nuovamente il suo potere l'Amministrazione non può addurre per la prima volta motivi ostativi già emergenti dall'istruttoria del provvedimento annullato”*.

La nuova disposizione è importante perché, pur senza incorrere nella “ingenua”<sup>15</sup> convinzione che possa valere a risolvere tutte le lacune ed ambiguità, viene ad innestarsi, completandolo e razionalizzandolo, nel solco di quella giurisprudenza che, nella ricerca di un punto di equilibrio tra la facoltà di riedizione del potere di amministrazione attiva dopo un giudicato di annullamento e la portata cogente del giudicato con i suoi effetti conformativi, ha definito il principio del c.d. *one shot* temperato, in ragione del quale si ritiene dovere della pubblica amministrazione, dopo

---

<sup>15</sup> *“Sarebbe troppo ottimistico (diciamo pure ingenuo) ritenere che l'accoglimento positivo della preclusione procedimentale abbia risolto ogni problema”* (così L. FERRARA, *La preclusione procedimentale dopo la novella del preavviso di diniego: alla ricerca di un modello di rapporto e di giustizia*, in *Dir. Amm.*, 2021, 3, 575).

un primo annullamento giurisdizionale di un atto di diniego, riesaminare una seconda volta l'affare nella sua interezza, sollevando tutte le questioni rilevanti, con definitiva preclusione (per l'avvenire, e, in sostanza, per una terza volta) della possibilità di tornare a decidere sfavorevolmente per il privato<sup>16</sup>.

Invero detto principio è stato oggetto di pesanti critiche in dottrina, che ne ha finanche contestato il fondamento giuridico, non potendosi spiegare perché il primo annullamento precluda soltanto la riedizione del vizio, mentre il secondo, estendendosi sino al deducibile, dovrebbe poter inibire il riesercizio del potere amministrativo<sup>17</sup>.

**3.5** Resta però il fatto che l'intervento compiuto dal legislatore del 2020 sull'art. 10 *bis*, ove andando oltre i termini dello *one shot* temperato, sembra aver codificato il c.d. *one shot* secco o procedimentale, ha almeno in parte razionalizzato il sistema, perché ha sancito che l'Amministrazione reca con sé un obbligo di valutazione dell'intera fattispecie, in una logica di completezza dell'istruttoria - e di quella che più sopra si è definita esaustività dell'azione amministrativa - fin dal primo episodio di esercizio del potere, tanto che dopo l'annullamento giurisdizionale del primo diniego, l'adozione di un secondo diniego si appalesa possibile solo a fronte di fatti sopravvenuti, che come tali non potevano emergere dall'attività istruttoria già in precedenza compiuta.

---

<sup>16</sup> Cfr. in tal senso Cons. Stato sez. VI, 4 maggio 2022, n.3480; Id., sez. V, 8 gennaio 2019, n. 144; Id., sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1321; Id., sez. III, 14 febbraio 2017, n. 660. In particolare, si legge in Cons. Stato, sez. VI, n. 1321/2019 cit. che tale rimedio *“appare in grado di contemperare la regola per cui il processo amministrativo non può attribuire un bene della vita prima di una determinazione della pubblica amministrazione, con l'esigenza di assicurare, sin dove possibile, una tutela piena anche all'interesse pretensivo (per il quale la pronuncia di annullamento raramente si presenta autonomamente satisfattiva), tenuto conto delle specificità correlate al sindacato sul potere pubblico. È compito precipuo della giustizia amministrativa approntare i mezzi che consentono di ridurre la distanza che spesso si annida tra l'efficacia delle regole e l'effettività delle tutele. La tutela piena, del resto, risponde anche ad un obiettivo di efficienza complessiva del sistema, dal momento che lo sviluppo economico e sociale del Paese passa anche attraverso una risposta rapida e “conclusiva” delle ragioni di contrasto tra le Amministrazioni ed i cittadini. Alla luce delle svolte considerazioni, deve ritenersi che, nella vicenda in esame, l'ambito di discrezionalità tecnica rimessa all'Amministrazione si sia progressivamente ridotto sino a “svuotarsi” del tutto”*.

<sup>17</sup> L. FERRARA, *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna al facere*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 622.

In altri termini, il legislatore del 2020 ha anticipato l'operatività della preclusione sostanziale alla reiterazione del potere, nel senso che il primo episodio di esercizio dello stesso è stato reso astrattamente idoneo a sancirne l'esaurimento<sup>18</sup>.

#### ***4. L'esauribilità quale connotato comune, caratterizzante e necessario del potere amministrativo in tutte le sue forme***

**4.1** Si profila dunque nell'ordinamento un connotato di necessaria esauribilità del potere amministrativo che ha origini, cause e riferimenti normativi in parte differenziati a seconda che si tratti di potere con effetti autoritativi promanante da procedimenti ad avvio d'ufficio, ovvero di potere con effetti accrescitivi della sfera soggettiva del privato, promanante invece da procedimenti ad istanza di parte.

Le due fattispecie sono peraltro accomunate da fondamentali tratti comuni e caratterizzanti, rinvenibili anzitutto nel - per forza di cose unico ed inscindibile - statuto costituzionale di tutela dell'individuo, che vale a sancire la sua posizione di assiologica preminenza nel rapporto amministrativo; di poi nella necessità che l'Amministrazione, nell'esercizio del potere, quale che sia l'attitudine di esso, operi secondo il principio di esaustività dell'azione amministrativa, cioè esaurendo la valutazione degli elementi discrezionali del caso concreto; il che può avvenire solo quando tutti detti elementi vengono presi in considerazione, nel duplice senso che la decisione finale deve essere idonea a chiudere la fattispecie, non risultando alcun margine ulteriore di valutazione, e che la scelta di tutela in concreto del pubblico interesse tradotta nel provvedimento finale deve risultare, a giudizio (sindacabile) dell'amministrazione, la migliore possibile in quelle date circostanze di tempo, di luogo, di fatto e di diritto.

---

<sup>18</sup> Secondo la relazione di accompagnamento della novella dell'art. 10 bis, la disposizione "è finalizzata a evitare che l'annullamento conseguente al mancato accoglimento delle osservazioni del privato a seguito della predetta comunicazione dia luogo a plurime reiterazioni dello stesso esito sfavorevole con motivazioni sempre diverse, tutte ostative, parcellizzando anche il processo amministrativo", specificando che "in sostanza si vuole cercare di ricondurre a un'unica impugnazione giurisdizionale l'intera vicenda sostanziale evitando che la parte sia costretta a proporre tanti ricorsi quante sono le ragioni del diniego, perché non comunicate tutte nel medesimo atto".

Tutto ciò certamente in ragione ed applicazione del valore costituzionale del buon andamento, nonché dei canoni oggi positivizzati di collaborazione e buona fede siccome posti a presidio del suddetto rapporto amministrativo, ma anche e non meno del fatto che il potere amministrativo si esaurisce comunque col suo avvenuto esercizio e quindi deve essere speso correttamente e completamente.

**4.2** Vale infatti ancora ricordare come il potere produttivo di effetti autoritativi sia esercitabile solo in stretta deroga al principio consensualistico, con la conseguenza che la sua esauribilità dopo il primo episodio di esercizio costituisce il naturale contrappeso all'attitudine strutturalmente coercitiva che gli è propria, mentre il potere con effetti accrescitivi della sfera soggettiva del destinatario si esaurisce ovviamente con l'adozione del provvedimento ampliativo richiesto, ma anche col diniego di esso, come oggi previsto dall'art. 10 *bis* novellato della L. 241 del 1990, non solo per far salvi gli effetti conformativi del giudicato, ma anche e soprattutto per evitare la rarefazione in capo al soggetto amministrato dell'attesa del bene della vita.

Di talché, in fin dei conti, lo statuto costituzionale di tutela dell'individuo, quale che sia l'attitudine del potere - limitativa o accrescitiva - nella singola fattispecie del suo esercizio, da un lato impone a quel potere uno specifico connotato di esauribilità, dall'altro lato scolpisce una relazione circolare e necessitata tra esauribilità del potere stesso ed esaustività dell'azione amministrativa.

