

SALVATORE AMATO

L'esercizio e il riesercizio del potere amministrativo: le criticità legate al tema migratorio

The Exercise and Re-Exercise of Administrative Power Critical Issues Related to the Immigration

Abstract: Il contributo, partendo dall'analisi del fenomeno dell'"alternanza tra procedimento e processo", attraverso lo studio giurisprudenziale, intende avanzare una proposta risalendo al cuore dell'istituto del riesercizio del potere amministrativo, riflesso del principio di in-consumabilità del potere. Orientando le argomentazioni mediante il principio di umanità, proprio del diritto delle migrazioni, si tenterà di trovare una soluzione in grado di limitare l'in-consumabilità del potere e, dunque, l'illimitato esercizio e riesercizio del potere amministrativo.

Abstract: The contribution, starting from the analysis of the phenomenon of the "alternation between proceedings and trial", through the study of case law, intends to make a proposal going back to the heart of the institution of the re-exercise of administrative power, a reflection of the principle of in-consumability of power. Orienting the arguments by means of the principle of humanity, proper to migration law, an attempt will be made to find a solution capable of limiting the in-consumability of power and, therefore, the unlimited exercise and re-exercise of administrative power.

Keywords: immigrazione; riesercizio del potere; amministrazione; effettività della tutela.

Keywords: immigration; re-exercise of power; administration; effectiveness of protection.

1. *Introduzione, scopo e limiti della ricerca*

Il presente contributo intende evidenziare, con occhio critico, il rapporto sussistente tra potere amministrativo ed effettività della tutela giurisdizionale - secondo cui il processo deve attribuire all'interessato tutto ciò che allo stesso spetta in virtù del diritto sostanziale

- nello specifico contesto del diritto dell'immigrazione¹. In altre parole, intende comprendere nella materia dell'immigrazione, particolarmente sensibile al principio di effettività², certezza e rapidità della “decisione definitiva”, il rapporto tra potere amministrativo e il suo riesercizio - da un lato - e il principio di effettività della tutela giurisdizionale - dall'altro. La prospettiva che verrà utilizzata muoverà dalle esigenze specifiche del diritto dell'immigrazione. Pertanto, le conclusioni e le argomentazioni logico-giuridiche saranno realizzate prendendo in considerazione esclusivamente la tutela dei diritti fondamentali dei soggetti migranti e le loro specifiche esigenze nel contesto della particolare condizione in cui si ritrovano. Per quanto concerne la metodologia, il contributo intende analizzare la questione attraverso uno studio che ponga a confronto i principi in tema di riesercizio del potere da parte dell'amministrazione e la casistica giurisprudenziale, in un'ottica orientata sui principi in tema di diritto dell'immigrazione,

¹ Per un inquadramento circa il riparto di giurisdizione nella specifica materia migratoria si segnala G. TROPEA, *Riparto di giurisdizione e immigrazione: note critiche sul “nomadismo giurisdizionale”*, in «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 1, 2022, pp. 141-170.

² Per una ricostruzione del principio di effettività della tutela da riconoscersi nella materia delle migrazioni e alla luce della Corte EDU si segnala M. INTERLANDI, *Alla periferia dei diritti: l'effettività della tutela dei diritti degli immigrati tra i rimedi giurisdizionali interni e le indicazioni ricavabili dal contesto europeo*, in «federalismi.it», 2017, pp. 10-12, secondo cui «la Corte EDU ha, infatti, individuato alcuni standard di tutela processuale in materia di immigrazione, muovendo innanzitutto da una interpretazione estensiva dell'art. 13 della CEDU ed obbligando gli ordinamenti interni ad introdurre rimedi effettivi dinanzi ad autorità nazionali giurisdizionali e/o amministrative. In particolare, il requisito della “effettività” della tutela, previsto dall'art. 13 della CEDU, è stato inteso dalla Corte EDU, con riferimento alla tutela degli immigrati, come l'obbligo di rendere disponibile a livello nazionale rimedi giurisdizionali idonei a garantire una tutela soddisfacente del diritto violato. Pertanto, uno dei profili rilevanti affinché il ricorso proposto dallo straniero possa dirsi effettivo, riguarda la natura del sindacato esercitato dall'autorità adita sul provvedimento impugnato, che, secondo l'orientamento della Corte, deve potere valutare “*the substance of an arguable complaint under the Convention*”, e decidere nel merito la questione relativa al diritto violato. Sotto questo aspetto la Corte EDU tende ad adottare un approccio differenziato a seconda del tipo di provvedimento e del tipo di violazione contestata. In particolare, in relazione ai provvedimenti di espulsione e respingimento, che potrebbero esporre il destinatario a subire trattamenti degradanti e inumani, configurando una violazione dell'art. 3 CEDU, il principio di effettività della tutela si traduce nell'obbligo dell'organo adito di esercitare un sindacato particolarmente rigoroso, definito come “*close scrutiny*” o “*independent and rigorous scrutiny*”, in linea con l'importanza riconosciuta ai diritti protetti da tale norma. Sì che, in tali casi, la Corte ha puntualizzato che l'autorità giudiziaria deve valutare scrupolosamente i rischi eventualmente lamentati dal ricorrente, dandone conto in sede di motivazione, e che tale accertamento non può tradursi in una mera verifica sulla correttezza del bilanciamento di interessi operato dall'amministrazione». Secondo l'impostazione in discorso «in definitiva, seguendo l'orientamento della Corte EDU, l'art. 13 della Convenzione risulta violato quando non sono previsti rimedi processuali [...] oppure, infine, quando, pur in presenza di rimedi giuridici avverso la violazione dei diritti della Carta Edu, questi sono stati ritenuti non adeguati ad assicurare una tutela giurisdizionale effettiva».

al fine di evidenziare la necessità, nella stessa materia, di giungere a pronunce certe in tempi brevi.

In ultima istanza, si tenterà di capire se sia possibile limitare la logorante «alternanza tra procedimento e processo»³, che comporta l'impossibilità di addivenire ad una definizione certa e stabile del rapporto sostanziale, comportando un grave dispendio di risorse pubbliche e private e che, nello specifico ambito del diritto dell'immigrazione, può ingenerare gravi conseguenze in termini di sicurezza del soggetto interessato, nonché in termini di lesione di diritti fondamentali.

Difatti, nella realtà dell'attività amministrativa, come si avrà modo di evidenziare, può avvenire che la pubblica amministrazione non si conformi al giudicato amministrativo, senza che, per tale circostanza, si possa adire il giudice dell'ottemperanza⁴. Tale atteggiamento, contribuendo a rallentare la concreta definizione del rapporto sostanziale - in un contesto in cui il fattore tempo assume connotati di essenzialità⁵ - comporta la potenziale lesione per il soggetto migrante del diritto a ottenere accoglienza, giungendo in ultima istanza alla potenziale lesione dei suoi diritti fondamentali. Esempio emblematico si ritrova nella pronuncia – che si avrà modo di analizzare più nello specifico - del Cons. di Stato, sez. III, n. 8340 del 15.09.2023, in cui si afferma che quando l'amministrazione rinnova l'esercizio delle sue funzioni dopo l'annullamento di un atto

³ C. NATALICCHIO, *L'effetto conformativo del giudicato amministrativo ultradecennale e la riedizione del potere. Le forme di tutela del privato e la crisi della cooperazione tra amministrazione e cittadino*, in «Il diritto amministrativo. Rivista giuridica», 8, 2024. Si veda altresì A. DI CAGNO, *Giudicato e riedizione del potere: esaurimento della discrezionalità nel rapporto con la pronuncia del giudice amministrativo*, in «Giurisprudenza Italiana», 3, 2020, pp. 731-746.