### ***5. La necessità di una verifica sul campo circa la natura effettivamente esauribile del potere amministrativo***

Naturalmente, però, tutte queste affermazioni sul carattere necessariamente esauribile del potere amministrativo debbono essere messe a confronto, sì da verificarne l'attendibilità e la resistenza, con quelle situazioni in cui, secondo il tradizionale orientamento interpretativo, il predetto potere mostrerebbe invece – e con particolare evidenza - il suo carattere di inconsumabilità.

Vi sarebbero infatti tre sedi privilegiate in cui il potere amministrativo darebbe prova della sua naturale attitudine a fluire senza limiti temporali, ed esattamente si tratterebbe i) dell'attività di riesame del potere già esercitato (nell'ambito cioè dell'autotutela); ii) dell'azione amministrativa successiva al giudicato di annullamento dell'atto amministrativo; iii) della possibilità di dare corso al potere a prescindere dall'eventuale scadenza del termine normativamente previsto per il suo esercizio.

In sostanza, occorre soffermarsi ad analizzare se queste tre fattispecie effettivamente rappresentino altrettanti – ed appunto privilegiati - ambiti di esplicazione di un potere capace di disvelare una sua prevalente e qualificante natura autoconservativa, o piuttosto se una più attenta lettura del fenomeno imponga di concludere che quell'impressione di ininterrotto fluire del potere rappresenti in realtà solo una fallace apparenza, stante che, come si diceva sopra, il potere amministrativo deve ritenersi connotato, per il vero, da un necessitato carattere di esauribilità.

## **6. Il potere di riesame**

**6.1** *“C'è un potere potenzialmente inesauribile, che sopravvive all'atto che ne costituisce esercizio; c'è un atto che ne costituisce esercizio; c'è un ulteriore atto di esercizio di esso, che può spiegarsi in direzione antitetica a quella dell'atto precedente (annullamento, revoca), o in direzione parzialmente difforme (riforma), o nella stessa direzione [...] (convalida)”*<sup>19</sup>. L'atto di riesame costituisce esplicazione dello stesso potere esplicato con l'atto di primo grado in quanto l'interesse pubblico concreto richiesto per gli atti di conferma, convalida, annullamento e revoca non è altro che *“la causa del potere di cui l'autorità è istituzionalmente investita”*, ossia il medesimo interesse cui l'autorità è preposta; *“e se identico è l'interesse nei due momenti, identico sarà il potere amministrativo esplicato, che nell'interesse da perseguire si individua”*<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> G. CORSO, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1969, 336.

<sup>20</sup> Sono sempre le parole di G. CORSO, *op. ult. cit.*, 337, riportate da M. TRIMARCHI, *op. cit.*, 14.

In altri termini, il potere di riesame sarebbe tipicamente indicativo della inesauribilità del potere di provvedere, ed in tal senso risulterebbe a sua volta espressione dell'esercizio della funzione e non di una facoltà autonoma e distinta; il potere è unico, nell'azione del provvedere e nel ritiro dell'atto adottato nell'esercizio di quell'azione, entrambi i momenti risultando caratterizzati ed accomunati dallo scopo unificante ed onnicomprensivo del perseguimento del pubblico interesse.

**6.2** V'è da chiedersi però se questa lettura, invero assai diffusa in dottrina, sia realmente (ancora) corretta ed (ancora) attuale, anche alla luce del diritto positivo vigente.

Cioè, si vuole dire che, a ben vedere, gli argomenti per sostenere invece l'autonomia del potere di ritiro dal potere di provvedere ci sarebbero e sarebbero altresì molti e convincenti.

**6.3** Si consideri, in primo luogo, che gli atti di ritiro producono effetti giuridici loro propri, consistenti nella rimozione del provvedimento di primo grado o dei suoi effetti, che non trovano corrispondenza nei poteri amministrativi ordinari. In secondo luogo, la decisione di secondo grado a sua volta è soggetta a presupposti specifici, sconosciuti alla disciplina dei poteri di primo grado: l'invalidità o l'inopportunità di un provvedimento precedente.

Vi è poi da osservare che la decisione di secondo grado è sempre ad iniziativa officiosa, pur potendo ricadere su provvedimenti rilasciati ad istanza di parte. Inoltre la decisione di secondo grado, se non altro perché l'amministrazione deve bilanciare l'interesse alla rimozione dell'atto con la posizione dei controinteressati, è ordinariamente espressione di potere discrezionale, salvo i casi limitati in cui è previsto l'annullamento doveroso, mentre la decisione di primo grado cui si riferisce può essere indifferentemente espressione di potere discrezionale ovvero vincolato.

Siamo dunque di fronte a differenze di regime giuridico che mal si conciliano con la considerazione per cui il provvedimento e l'atto di secondo grado sarebbero espressione dello stesso potere inesauribile.

**6.4** A ciò si aggiunge, come si accennava, il dato ineludibile del diritto positivo promanante dalla L. 241/1990: come ben si sa, l'annullamento d'ufficio non può essere pronunciato in relazione a provvedimenti affetti da vizi formali o procedurali che, ai sensi dell'art. 21-*octies*, comma 2, non abbiano inciso sul contenuto della decisione; ai sensi dell'art. 21 *nonies*, l'annullamento dei provvedimenti “*di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici*” (anche se formati tramite silenzio assenso) può essere disposto soltanto entro il termine massimo di dodici mesi dalla loro adozione, fermo restando che l'annullamento può essere illegittimo per violazione del termine ragionevole anche se pronunciato in un momento precedente; alla luce dell'art. 21 *quinquies*, la revoca per rivalutazione dell'interesse pubblico originario non può essere disposta in relazione ai provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici; mentre la revoca per mutamento della situazione di fatto può essere pronunciata solo ove tale mutamento fosse imprevedibile al momento dell'adozione del provvedimento; ai sensi dell'art. 21 *quater*, la sospensione non può comunque essere disposta o perdurare oltre i termini per l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio.

Si tratta dunque di limiti che incidono profondamente sui presupposti degli atti di riesame, non solo per assicurare maggiore stabilità al provvedimento di primo grado, ma anche per tutelare l'affidamento del privato, la certezza dei rapporti giuridici anche a tutela dei diritti individuali, nel senso che il provvedimento risulta in ultima analisi idoneo ad acquistare un potenziale carattere di irretrattabilità, indipendente dalla comparazione degli interessi, sulla base di una valutazione generale ed astratta del legislatore, che, decorso un predeterminato periodo di tempo, impone una dinamica recessiva al potere di riesame o addirittura esclude che esso possa essere validamente esercitato.

**6.5** Se dunque non pare proprio esistere una concezione normativa del potere di riesame come possibilità genericamente attribuita ed esercitabile in capo alla pubblica amministrazione, la quale anzi risulta destinata a muoversi entro presupposti di esercizio stringenti e fortemente predeterminati che inducono a connotare tale potere

in termini di tipicità<sup>21</sup>, è assai arduo classificare l'autotutela come espressione di un unico ed onnicomprensivo potere inesauribile, giacché se il potere esercitato fosse sempre lo stesso non vi sarebbe ragione di richiedere per gli atti di riesame un autonomo e specifico fondamento normativo.

## ***7. Giudicato di annullamento dell'atto amministrativo e sopravvivenza del potere***

**7.1** Come è ben noto, secondo la prospettazione tradizionale, il giudicato di annullamento dell'atto amministrativo non preclude il ri-esercizio del potere, nel senso che l'Amministrazione, dopo l'annullamento giurisdizionale del provvedimento impugnato, torna a disporre del rapporto controverso, essendo legittimata ad adottare un nuovo provvedimento. Quest'ultimo dovrà sì risultare emendato dal vizio precedentemente riscontrato (talché in particolare, quando si tratta di un vizio sostanziale, dovranno essere adottati nuovi fatti costitutivi a sostegno della determinazione da ri-assumere) ma potrà presentare il medesimo contenuto dispositivo dell'atto precedente, con la conseguenza che il ricorrente vittorioso, pur a fronte della intervenuta rimozione del provvedimento viziato, rischia di vedersi comunque sfuggire la soddisfazione del suo interesse finale.