⁴ Si veda A. ZITO, *Discrezionalità amministrativa e consumazione del potere*, in «AIPDA Forum», *Discrezionalità e amministrazione*, ottobre 2022, in cui si delinea un *agere* amministrativo “a rate” in cui «dopo avere adottato un provvedimento di diniego contro il quale il destinatario ha proposto ricorso al giudice amministrativo ottenendo una sentenza favorevole di annullamento, le pubbliche amministrazioni, nel riesercitare il potere, adottano un nuovo provvedimento di diniego basato su altri presupposti, ragioni o motivi che dir si voglia, al quale segue un nuovo ricorso al giudice amministrativo, la sentenza di annullamento e un nuovo esercizio del potere che nega al privato il provvedimento richiesto adducendo altri presupposti e così via in una sorta di gioco in cui si torna sempre al punto di partenza senza che il privato abbia commesso nessun errore e dunque debba in ragione di ciò essere penalizzato».

⁵ In tema di essenzialità di un termine ragionevole di conclusione del procedimento legato al tema migratorio si veda Cons. St., sez. III, sentenza n. 9742 del 07.11.2022, laddove viene affermato che «pur in assenza di una puntuale indicazione normativa, sia possibile rinvenire nelle maglie della normativa un implicito termine residuale applicabile ai procedimenti in oggetto e che il termine possa ricavarsi in via interpretativa proprio dalle disposizioni di legge» nonché sulla base dei principi dell'ordinamento.

operato dal giudice amministrativo, l'interessato che intende impugnare le nuove conclusioni raggiunte dell'amministrazione può proporre un unico giudizio davanti al giudice dell'ottemperanza lamentando la violazione o elusione del giudicato, oppure la presenza di nuovi vizi di illegittimità. Nella rinnovata determinazione il giudice dell'ottemperanza è tuttavia chiamato a qualificare le domande prospettate distinguendo quelle attinenti propriamente all'ottemperanza da quelle che hanno a che fare con il prosieguo dell'azione amministrativa (che pare per l'appunto illimitato), traendone le necessarie conseguenze quanto a rito, ai poteri decisorii e, dunque, rinviando ad un nuovo giudizio di merito che, a propria volta, non sarà in grado di consumare il potere nelle mani dell'amministrazione. Difatti, l'amministrazione potrà riesercitare il potere, generando un circolo vizioso tra il riesercizio del potere e l'inefficacia della tutela giurisdizionale.

In altre parole, il giudicato potrebbe non trovare effettività e il riesercizio del potere amministrativo potrebbe non avere limiti, innescando un'alternanza tra procedimento e processo che lede i principi di certezza del diritto, tempestività e rapidità nell'emanazione di un provvedimento, nonché il legittimo affidamento dell'interessato⁶.

⁶ Da intendersi, secondo la giurisprudenza, come principio che, nell'ambito dei rapporti di diritto amministrativo, configura un affidamento del privato sul "legittimo esercizio" del potere amministrativo e sul corretto operato dell'amministrazione, conforme ai principi di correttezza e buona fede (Cons. St., Ad. Plen., sentenze nn. 19-20-21 del 29.11.2021). Così anche Cass., Sez. Un., ordinanza n. 1567 del 19.01.2023, secondo cui il dovere di comportarsi secondo correttezza e buona fede rappresenta una manifestazione del più generale dovere di solidarietà sociale, che trova il suo principale fondamento nell'art. 2 Cost. e grava reciprocamente su tutti i membri della collettività. Tale dovere si intensifica e si rafforza, trasformandosi in dovere di correttezza e di protezione, quando tra i consociati si instaurano momenti relazionali socialmente o giuridicamente qualificati, tali da generare, unilateralmente o, talvolta, anche reciprocamente, ragionevoli affidamenti sull'altrui condotta corretta e protettiva. Deve quindi riconoscersi l'esistenza di una proporzionalità diretta tra l'ambito e il contenuto dei doveri di protezione e correttezza, da un lato, e il grado di intensità del momento relazionale e del conseguente affidamento da questo ingenerato, dall'altro; cosicché, da chi esercita, ad esempio, un'attività professionale "protetta" (ancor di più se essa costituisce anche un servizio pubblico o un servizio di pubblica necessità) e, a maggior ragione, 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*. Dunque, è proprio nel rapporto tra amministrazione e cittadino che meglio si apprezza la portata dei principi di buona fede e legittimo affidamento. Per un'analisi completa della pronuncia si veda C. FRAGOMENI, *Responsabilità dell'amministrazione tra affidamento legittimo od incolpevole (nota a Cassazione Civile, Sezioni Unite, 19 gennaio 2023, n. 1567)*, in «Giustizia Insieme», giustiziainsieme.it, 22.09.2023. Per un'analisi recente del principio di buona fede nei rapporti di diritto amministrativo si segnala A. CARBONE, *Considerazioni generali su buona fede e responsabilità nel diritto amministrativo*, in «P.A. Persona e Amministrazione», V. 13, n. 2, 2023, pp. 603-680.