Uniche eccezioni a questo possibile esito sono quelle in cui il giudicato di annullamento è suscettibile di produrre un effetto conformativo pieno, il che avviene ad es. quando la sentenza accerta l'insussistenza di un presupposto di fatto (dichiarazione di pubblica utilità valida ed efficace) che la legge considera essenziale ai fini della legittimità del provvedimento; ovvero, nell'ambito dei poteri accrescitivi di carattere vincolato, quando il ricorrente ottiene la condanna dell'amministrazione ad adottare il provvedimento richiesto (azione di adempimento).

---

<sup>21</sup> È emblematica in tal senso l'impostazione di Cons. Stato, ad. plen., 17 ottobre 2017, n. 8, la quale, dopo aver rilevato che il legislatore non ha previsto "una speciale disciplina in tema di presupposti e condizioni per l'adozione dell'annullamento ex officio di titoli edilizi", esclude che nella fattispecie possano trovare applicazione regole diverse da quelle previste in via generale dall'art. 21-nonies, l. n. 241/1990. In dottrina, per la tesi della tipicità degli atti di riesame v. per tutti D. SORACE - C. MARZUOLI, *Concessioni amministrative*, in *Dig. disc. pubbl.*, III, Torino, 1989, 293 s.s, spec. 296.

Fuori di queste ipotesi, come si diceva sopra, la riedizione del potere, nella misura in cui è suscettibile di avvenire negli spazi spesso ampi lasciati liberi dall'effetto conformativo del giudicato, non è necessariamente soddisfattiva per il privato, che niente esclude possa vedersi negato una seconda volta il bene della vita.

7.2 Si pone dunque dinanzi all'interprete una doppia opzione interpretativa, cioè o ritenere che il potere sopravviva all'annullamento giurisdizionale dell'atto amministrativo (anche a fronte di una situazione di fatto rimasta immutata), in ossequio ad una regola che rinverrebbe il proprio fondamento non (più) nel diritto positivo<sup>22</sup>, ma in un carattere intrinseco del potere, cioè appunto nella sua inesauribilità; oppure assumere che per effetto del giudicato venga a determinarsi una preclusione di carattere sostanziale che non consente alla amministrazione di mantenere nella propria disponibilità il rapporto già deciso, sul presupposto che il potere amministrativo non possa essere esercitato più di una volta sulla stessa fattispecie relazionale.

7.3 Orbene, la prima opzione interpretativa a giudizio di chi scrive non può essere seguita, per la piana ragione che l'annullamento giurisdizionale comporta la rimozione con effetto retroattivo dell'atto impugnato<sup>23</sup>, talché non solo quest'ultimo, ma anche il correlato esercizio del potere che in quell'atto si è estrinsecato debbono considerarsi *tamquam non essent*. In altri termini, il postulato della retroattività dell'annullamento giurisdizionale dell'atto è a ben vedere proprio l'esauribilità del potere, la cui

---

<sup>22</sup> E' noto infatti che in passato l'art. 26, legge 6 dicembre 1971, n. 1034 (legge T.A.R.) e l'art. 45, r.d. 26 giugno 1924, n. 1054 (T.U. Cons. Stato) prevedevano rispettivamente che l'annullamento per motivi di incompetenza comportasse la rimessione dell'affare all'autorità competente e che l'annullamento per tutti gli altri motivi facesse salvi "gli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa". Soprattutto quest'ultima previsione si riferiva alla facoltà dell'amministrazione di emanare un atto analogo a quello annullato, senza che dovesse essere intervenuto un mutamento dei presupposti di fatto (sul punto, v. per tutti V. SIMI, *Il significato della salvezza degli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa*, in AA.VV., *Atti del convegno sull'adempimento del giudicato amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1962, 87 ss.). Per contro, con l'entrata in vigore del codice del processo amministrativo (D.Lgs. 104/2010) entrambe le disposizioni sono state abrogate senza essere sostituite da disposizioni di contenuto analogo o comunque sovrapponibile.

<sup>23</sup> Secondo un noto quanto risalente e radicato insegnamento: v. sul punto G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, 1947, 238, ove si legge che "l'annullamento ha carattere costitutivo, perché fa cessare i rapporti in atto e in via di svolgimento; quanto alla sua efficacia, tuttavia, avendo causa in vizi contemporanei alla formazione dell'atto, esso retroagisce al momento di tale formazione: l'atto viene posto nel nulla fin dalla sua origine e gli effetti da esso prodotti devono essere eliminati o riparati"; F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, rist. a cura di Miele, Padova, 1960, 596; M.S. GIANNINI, *Sulla ripristinazione conseguente all'annullamento di un atto estintivo del rapporto di pubblico impiego* (1942), in ID., *Scritti di Massimo Severo Giannini*, Milano, 2002, II, 463; E. CANNADA BARTOLI, *Annulabilità e annullamento*, (dir. amm.), in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, 396, secondo cui l'annullamento priva l'atto di rilevanza giuridica.

riedizione non integrerebbe un potere già esercitato, ed ipoteticamente sopravvissuto al suo esercizio, ma un potere che, appunto alla luce della retroattività dell'annullamento, sul piano della realtà giuridica dovrebbe considerarsi come mai in precedenza esercitato. E – si badi bene - anche laddove il sopravvenuto annullamento rimuova, oltre che il provvedimento, solo una parte - ragionevolmente quella finale – del procedimento a monte, dovrebbe comunque considerarsi venuto meno quel singolo episodio di esercizio del potere, il quale si connota come tale non per la più o meno ampia attività endoprocedimentale che l'ha preceduto (e che in questo senso rimane indifferente), ma per la sua avvenuta esternazione nel provvedimento finale poi giudizialmente annullato.

**7.4** La seconda opzione interpretativa è invece più vicina alla corretta impostazione del problema, ma necessita di talune precisazioni.

Come si è detto in precedenza, il necessario contrappasso dell'attitudine del potere a produrre effetti autoritativi in grado come tali di determinare modifiche pregiudizievoli della sfera soggettiva dei suoi destinatari, anche senza il loro consenso, è che il potere stesso sia esercitabile *una tantum*, nel rispetto del principio di esaustività dell'azione amministrativa.

Altrimenti detto, perché il potere amministrativo possa essere considerato compatibile con lo statuto costituzionale di tutela dell'individuo, occorre che sia giuridicamente assistito dalla presunzione (relativa) che il suo esercizio avvenga correttamente, nonché, dopo aver vagliato tutte le possibili alternative, perseguendo e realizzando la soluzione che meglio di ogni altra assicura la massima tutela del pubblico interesse coinvolto, senza lasciare spazio a mancanze, lacune ed incertezze; cosicché, a fronte di tale connotato costitutivo del potere, se sul piano costituzionale si può giustificare l'attitudine a produrre gli anzidetti effetti autoritativi, sul piano operativo si comprende che ad esso non può che ascriversi un intrinseco carattere di esauribilità: il potere si consuma dopo che ne sia stato fatto esercizio, semplicemente per avvenuto esaurimento della sua funzione e cioè perché all'esito del singolo episodio di esercizio del potere

deve essersi formata una determinazione che a giudizio dell'Amministrazione precedente rappresenta, fra le varie ipotizzabili, il *non plus ultra*, cioè la migliore e formalmente più corretta modalità di cura del pubblico interesse.

Quindi se il potere esercitato una volta è un potere che ha *naturaliter* esaurito la sua funzione, l'annullamento giurisdizionale dell'atto viziato, il quale evidentemente interviene quando l'Amministrazione precedente si è sbagliata nel ritenere che la determinazione assunta fosse corretta o comunque la migliore possibile rispetto alla specifica esigenza di cura del pubblico interesse, non riapre la possibilità di una riedizione del potere se non con riferimento a fatti ed elementi sopravvenuti o comunque non rientranti nell'ambito di operatività degli effetti preclusivi o conformativi del giudicato.

**7.5** Conclusione che si avvicina ed anzi financo si sovrappone a quella tipizzata dall'art. 10 *bis* novellato della L. 241 del 1990 già più sopra ricordato: qui si fa riferimento ad un potere che nasce con la finalità di attribuire e non di sottrarre un bene della vita, per cui il carattere di esauribilità del potere, oggi espresso nel principio del c.d. *one shot*, già di origine pretoria, risponde all'esigenza di tutelare il soggetto amministrato dal rischio di subire una frustrante, ininterrotta successione di atti di diniego, dal che intuitivamente deriverebbe il decadimento del bene della vita a niente più che ingannevole miraggio.