Come sostenuto⁷ con riferimento all'illimitato riesercizio del potere amministrativo, i tentativi della dottrina e della giurisprudenza di individuare nel processo amministrativo il luogo di definizione del rapporto controverso, paiono doversi arrestare davanti alla realtà di un potere che sopravvive al suo esercizio e che dunque dispone del rapporto dopo la sentenza.

Tuttavia, nel contesto migratorio e, dunque, per gli interessi in gioco, legati alla tutela e alla garanzia di diritti fondamentali, si tenterà di avanzare una impostazione alternativa all'illimitato riesercizio del potere amministrativo, in grado di apprestare effettività ai diritti fondamentali dei soggetti migranti e per risolvere ciò che è stata definita «la crisi della cooperazione tra amministrazione e cittadino»⁸.

2. *Il riesercizio del potere e i correttivi della dottrina e della giurisprudenza*

Alla luce del carattere pubblico dell'interesse curato dall'amministrazione - il quale prevarrebbe sugli interessi connessi alla stabilità del provvedimento⁹ - è stato, sino ad oggi, giustificato il riesercizio del potere da parte di una amministrazione che già, in precedenza, adottava un provvedimento completo ed efficace. Secondo tale ricostruzione, l'amministrazione è dotata di un potere potenzialmente inesauribile, che sopravvive all'emanazione dell'atto; caratteristica del potere che viene ricavata dalla natura della pubblica amministrazione, direttamente collegata alla funzione di perseguire l'interesse pubblico. In altre parole, viene affermato che «la stabilità è travolta dalla libertà, dalla mutevolezza delle circostanze e delle forme in cui il potere amministrativo è chiamato ad

⁷ M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, p. 131.

⁸ *Ibid.*

⁹ *Ibid.*, p. 166, secondo cui «non avrebbe senso affidare un interesse alle cure dell'amministrazione, se non le si consentisse di prendersene cura costantemente e in ogni tempo. In questa logica l'inesauribilità è un carattere necessario del potere amministrativo, connaturato alla logica stessa dell'amministrare per fini pubblici: posto che l'amministrazione deve essere in condizione di curare l'interesse pubblico al tempo presente». Sul tema si veda anche M. D'ANGELOSANTE, *Discorrendo su inesauribilità e consumazione del potere amministrativo a partire da un recente studio*, in «Diritto pubblico», 3, 2019, pp. 831-861.

apprezzare e a valutare un interesse pubblico che si rinnova continuamente nella sua attualità»¹⁰. Dunque, l'inesauribilità del potere amministrativo viene qualificata come caratteristica intrinseca, insita nello stesso esercizio del potere, alla luce del carattere elastico e mutevole delle valutazioni sull'interesse pubblico realizzate dall'amministrazione pubblica¹¹. L'inesauribilità avrebbe, nella realtà delle vicende poste all'attenzione dell'amministrazione, una indubbia connotazione pratica, laddove la stessa amministrazione avrebbe uno strumento di certa efficacia per valutare nuovi e mutati elementi che rendono indispensabile un nuovo riesercizio del potere.