**7.6** Quindi, in definitiva, non rileva che il potere abbia natura ablatoria, sanzionatoria od invece accrescitiva nei confronti del soggetto amministrato, che derivi da procedimenti ad avvio d'ufficio o ad istanza di parte, che sia destinato a fronteggiare situazioni giuridiche di interesse legittimo oppositivo o pretensivo: una volta esercitato, il potere comunque si esaurisce, conseguendone che all'esito di un giudicato di annullamento del provvedimento illegittimo per vizi sostanziali l'Amministrazione non dovrebbe considerarsi legittimata a recuperare nella propria disponibilità il rapporto già deciso, salvo che in riferimento a fatti sopravvenuti o comunque rimasti

estranei alla precedente istruttoria, proprio perché il potere amministrativo è da ritenere insuscettibile di ripetuto esercizio su una fattispecie già regolata.

7.7 Tutto questo fatto salve, naturalmente, talune specificità del caso concreto.

Si pensi ad es. all'ipotesi di un'istanza avanzata dal privato, soggetta a regime di silenzio assenso, rispetto alla quale intervenga tempestivamente un atto di diniego: in tal caso vale chiedersi se la sopravvenienza del provvedimento abbia effetto interruttivo ovvero solo sospensivo del termine previsto per la formazione del silenzio assenso.

E' chiaro che l'interpretazione più tutelante per l'autore dell'istanza sarebbe quella di ritenere che la pronuncia del diniego abbia effetto sospensivo del predetto termine, giacché in tal caso, ove il diniego sia oggetto di annullamento giurisdizionale, in sede di riedizione del potere l'Amministrazione che volesse reiterare la propria determinazione negativa dovrebbe farlo entro il poco margine temporale non consumato dal primo diniego poi annullato; sarebbe quindi un lasso di tempo presumibilmente molto ridotto, che potrebbe rendere difficile od oltremodo gravoso il ri-provvedere da parte dell'Amministrazione, facilitando in tal modo la formazione del silenzio assenso.

Ed è indubbio che tale interpretazione, oltre ad incrementare la finalità di semplificazione dell'istituto in parola, agevolando la formazione di un provvedimento positivo *per silentium*, gioverebbe agli interessi della parte privata ed eviterebbe o renderebbe molto difficili certi abusi di atti di diniego adottati *in extremis* con l'espressa motivazione che era necessario evitare la formazione del silenzio assenso<sup>24</sup>.

Pur tuttavia il riconoscimento di un effetto non sospensivo bensì interruttivo del termine per la formazione del silenzio assenso, per cui con l'annullamento giurisdizionale del diniego l'Amministrazione verrebbe a disporre di un lasso

---

<sup>24</sup> Si riporta testualmente l'amara constatazione di quanto ciò avvenga, espressa da M.A. SANDULLI, *op. cit.*, 27.

temporale integro per la riedizione del potere, appare più in linea con l'attuale assetto del diritto positivo.

Se infatti si ha riguardo all'ormai più volte citato disposto dell'art. 10 *bis* della L. n. 241 del 1990, non può sfuggire come la previsione che sia possibile reiterare un diniego annullato in via giurisdizionale solo a fronte di elementi ostativi non emergenti dall'istruttoria già compiuta, vada intesa nel senso che l'Amministrazione posta dinanzi a fatti sopravvenuti deve comunque poter essere in grado di svolgere una nuova istruttoria, con i tempi all'uopo necessari e quindi con un lasso temporale antecedente la formazione del silenzio assenso da intendersi ricostituito nella sua durata originaria.

Anche nel suddetto caso, quindi, il giudicato di annullamento del tempestivo atto di diniego imporrebbe la sopravvenienza di fatti e circostanze nuove ai fini di consentire il riesercizio negativo del potere, secondo la regola generale dell'art. 10 *bis*, ma quantomeno il lasso di tempo riconosciuto a tal fine in favore dell'Amministrazione precedente verrebbe preservato nella sua integrità, al riparo da esiti di consumazione.

## ***8. Sulle sorti del potere dopo la scadenza del termine previsto per il suo esercizio***

**8.1** Nessun dubbio può essere ragionevolmente avanzato sul fatto che negli ultimi anni il tema del tempo nell'esercizio dell'attività amministrativa abbia acquisito una importanza sempre più marcata.

Infatti, dopo l'introduzione dell'art. 2, l. n. 241/1990, il legislatore ha dedicato massima attenzione alla tempestività e alla certezza dei tempi dell'azione amministrativa, affiancando al tradizionale rimedio processuale del silenzio-rifiuto (oggi silenzio-inadempimento, disciplinato dagli artt. 31 e 117 c.p.a.) nuove forme di tutela (dell'interesse privato e dell'interesse pubblico) nei confronti dell'inerzia

dell'amministrazione, ed in particolare la risarcibilità o l'indennizzabilità del c.d. danno da ritardo<sup>25</sup>, la previsione dei poteri sostitutivi<sup>26</sup> e la responsabilità dirigenziale<sup>27</sup>.

**8.2** Invero, circa la persistenza del potere dopo il decorso del termine previsto dalla legge per il suo esercizio, esistono chiari ed ineludibili dati di diritto positivo, visto che lo stesso art. 2 bis della L. 241/1990, recando nella intitolazione "*Conseguenze per il ritardo dell'amministrazione nella conclusione del procedimento*", postula nella logica dinamica appunto sottesa al concetto di "ritardo", che la spendita del potere possa avvenire anche oltre il termine; del pari, la previsione stessa subito sopra evocata dei poteri sostitutivi in caso di inerzia presuppone che il provvedimento possa essere adottato "tardivamente", sia pure dall'organo subentrato in sostituzione; ed ancora, nell'ambito del giudizio contro il silenzio-inadempimento, il giudice, ai sensi dell'art. 117 comma 2 del c.p.a., riscontrata l'inerzia, ordina all'amministrazione di provvedere entro il termine da esso determinato.

Quindi, in linea del resto con un consolidato orientamento giurisprudenziale, l'inutile decorso del termine dettato dalla legge per l'esercizio del potere non ne determina l'estinzione.

**8.3** Tuttavia questo non è in contrasto con la nostra convinzione che il potere presenti un carattere di necessaria esauribilità, perché, come rilevato sopra, l'elemento di consunzione del potere risiede unicamente nel suo avvenuto esercizio, senza il quale non possono prodursi quegli effetti autoritativi ovvero il diniego degli effetti ampliativi

---

<sup>25</sup> Ai sensi dell'art. 2-bis, comma 1, l. n. 241/1990, le pubbliche amministrazioni sono tenute al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento. Inoltre, ai sensi del comma 1 bis dello stesso art. 2 bis, se non sussistono i presupposti del risarcimento – e sempre che non operi il silenzio qualificato e si verta nella materia dei concorsi pubblici – colui che ha presentato l'istanza ha comunque diritto ad ottenere un indennizzo per il mero ritardo nell'adozione del provvedimento.

<sup>26</sup> L'inutile decorso del termine di conclusione del procedimento consente al soggetto interessato di chiedere l'esercizio dei poteri sostitutivi da parte del soggetto responsabile appositamente individuato all'interno della amministrazione o, in mancanza, da parte del dirigente generale o del funzionario di più elevato livello presente nella amministrazione (art. 2, commi 9-bis e 9-ter, introdotti dall'art. 1 del decreto legge 9 febbraio 2012, n. 5, conv. in L. 4 aprile 2012 n. 35). Il responsabile del potere sostitutivo, entro un termine pari alla metà di quello originariamente previsto per la conclusione del procedimento, deve adottare il provvedimento servendosi delle strutture competenti o con la nomina di un commissario (v. comma 9-ter del citato art. 2).

<sup>27</sup> L'art. 2, comma 9, l. n. 241/1990, stabilisce che la mancata o tardiva emanazione del provvedimento nei termini costituisce elemento di valutazione della *performance* individuale e di responsabilità disciplinare e amministrativo-contabile del dirigente e del funzionario inadempiente.

della sfera soggettiva del destinatario che l'ordinamento è disposto a tollerare solo ove si dispieghino *una tantum*.

Per contro l'inerzia, intesa come condizione passiva antitetica alla spendita del potere, in linea di principio non ne causa la consumazione, stante che l'ordinamento, prevedendo gli evocati poteri sostitutivi, la responsabilità dirigenziale e le obbligazioni risarcitorie o indennitarie in favore del singolo ed a carico dell'Amministrazione che ritarda l'adozione del provvedimento, è volto a privilegiare una sia pure intempestiva azione di perseguimento del pubblico interesse sull'aprioristica abdicazione ad esso, quale si determinerebbe se il potere si consumasse per effetto ed in conseguenza del semplice decorso del termine dettato per il suo esercizio.

**8.4** Naturalmente però, tutto ciò non esclude che la discrezionalità politica del legislatore possa attribuire un valore giuridico dirimente al fattore tempo: esigenze di certezza del diritto, di tutela dell'affidamento particolarmente qualificato dei soggetti amministrati, di contenimento dei tempi di esposizione dell'incolpato ad un procedimento sanzionatorio o disciplinare, di celerità del procedimento, sovente inducono il legislatore a dettare norme che elevano la tempestività nell'esercizio dell'azione amministrativa a condizione della sua legittimità ovvero a presupposto di efficacia degli atti che ne discendono. Il che – si badi bene – non avviene necessariamente qualificando i termini di adozione del provvedimento come perentori, dovendosi concordare al riguardo con chi rimarca la difficoltà di importare la distinzione civilistica tra termini perentori e termini ordinatori nell'ambito del diritto amministrativo in generale e del procedimento amministrativo in particolare, ove i termini appaiono connotati da una precipua valenza di diritto sostanziale<sup>28</sup>; piuttosto, quando l'atto tardivo non risulti direttamente qualificato in termini di invalidità, dovrà soccorrere un'opera di interpretazione sistematica che colga l'*intentio legislatoris* di dare prevalenza ad interessi confliggenti rispetto a quello della conclusione, pur che sia, del procedimento.

---

<sup>28</sup> V. per tutti M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Giappichelli, Torino, 1995, 20 s.s.

**8.5** E così, guardando alla giurisprudenza, emerge l'ineffettività del termine di dodici mesi per l'annullamento d'ufficio e la sospensione dei provvedimenti attributivi di vantaggi economici (artt. 21-nonies e 21-quater, l. n. 241/1990), nonché dei termini di sessanta/trenta giorni per l'esercizio dei poteri inibitori in relazione alle attività avviate con SCIA (art. 19, commi 3 e 6 bis, l. n. 241/1990), ovvero di dodici mesi per la rimozione dell'attività segnalata quando ricorrono i presupposti prescritti dall'art. 21-nonies per l'annullamento d'ufficio (art. 19, comma 4, l. n. 241/1990)<sup>29</sup>; o ancora, laddove previsti, i termini per la conclusione del procedimento sanzionatorio delle autorità indipendenti, il cui inutile decorso può comportare l'illegittimità della sanzione adottata<sup>30</sup>.

**8.6** Accanto a questi casi vi sono quelli ancora più evidenti, tra l'altro di recente conio, in cui la consumazione del potere che consegue al decorso del termine per il suo esercizio risulta collegata alla qualificazione siccome inefficaci degli atti tardivamente adottati. Ci si riferisce naturalmente al disposto dell'art. 2, comma 8 *bis* della L. 241/1990, introdotto dal Decreto Semplificazioni n. 76/2020, riguardante le determinazioni relative ai provvedimenti, alle autorizzazioni, ai pareri, ai nulla osta e agli atti di assenso comunque denominati, adottate dopo 45, ovvero 90 giorni nelle materie "sensibili", in seno alla conferenza di servizi in forma semplificata ed in modalità asincrona; all'art. 17-bis, commi 1 e 3, in materia di silenzio assenso tra pubbliche amministrazioni, all'art. 20, comma 1, in tema di silenzio assenso verticale nei rapporti tra privato e p.a.; alle determinazioni adottate successivamente all'ultima riunione di cui all'articolo 14-ter, comma 7 in materia di conferenza di servizi simultanea, nonché infine ai provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione degli eventuali effetti, di cui all'articolo 19, commi 3 e 6-bis primo periodo

---

<sup>29</sup> Cfr. Cons. Stato, comm. spec., parere 30 marzo 2016, n. 839, dove si afferma che la verifica dei presupposti richiesti dalla legge per lo svolgimento dell'attività segnalata costituisce un "*potere destinato ad esaurirsi con la mancata adozione degli atti inibitori, repressivi o conformativi entro un certo termine*".

<sup>30</sup> Come noto, la Sesta Sezione del Consiglio di Stato, con la pronuncia n. 584 del 19 gennaio 2021, ha risolto il conflitto giurisprudenziale afferente alla perentorietà o meno dei termini di conclusione di procedimenti sanzionatori di competenza delle Autorità Indipendenti (nel caso di specie si trattava dell'Autorità di regolazione per energia, reti e ambiente-ARERA), affermando che il relativo potere è sottoposto a termini decadenziali, a prescindere da un'espressa previsione legislativa in tal senso.

in tema di SCIA: in tutti questi casi, quando le previste determinazioni risultino assunte dopo la scadenza dei termini ivi previsti, esse sono considerate appunto inefficaci, fermo restando il potere di annullamento d'ufficio, ove ricorrano i presupposti e le condizioni di cui all'art. 21 *nonies* della predetta legge.

8.7 Vale allora porsi una invero fondamentale domanda: cosa ha inteso dire il legislatore quando ha qualificato questi atti tardivi come inefficaci? La questione rileva perché, in disparte un sia pur importante precedente giurisprudenziale che ha considerato “inesistente” un atto di diniego tardivo, pur senza trarne tutte le giuridiche conseguenze<sup>31</sup>, la giurisprudenza formata anteriormente all'inserzione del citato comma 8 *bis* nell'art. 2 della L. 241 del 1990 ha pressoché costantemente inteso il diniego tardivo alla stregua di un atto meramente illegittimo<sup>32</sup>.

Oggi però occorre fare i conti con questa esplicita previsione di inefficacia<sup>33</sup>, che ad avviso di chi scrive deve essere declinata nei termini etimologici di inettitudine dell'atto tardivo a produrre effetti giuridici, conseguendone, in ultima analisi, che siamo di fronte ad un provvedimento affetto da nullità testuale (in quanto l'“inefficacia” non è la mera invalidità<sup>34</sup>), vieppiù assunto in condizioni di difetto assoluto di attribuzione, stante la presupposta scadenza del termine per l'esercizio del

---

<sup>31</sup> Si tratta della sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, 8 aprile 2003 n. 1854, in cui si legge quanto segue: “*l'avvenuta consumazione del potere di provvedere sulla domanda di concessione edilizia, conseguita all'omessa comunicazione di un provvedimento di diniego entro il termine perentorio prescritto, impediva all'Amministrazione di deliberare validamente l'impugnata negazione del titolo .... che deve, quindi, ritenersi illegittimamente disposta in carenza di potere (rectius: inesistente), quando, cioè, ormai si era formato il silenzio assenso ed il Comune aveva irrimediabilmente perduto la potestà di definire il procedimento attivato con l'originaria istanza (già concluso con la costituzione del provvedimento implicito)*”. In realtà, però, pur prospettandosi la fattispecie di un diniego “inesistente” in quanto adottato in carenza di potere, sul piano processuale ne viene comunque disposto l'annullamento, in fin dei conti come si trattasse di un atto meramente illegittimo.

<sup>32</sup> E' la considerazione di M.A. SANDULLI, *Silenzio assenso e termine a provvedere cit.*

<sup>33</sup> Come noto, ragionando in termini di teoria generale, mentre *efficacia* di un atto giuridico (e quindi anche di un atto amministrativo) è un concetto giuridico ben preciso, che indica la sua idoneità a produrre effetti (conseguenze giuridiche), nonché allo stesso tempo, per una sovrapposizione di significati linguistici, il complesso medesimo di tali conseguenze (in dottrina è d'obbligo il rinvio, per tutti, ad A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965; con riferimento invece al concetto di efficacia dell'atto amministrativo, v. ugualmente per tutti, V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, settima ed., Giappichelli, Torino, 2021, 425-440), l'inefficacia non risulta neppure essere una categoria dogmatica a sé stante, ma è configurabile semmai come inettitudine a produrre effetti giuridici *ab origine*, in ragione della nullità dell'atto, ovvero in conseguenza del suo avvenuto annullamento ad opera del giudice.