La stessa inesauribilità, tuttavia, contrasta con il principio di certezza del diritto e delle situazioni giuridiche, nonché con il principio di tutela del legittimo affidamento dei privati, qualora lo strumento venga inteso come illimitata ripetibilità dell'esercizio del potere. Da questo punto di vista, la funzione amministrativa viene accomunata con la funzione legislativa. Difatti, «entrambe, quali funzioni pubbliche, sono come dei serbatoi che non si esauriscono mai, pur laddove abbiano ad oggetto il medesimo rapporto sociale o comportamento. In questo loro carattere è, dunque, implicita la eventualità che oggi si voglia ciò che domani potrebbe disvolersi, vale a dire che si abbia abrogazione della volontà precedentemente manifestata»¹².

L'indefinito riesercizio del potere nel senso sopra descritto comporterebbe ulteriori problematiche nel dispiegarsi del rapporto processuale tra amministrazione pubblica e cittadino. Infatti, lo stesso processo, qualora l'inesauribilità del potere venga intesa in senso assoluto, perderebbe quella effettività cui per natura dovrebbe tendere. In altre parole, se la pubblica amministrazione dispone di uno strumento in grado di valutare illimitatamente gli elementi che si pongono alla sua attenzione e senza limiti di esercizio, il processo, da strumento in grado di apprestare effettività di tutela agli interessi dei privati, si converte in mero strumento di consulenza non vincolante per una pubblica amministrazione che verrà indirizzata da un giudicato sfornito di contromisure in grado

¹⁰ M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo*, cit., p. 13.

¹¹ M. NIGRO, *Convenzioni urbanistiche e rapporti tra privati. Problemi generali*, in M. COSTANTINO, a cura, *Convenzioni urbanistiche e tutela nei rapporti tra privati*, Milano, 1978.

¹² M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo*, cit., p. 26.

di impattare e correggere il *vulnus* creato dal riesercizio. Un siffatto rapporto tra pubblica amministrazione e privato, in conclusione, vede la prima caratterizzata da poteri pressoché illimitati e privi di reali vincoli e il secondo totalmente sfornito di contromisure effettive per tutelare la propria situazione giuridica, non potendo neppure rivolgersi al giudice (che, per le ragioni anzidette, non disporrebbe di un reale strumento per vincolare il riesercizio del potere della PA). La sopravvivenza del potere all'annullamento da parte del giudice comporta, infatti, che l'amministrazione, una volta annullato il provvedimento, si trovi nella possibilità – mediante il riesercizio del potere - di emanare nuovamente un provvedimento non soltanto di contenuto identico, ma anche affetto dal medesimo vizio del precedente¹³; il privato, in siffatta situazione, potrebbe proporre un nuovo ricorso, che tuttavia non sarebbe in grado di vincolare l'amministrazione (in caso ovviamente di esito favorevole per lo stesso privato), in quanto potrebbe nuovamente riproporre l'atto viziato, innescando un circolo vizioso potenzialmente infinito¹⁴.

Per tentare di arginare l'illimitata possibilità per la pubblica amministrazione di riesercitare il potere, dottrina e giurisprudenza hanno nel tempo elaborato diverse argomentazioni, tra cui la teoria del vincolo oggettivo del giudicato e la teoria del cd. *one shot temperato*.

Con riferimento alla teoria del vincolo oggettivo del giudicato occorre, preliminarmente, delineare la definizione di giudicato amministrativo¹⁵. Una delle definizioni del giudicato amministrativo condivise dalla maggior parte della dottrina si fonda sulla immutabilità della decisione giurisdizionale, volta a risolvere definitivamente una controversia tra le parti¹⁶ e in grado di consentire allo stesso giudicato di acquisire un connotato di stabilità volto, dal punto sostanziale, a stabilizzare il rapporto intercorrente tra le parti. In altre parole, l'"oggetto" del processo, a seguito della pronuncia, tende a cristallizzare il rapporto sostanziale sottostante, rendendo il medesimo immutabile. Alla

¹³ *Ibid.*, p. 29

¹⁴ M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, Milano, Cedam, 1989, p. 3

¹⁵ Sul punto G. URBANO, *Contributo sull'effettività del giudicato amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2020.

¹⁶ Sul punto si veda P.M. VIPIANA, *Contributo allo studio del giudicato amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1990; F. BENVENUTI, voce *Giudicato (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, vol. XVIII, Milano, 1969.

luce del passaggio della giurisdizione amministrativa da un sindacato sulla mera legalità amministrativa a un sindacato proiettato al rapporto¹⁷ e, dunque, alla tutela delle pretese sostanziali, può affermarsi che l'“oggetto” del processo viene individuato nella questione di legittimità sostanziale del provvedimento. In conclusione, mediante la teoria del vincolo oggettivo del giudicato, l'amministrazione consumerebbe il potere di provvedere nuovamente e per un numero illimitato di volte alla luce della presenza di un giudicato che si è pronunciato sulla legittimità della pretesa sostanziale affermata dal ricorrente¹⁸, determinando un effetto conformativo per la pubblica amministrazione, che dovrà attenersi a quanto stabilito nella motivazione della pronuncia.

Con riferimento, invece, alla teoria del “*one shot*”, occorre sin da subito sottolineare che nel nostro ordinamento non vige il principio del “*one shot* puro” – in virtù del quale sarebbe preclusa all'amministrazione la reiterazione del provvedimento di rigetto a seguito dell'annullamento di un primo provvedimento – bensì un principio differente,

¹⁷ G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1980; G. GRECO, *Per un giudizio di accertamento compatibile con la mentalità del giudice amministrativo*, in «Dir. proc. amm.», fasc. 3, 1992; I. PAGNI, *La giurisdizione tra effettività ed efficienza*, in «Dir. proc. amm.», fasc. 2, 2016. Occorre altresì ricordare che l'impostazione di una giurisdizione amministrativa “sul rapporto” è stata confermata dalla nota sentenza delle Sezioni Unite n. 500 del 1999, con cui si è giunti ad attribuire adeguata considerazione all'esigenza di tutela delle posizioni sostanziali coinvolte nel processo.

¹⁸ Sul punto occorre sottolineare quelle impostazioni (M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, cit.) che legano l'operatività e l'efficacia della teoria in oggetto ai motivi di ricorso, i quali avrebbero la funzione di identificare e circoscrivere l'oggetto del giudizio e, dunque, i limiti oggettivi dello stesso giudicato, il quale andrà a statuire il rapporto sostanziale e, pertanto, l'esattezza delle argomentazioni del ricorrente. Sul punto si segnala Cons. St., sez. VI, sentenza n. 2657 del 26.05.2015 secondo cui «Il potere discrezionale che residua all'Amministrazione in seguito ad un annullamento giurisdizionale va esercitato tenendo conto della “motivazione” della sentenza, da interpretare a sua volta sulla base delle censure in concreto formulate dal ricorrente: di conseguenza, la clausola della salvezza delle “ulteriori attività procedimentali” — contenuta in sentenza — non restituisce all'Amministrazione una libera “facoltà di scelta”, ma un potere-dovere di adottare un provvedimento di cura dell'interesse pubblico, che tenga conto delle specifiche statuizioni della sentenza in sede di rinnovazione ora per allora dei giudizi di avanzamento a seguito dell'annullamento disposto in sede giurisdizionale. In tale quadro, non è consentito alla commissione giudicatrice di modificare in senso peggiorativo la motivazione degli atti a suo tempo compilati per le parti risultate incontroverse, ripensando i contenuti delle valutazioni iniziali effettuate, perché ciò comporterebbe la giustificazione in via postuma del proprio operato già posto a base della sentenza di annullamento, laddove il giudicato non restituisce all'Amministrazione il più ampio potere di sottoporre a integrale valutazione lo scrutinando, con la totale ricompilazione del giudizio di avanzamento anche in senso parzialmente peggiorativo, mediante rivisitazione a tutto campo di elementi cristallizzati e rimasti incontroverti nel precedente giudizio, ma la obbliga a proporzionare unicamente i punteggi dell'interessato, risultati inadeguati in base alle statuizioni contenute nella medesima sentenza, senza riprendere in esame i dati di fatto a suo tempo valutati in sede amministrativa e non risultati oggetto di statuizioni di annullamento, tali da comportarne la rinnovazione».