<sup>34</sup> Ricorda infatti V. CERULLI IRELLI, *op. ult. cit.*, 426, che “*il profilo dell'efficacia è del tutto separato da quello della validità*”.

potere di provvedere: ricorrono quindi almeno due dei presupposti di riconduzione della fattispecie all'art. 21 *septies* della L. n. 241 del 1990<sup>35</sup>.

Naturalmente, è appena il caso di soggiungere che se sul piano formale quello della nullità del diniego tardivo è l'approdo ermeneutico da preferire alla luce del richiamato comma 8 *bis* dell'art. 2 della L. n. 241 del 1990, è tutto da dimostrare (ed è anzi probabilmente da escludere) che la precisazione legislativa circa l'inefficacia di esso valga a garantire maggiore certezza giuridica o quantomeno un effetto deflattivo del contenzioso; è evidente infatti che a fronte di un atto tardivamente emanato di cui sarebbe lecito assumere la nullità e quindi la non lesività data la sua inettitudine a produrre effetti giuridici, non solo si dovrà diffidare dalla possibilità di una sua caducazione automatica<sup>36</sup>, ma si dovrà provvedere alla sua impugnazione, che oltretutto dovrà ragionevolmente avvenire entro il termine di 60 giorni previsto per l'ordinaria fattispecie di annullabilità, nonostante il maggior termine di 180 giorni per far dichiarare la nullità o addirittura l'assenza di termini decadenziali per ottenere l'accertamento circa l'avvenuta formazione del silenzio assenso, stante l'insopprimibile rischio che il giudice adito ritenga l'atto comunque annullabile.

**8.8** Peraltro, sempre per evidenziare la non perspicua formulazione della norma, il richiamo al concetto di inefficacia è con ogni probabilità inidoneo a scoraggiare il terzo interessato ad un riconoscimento di validità dell'atto di diniego, rispetto ad un'azione in giudizio volta a farne valere la materiale esistenza e quindi la rilevanza giuridica (si

---

<sup>35</sup> Già in tali termini G. CORSO, *Silenzio-assenso: il significato costituzionale in Nuove Autonomie*, 2021 n. 1, 16. Sulla stessa linea interpretativa anche M. MACCHIA, *L'inefficacia del provvedimento amministrativo e gli oneri regolatori nel decreto legge "Semplificazioni"*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2020, 3, 173, il quale, muovendo dalla constatazione che «l'inefficacia non risulta essere una categoria dogmatica a sé stante, ma è configurabile come una conseguenza in termini di perdita della capacità di produrre effetti conseguente all'accertamento di una serie di cause di invalidità», precisa come «la tecnica dell'inefficacia nella sua operatività concreta potrebbe rivelarsi più uno strumento di complicazione che di semplificazione. La tecnica da impiegare, invece, potrebbe essere quella della sanzione della nullità»; il che, secondo l'A., «consentirebbe di ragionare anche in termini di caducazione automatica dell'atto, essendo il silenzio provvedimentale e l'atto successivamente adottato stretti da un regime di forte collegamento, nel senso che l'inverarsi del silenzio assenso determina, quale conseguenza necessaria e indefettibile, il travolgimento automatico come nullità derivata senza bisogno di alcuna pronuncia costitutiva del provvedimento tardivamente adottato».

<sup>36</sup> Come teorizzato da M. MACCHIA: v. nota precedente.

pensi al vicino che osteggia la realizzazione della nuova costruzione, che sia stata oggetto di un diniego tardivo di permesso di costruire).

Epperò resta in definitiva confermato che, al di là delle ipotesi in cui il legislatore ovvero la giurisprudenza in via interpretativa hanno ritenuto di attribuire carattere di perentorietà al termine stabilito per l'esercizio del potere, la sua mancata spendita non vale consumazione, talché il potere resta esercitabile anche oltre il tempo all'uopo previsto.

## **9. Conclusioni**

**9.1** Al termine di questo breve e necessariamente parziale percorso di riflessione sulla fenomenologia del potere amministrativo siamo dunque giunti quantomeno a dubitare fortemente, se non con assoluta certezza a smentire, che l'inesauribilità sia un suo carattere intrinseco. Forse è un suo carattere ontologico, ovvero connaturato, posto che, come si diceva in apertura, il potere nelle sue varie manifestazioni è strutturalmente volto alla auto-conservazione ed alla perpetuazione di sé.

Il che si attaglia all'ipotesi ricostruttiva invero propria di molta dottrina, secondo cui il potere è una situazione astratta, una entità congenere alla capacità di agire, quale riflesso della norma che lo ascrive ad un soggetto: secondo tale prospettazione, il potere tende ad essere gioco forza inesauribile perché destinato *naturaliter* a permanere in capo al soggetto titolare, indipendentemente dalle vicende del suo effettivo esercizio e finché la norma attributiva resta in vigore.

Laddove invece, secondo la tesi che si ritiene di condividere, il potere giuridico si definisca in rapporto alle norme che ne regolano l'esercizio, dato che si tratta di una situazione soggettiva comunque conformata dalla legge, la sua essenza deve essere definita guardando alla disciplina degli atti che ne sono espressione.

E' per questo che abbiamo appuntato l'analisi del "problema" circa la natura del potere giuridico, ed in specie del potere amministrativo, sulle tre fattispecie rispetto alle quali

si è tradizionalmente posta la questione della sua asserita inesauribilità, così da verificarne la reale tenuta, vieppiù alla luce dei più recenti dati di diritto positivo.

**9.2** Avviando l'indagine dall'autotutela, si è cercato di dimostrare come essa postuli l'esercizio di poteri giuridici diversi da quelli esplicitati con gli atti di primo grado: diverse sono infatti le condizioni di validità e diversi gli interessi pubblici curati, sebbene gli atti di riesame siano espressione di amministrazione attiva.

Ciò appare *a fortiori* sostenibile tenuto conto delle modifiche legislative intervenute negli ultimi anni in tema di annullamento d'ufficio, revoca e sospensione del provvedimento, là dove la disciplina per essi dettata sembra decisamente confermare l'impossibilità di concepire gli atti di ritiro come mero riesercizio del potere di primo grado. Anzi, alla luce del diritto positivo vigente, sembra oggi decisamente ragionevole sostenere da un lato che i poteri di autotutela vantano un fondamento loro proprio e, dall'altro lato, correlativamente, che, proprio per la specificità del loro fondamento, essi debbono ritenersi diversi ed autonomi dai poteri di cura concreta del pubblico interesse quali si esplicano nell'adozione dei provvedimenti di primo grado.

Dunque il riferimento agli istituti dell'autotutela sembrerebbe legittimare una considerazione del potere amministrativo in termini piuttosto di esauribilità, all'esito della spendita di esso confluyente nell'adozione del provvedimento amministrativo.

Vero è però che questa affermazione, se può costituire un valido punto di partenza per la rimeditazione del "problema" del potere amministrativo, certo non è decisiva ai fini di argomentare che il potere si esaurisce in conseguenza del suo esercizio, non foss'altro perché non si potrebbe comunque escludere che, rimosso il provvedimento, la pubblica amministrazione nel riesercizio del potere giunga fino alla reiterazione (sostanziale) del precedente provvedimento.

**9.3** Nella consapevolezza di questo tale punto problematico, si è ritenuto perciò di proseguire l'indagine spostando l'attenzione sul ben noto fenomeno della riedizione del potere dopo che sia sopravvenuto un giudicato di annullamento del provvedimento amministrativo. La questione è che la sentenza di annullamento, benché ormai sempre

più convintamente intesa come mezzo per la tutela della pretesa sostanziale dedotta in giudizio, per lo più non giunge a definire il rapporto controverso, nel senso che non impedisce il dispiegarsi dopo di essa di un nuovo esercizio di potere, ancorché ciò debba verificarsi senza che siano riprodotti i vizi precedentemente censurati.