“temperato”¹⁹ che, secondo la giurisprudenza, «consente all’Amministrazione pubblica che abbia subito l’annullamento di un proprio atto, di rinnovarlo una sola volta e, quindi, di riesaminare l’affare nella sua interezza, sollevando tutte le questioni che ritenga rilevanti, senza potere in seguito tornare a decidere sfavorevolmente neppure in relazione a profili non ancora esaminati»²⁰. Pertanto, al dovere della pubblica amministrazione di riesaminare complessivamente l’affare a seguito della prima pronuncia di annullamento, consegue la definitiva preclusione per ulteriori riedizioni di potere e, in sostanza, di tornare a decidere sfavorevolmente per il privato. Si attribuiscono quindi all’amministrazione due possibilità (l’esercizio del potere e il riesercizio), all’esito delle quali la stessa esaurisce il proprio potere di rinnovazione²¹.

In altre parole, il c.d. *one shot* temperato si manifesta in seguito al giudicato di annullamento di un provvedimento amministrativo; in tal caso l’amministrazione potrà, alla luce del suo ampio potere discrezionale, riesercitare il proprio potere, ma a condizione che sollevi, una volta per tutte, ogni questione ritenuta rilevante, perdendo in tal modo la possibilità di tornare a decidere in seguito e in modo sfavorevole per il privato. Ciò in quanto il giudicato non preclude una riedizione del potere amministrativo o, meglio, lo preclude limitatamente al *decisum*; tuttavia, qualora la PA, conformemente alla sua

¹⁹ F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo. Parte generale e parte speciale*, Roma, Dike giuridica, 2023.

²⁰ CGA, sentenza n. 597 del 18.05.2022, ma anche Cons. St., sez. II, sentenza n. 2378 del 14.04.2020. Sul punto anche Cons. St., sez. V, sentenza n. 144 del 08.01.2019, per cui «In applicazione del principio del c.d. *one shot* temperato, per evitare che l’amministrazione possa riprovedere per un numero infinito di volte ad ogni annullamento in sede giurisdizionale, è dovere della stessa pubblica amministrazione 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) di tornare a decidere sfavorevolmente per il privato; tale principio costituisce il punto di equilibrio tra due opposte esigenze, quali la garanzia di inesauribilità del potere di amministrazione attiva e la portata cogente del giudicato di annullamento con i suoi effetti conformativi».

²¹ Sul punto, Cons St., sez. IV, sentenza n. 439 del 29.01.2015, secondo cui «la piena condivisione del principio secondo il quale l’Amministrazione, successivamente ad un annullamento giurisdizionale di un proprio provvedimento non è vincolata alla regola del "*one shot*" ma deve rideterminarsi sull’intero affare nella sua interezza, non potendo eventualmente (a seguito di un secondo giudicato annullatorio) fare emergere nuovamente elementi in grado di contrastare la pretesa del privato, il contrasto attiene nella portata di tale principio». Un corollario della tesi esposta è che, quando l’annullamento del provvedimento viene disposto per vizi formali e meramente procedimentali, non si forma alcun accertamento in ordine all’assenza dei fatti costitutivi del potere. Di conseguenza, l’amministrazione potrà rinnovare l’atto annullato.