In questo contesto è sembrato avere un peso molto rilevante<sup>37</sup>, ancorché forse non troppo considerato in dottrina, che l'entrata in vigore del codice del processo amministrativo sia valsa ad espungere dall'ordinamento le precedenti disposizioni che, dopo il giudizio, rimettevano il rapporto controverso nella disponibilità dell'amministrazione, anche oltre i profili strettamente esecutivi.

Donde l'opportunità di aprirsi ad una logica di pensiero che valorizzi quello che in questo scritto si è definito principio di esauritività dell'azione amministrativa, in ragione del quale, anzitutto alla luce dello statuto costituzionale di tutela dell'individuo, quale soggetto in posizione assiologica di prevalenza nel rapporto amministrativo, e poi del valore costituzionale del buon andamento, nonché dei canoni di collaborazione e buona fede, anch'essi recentemente chiamati dal diritto positivo a qualificare la relazione giuridica tra amministrazione ed amministrato, si è sostenuto che nel corso del procedimento l'amministrazione ha l'onere di individuare a pena di preclusione tutti i fatti costitutivi del potere.

Questa preclusione nasce dalla circostanza che l'attitudine del potere a produrre effetti autoritativi, come tali idonei a determinare coattivamente modifiche pregiudizievoli della sfera soggettiva di chi del potere è destinatario, ha come necessario contrappasso che il potere stesso sia esercitabile *una tantum*, cioè sia – in definitiva – esauribile.

Il che discende dalla necessità di rendere la situazione soggettiva di potere compatibile appunto con lo statuto costituzionale di tutela dell'individuo, nel senso che in un ordinamento giuridico connotato dal principio consensualistico, in tanto si può

---

<sup>37</sup> Parla di circostanza cui attribuire un peso addirittura "decisivo" M. TRIMARCHI, *op. cit.*, 305, là dove si intenda muovere dalla condivisibile premessa teorica e metodologica che "l'inesauribilità del potere deve essere affermata o negata in ragione del diritto positivo, senza poter essere acriticamente desunta da una immaginaria "natura" del potere stesso".

ammettere che dal potere promanino effetti autoritativi, in quanto lo stesso risulti presidiato dalla presunzione (relativa) che il suo esercizio avvenga correttamente, nonché, dopo aver vagliato tutte le possibili alternative, perseguendo e realizzando la soluzione che meglio di ogni altra assicura la massima tutela del pubblico interesse coinvolto (si tratta di quello che si è definito principio di esaustività dell'azione amministrativa).

In altri termini, che il potere debba essere esercitato esaustivamente è quel che ne sancisce la consumabilità, la quale ultima rappresenta a sua volta il “prezzo”, la condizione necessaria e necessitata affinché l'ordinamento possa riconoscere e legittimare il potere alla stregua di una situazione giuridica correlata alla produzione di un effetto autoritativo, come tale eccezionalmente derogatoria rispetto al principio consensualitico.

Di talché, se il potere esercitato una volta è un potere che ha esaurito la sua funzione, l'annullamento giurisdizionale dell'atto viziato non può riaprire la possibilità di una riedizione del potere medesimo, se non con riferimento a fatti ed elementi sopravvenuti o comunque non rientranti nell'ambito di operatività degli effetti preclusivi o conformativi del giudicato.

Da qui la rilevata convergenza della fattispecie rispetto all'ambito di operatività del c.d. *one shot* procedimentale, oggi previsto dal novellato art. 10 *bis* della L. 241 del 1990 con riferimento al potere amministrativo con finalità accrescitive esercitato nell'ambito dei procedimenti ad istanza di parte e chiaramente previsto, pur con talune inevitabili ambiguità, ai fini di escludere un postulato di inesauribilità del potere stesso che venga a tradursi nella possibilità di una reiterazione potenzialmente senza limiti di atti di diniego, così da determinare, nei fatti, la completa rarefazione dell'anelito al bene della vita del soggetto amministrato.

Quindi, indipendentemente dalla natura del potere (ablatoria, sanzionatoria od invece accrescitiva nei confronti del soggetto amministrato), del procedimento al cui interno il potere stesso si esplica (procedimento ad avvio d'ufficio o ad istanza di parte),

nonché della circostanza che esso venga a fronteggiare situazioni giuridiche di interesse legittimo oppositivo o pretensivo, resta il dato della sua esauribilità all'esito dell'esercizio che ne sia fatto, con la conseguenza che dopo un giudicato di annullamento del provvedimento illegittimo per vizi sostanziali, l'Amministrazione non dovrebbe considerarsi legittimata a recuperare nella propria disponibilità il rapporto già deciso, salvo che in riferimento a fatti sopravvenuti o comunque rimasti estranei alla precedente istruttoria, proprio perché il potere amministrativo è da ritenere insuscettibile di ripetuto esercizio su una fattispecie regolata in precedenza.

**9.4** Tale ultima affermazione non risulta contraddetta, ma è anzi confermata dall'indagine sopra svolta circa la sorte del potere dopo la scadenza del termine previsto per il suo esercizio. Sul punto, si è visto come inequivocabili dati di diritto positivo mostrino che l'inerzia dell'Amministrazione, intesa come condizione passiva antitetica alla spendita del potere, in linea di principio non ne causa la consumazione, stante che l'ordinamento, prevedendo poteri sostitutivi, la responsabilità dirigenziale e le obbligazioni risarcitorie o indennitarie in favore del singolo ed a carico del soggetto pubblico che ritarda l'adozione del provvedimento, è volto a privilegiare una sia pure intempestiva azione di perseguimento del pubblico interesse sull'aprioristica abdicazione ad esso, quale conseguenza di una consumazione del potere per effetto del semplice decorso del termine dettato per il suo esercizio. Naturalmente il medesimo ordinamento può prevedere (ed invero prevede) in una logica sempre più avvertita del tempo quale bene-valore dell'azione amministrativa, numerosi e rilevanti casi in cui il termine assume carattere perentorio o comunque tale per cui il suo decorso determina l'inefficacia/nullità dell'atto tardivamente adottato; resta però il fatto che, fuori di tali casi, quel che consuma il potere è il suo effettivo esercizio, per cui se e finché non vi è spendita di potere non vi è neppure la sua consumazione; è per questo che il potere, magari con talune peculiari modalità, resta comunque esercitabile anche oltre il tempo prestabilito.

Ma ciò cosa significa esattamente? Forse che l'inerzia dell'Amministrazione può costituire una garanzia di inesauribilità del suo potere?

Non si ritiene che possa essere così, perché un tale approdo interpretativo si porrebbe drasticamente in contrasto col bene-valore tempo che come sopra visto oggi connota solidamente e sempre di più il concreto dispiegamento dell'agire amministrativo.

In realtà ha ragione chi applica un concetto di ragionevolezza al tempo del procedimento<sup>38</sup>, nel senso che se questo non si è concluso entro il termine previsto, dovrà comunque giungere a definizione entro un termine ragionevole, da valutarsi caso per caso, sì da inficiare il provvedimento che risulti adottato dopo un tempo irragionevole, qualificato come tale dal giudice amministrativo nell'eventuale giudizio di annullamento.

A fronte invece dell'impugnazione del silenzio, dopo i chiarimenti in materia raggiunti in seguito all'intervento dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, non si pone un problema di ragionevolezza del termine per provvedere, ma si profila semmai uno sbarramento, cioè una causa di estinzione di tale potere in capo all'Amministrazione, allorché in sua vece abbia provveduto il Commissario *ad acta* nominato dal giudice amministrativo<sup>39</sup>.

---

<sup>38</sup> V. in tema tra i contributi più recenti S. VERNILE, *Ragionevole durata del procedimento amministrativo e "sorte" dell'atto tardivo*, in *Il diritto dell'economia*, 2020, 3, 337 s.s. In generale, sui rapporti tra tempo e procedimento amministrativo, v. fra i molti, AA.VV., *Tempo, spazio e certezza dell'azione amministrativa*, in Atti del 48° convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Giuffrè, Milano, 2003; G. D. COMPORTE, *Tempus regit actionem. Contributo allo studio del diritto intertemporale dei procedimenti amministrativi*, Giappichelli, Torino, 2001; M. LIPARI, *I tempi del procedimento amministrativo: certezza dei rapporti, interesse pubblico e tutela del cittadino*, in *Dir. amm.*, 2003, 291 ss.; G. MORBIDELLI, *Il tempo del procedimento*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di) *La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema*, Jovene, Napoli, 2006, 259 ss.; M. IMMORDINO, *Svolgimento nel tempo del potere amministrativo tra certezza ed incertezza*, in *Annuario Aipda*, 2014.

<sup>39</sup> Si ricorda infatti che l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con sentenza 25 maggio 2021 n. 8, definitivamente pronunciandosi su una questione rimessa dalla sez. IV con ordinanza 10 novembre 2020 n. 6925, ha fornito alcuni importanti chiarimenti relativamente agli effetti della nomina del commissario *ad acta* sui poteri dell'amministrazione nel giudizio avverso il silenzio-inadempimento di cui all'art.117 c.p.a., posto che sul tema si erano venuti a creare contrastanti orientamenti giurisprudenziali. In particolare, i principi di diritto enunciati dall'A.P. sono i seguenti:

a) il potere dell'amministrazione e quello del commissario *ad acta* sono poteri concorrenti, di modo che ciascuno dei due soggetti può dare attuazione a quanto prescritto dalla sentenza passata in giudicato, o provvisoriamente esecutiva e non sospesa, o dall'ordinanza cautelare fintanto che l'altro soggetto non abbia concretamente provveduto;

b) gli atti emanati dall'amministrazione, pur in presenza della nomina e dell'insediamento del commissario *ad acta*, non possono essere considerati di per sé affetti da nullità, in quanto gli stessi sono adottati da un soggetto nella pienezza dei propri poteri, a nulla rilevando a tal fine la nomina o l'insediamento del commissario;

c) gli atti adottati dal commissario *ad acta* non sono annullabili dall'amministrazione nell'esercizio del proprio potere di autotutela, né sono da questa impugnabili davanti al giudice della cognizione, ma sono esclusivamente reclamabili, a seconda dei casi, innanzi al giudice dell'ottemperanza, ai sensi dell'art. 114, co. 6, c.p.a. ovvero innanzi al giudice del giudizio sul silenzio, ai sensi dell'art. 117, co. 4, c.p.a.;

Comunque sia, ove anche in questo caso si volesse impostare la questione sotto il profilo della ragionevolezza del termine per concludere il procedimento, partendo dal presupposto che non si può considerare invalido il provvedimento la cui adozione tardiva risulti espressamente consentita tramite il rimedio “sostitutivo” della nomina del Commissario<sup>40</sup>, l’Amministrazione sarà “ragionevolmente” in termini per provvedere finché non lo abbia fatto il Commissario; dopo tale momento, cioè dopo che il provvedimento sia stato adottato dal Commissario, ogni determinazione dell’Amministrazione risulterà irrimediabilmente tardiva e quindi nulla per una sorta di sopraggiunta consunzione, in virtù dell’ormai avvenuto esercizio del potere da parte dell’organo straordinario.

Il vero, dunque, è che anche partendo dalla affermazione decisamente radicata in giurisprudenza, secondo cui l’inosservanza del termine stabilito non determina ordinariamente la perdita del potere dell’amministrazione di provvedere, esiste un momento oltre il quale quel potere diviene non più spendibile e quindi risulta, ove non sia stato speso, inevitabilmente esaurito.

Ma se il silenzio non viene impugnato, o comunque non si addiviene alla nomina del Commissario *ad acta*? Si può in questo caso ragionevolmente sostenere che, in difetto di esplicite disposizioni ostative, il potere resti esercitabile *sine die* e quindi si configuri, nella sostanza, come inesauribile?

Ebbene, non v’è affatto ragione di rassegnarsi ad una risposta affermativa: viene in mente a tal riguardo l’evocazione di un tempo “alieno” rispetto al (talvolta inadeguato e non dirimente) tempo della legge, un tempo registrato in maniera diversa dal

---

d) gli atti adottati dal commissario *ad acta* dopo che l’amministrazione abbia già provveduto a dare attuazione alla decisione, ovvero quelli che l’amministrazione abbia adottato dopo che il commissario *ad acta* abbia provveduto, sono da considerare inefficaci e, ove necessario, la loro rimozione può essere richiesta da chi vi abbia interesse, a seconda dei casi, al giudice dell’ottemperanza o al giudice del giudizio sul silenzio.

<sup>40</sup> E’ il giusto rilievo di F. FRACCHIA, *Riti speciali a rilevanza endoprocedimentale*, Giappichelli, Torino, 2003, 96.

trascorrere naturalistico del tempo; il tempo del principio di buona fede e della tutela dell'affidamento<sup>41</sup>.

Il quale può avere una durata, ma soprattutto effetti giuridici diversi dal tempo naturalistico imposto dalla legge, perché la certezza del diritto è tutelata non solo dalla legge, ma anche da un *“principio di diritto integrativo della codificazione legislativa che garantisce che le legittime aspettative del cittadino siano soddisfatte nonostante la diversa norma di legge vigente nel tempo naturale”*; di talché, se *“al tempo della legge sostituiamo il tempo del principio integrativo di buona fede, è possibile dare certezza alle aspettative del cittadino e così tutelare il suo legittimo affidamento. Un legittimo affidamento che è tutelato dal tempo della buona fede, dalla fattispecie normativa che risulta dalla integrazione del principio di buona fede con le norme di legge che continuano ad essere valide ed efficaci nel tempo della buona fede e non nel tempo naturalistico della legge”*<sup>42</sup>.

Dunque un tempo della buona fede che può considerarsi al centro di un processo evolutivo recepito e valorizzato dal legislatore, segnatamente, all'art. 1 della L. 241/1990, come novellato dalla l. n. 120 del 2020, con l'inserimento del comma 2 *bis* già più sopra citato (ai sensi del quale i *“rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede”*), che muove verso una maggiore responsabilizzazione dell'operato delle pubbliche amministrazioni, necessariamente da intendere anche nel senso dell'obbligo di rispettare un ragionevole termine di conclusione del procedimento, che il giudice potrà verificare al fine dell'annullamento, per avvenuta consumazione del potere, dell'atto irragionevolmente tardivo.

Del resto, non può essere un caso che, proprio nell'ottica di ragionamento che si va svolgendo, si sia affacciato nella giurisprudenza amministrativa un richiamo esplicito anche se ancora non sviluppato, all'istituto della *“Verwirkung”* di matrice germanica,

---

<sup>41</sup> Il riferimento è ovviamente alla suggestiva impostazione di F. MERUSI, *La certezza dell'azione amministrativa fra tempo e spazio*, in *Dir. Amm.*, 2002, 4, 527 s.s.

<sup>42</sup> F. MERUSI, *op. ult. cit.*

che si colloca nell'alveo della teorica dell'abuso del diritto e che integrerebbe una rinuncia tacita all'azione ovvero una forma di decadenza dall'esercizio di un diritto soggettivo: *“travalicando i limiti di un'applicazione di detto istituto circoscritta all'ambito processuale (quale consumazione dell'azione), infatti, si è giunti ad affermare, in relazione ai rapporti contrattuali di durata, che in presenza non già di una qualsivoglia inerzia nell'esercizio del diritto di credito ma di un contegno omissivo prolungato, associato ad altre circostanze da valutare in concreto, sarebbe ravvisabile un affidamento dell'altra parte nell'abbandono della relativa pretesa, idoneo, come tale, a determinare la perdita della situazione soggettiva nella misura in cui il suo esercizio si riveli un abuso (cfr. C. Cass., Sez. Terza, 14 giugno 2021, n. 16743 e la giurisprudenza ivi richiamata)”*<sup>43</sup>.

La strada sembra dunque quantomeno tracciata: l'inerzia dell'Amministrazione protratta oltre il tempo della buona fede varrà presto a sancire la consumabilità del potere anche laddove formalmente non esercitato, consacrandone così il necessario carattere di esauribilità in tutte le forme e in tutti i diffusi contesti della sua concreta emersione.

---

<sup>43</sup> Così Cons. Stato, Sez. VII, 7 novembre 2022 n. 9757, par. 16.2.