discrezionalità, ritenga di doversi pronunciare nuovamente con il rigetto dell'istanza del privato ma per motivi differenti rispetto a quanto statuito dal giudice, sarebbe libera di farlo. Inoltre, detta consumazione del potere avrà un'efficacia endoprocedimentale e, dunque, limitata al solo procedimento da cui trae origine il *decisum*, potendo successivamente indirne uno diverso. Dunque, solamente nell'ipotesi in cui dal giudicato derivi un obbligo così puntuale tale da non lasciare alcun margine di discrezionalità all'amministrazione in sede di riedizione del potere, l'adozione di un provvedimento contrario a tale obbligo sarà passibile di ottemperanza; tuttavia, in caso contrario, ove continuo a residuare margini di discrezionalità per l'amministrazione, gli eventuali atti adottati in conseguenza a ciò saranno soggetti all'ordinario regime di impugnazione. Ebbene, tale impostazione (definita per l'appunto *one shot* temperato) è ormai pacifica in giurisprudenza, mossa dalla volontà di trovare un «punto di equilibrio tra due opposte esigenze, quali la garanzia di inesauribilità del potere di amministrazione attiva e la portata cogente del giudicato di annullamento con i suoi effetti conformativi»²².

Le due impostazioni, votate a limitare il riesercizio del potere da parte dell'amministrazione si fondano sull'assunto per cui la sentenza del giudice non va a determinare una modificazione giuridica, bensì tende a cristallizzare ed evidenziare una modificazione del rapporto sostanziale già intervenuta; se così è, tale rinnovato assetto non può essere nuovamente messo in discussione dall'amministrazione che dovrà, a questo punto, soddisfare il "bene della vita" richiesto dal privato.

Anche nel processo amministrativo, pertanto, il giudicato deve caratterizzarsi per un contenuto di accertamento idoneo a garantire alla parte vittoriosa il pieno godimento del risultato del processo e quindi vietare, se l'esito è favorevole al ricorrente, la riedizione del potere da parte della pubblica amministrazione che, in forza del contenuto preclusivo della riedizione del potere contenuto nella pronuncia, precluderà, per l'appunto, che lo stesso rapporto possa in un secondo momento essere alterato con un nuovo esercizio di potere²³.

²² Cons. St., sez. VI, sentenza n. 3480 del 04.05.2022.

²³ M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo*, cit., p. 82.

In conclusione, alla luce delle già indicate impostazioni, è possibile affermare che il giudicato amministrativo può acquistare la funzione di vietare il riesercizio del potere da parte dell'amministrazione e il processo, di conseguenza, è in grado di acquistare la funzione di stabilire l'assetto definitivo del rapporto sostanziale tra pubblica amministrazione e privato.

3. L'inefficacia della tutela giurisdizionale tra riesercizio del potere e alternanza di procedimento e processo

Volgendo lo sguardo alle pronunce in cui si concretizza il fenomeno dell'alternanza tra procedimento e processo e in cui si manifesta una lesione dei diritti fondamentali del soggetto migrante - in particolare, con riferimento alla certezza del diritto²⁴, definitività delle decisioni e legittimo affidamento - è possibile analizzare la già citata sentenza del Cons. di Stato, sez. III, n. 8340 del 15.09.2023. Si tratta di un'ipotesi in cui il Tribunale Amministrativo Regionale annulla il diniego da parte della questura di Milano dell'istanza di conversione del permesso di soggiorno per casi speciali. Dopo la pronuncia di primo grado la Questura a cui viene rimandata il rapporto dal punto di vista sostanziale adotta un nuovo atto di diniego e il destinatario del secondo provvedimento propone nuovamente ricorso, sia per l'annullamento della nuova determinazione dell'amministrazione (in quanto viziata da motivi di illegittimità dell'atto) sia per l'ottemperanza della prima sentenza pronunciata dal TAR (per violazione o elusione di giudicato).

Il TAR Milano respinge la richiesta di ottemperanza ritenendo che l'atto successivo sia coerente con il primo giudicato, trascurando tuttavia la parte del ricorso dedicata all'evidenziazione di vizi di legittimità dell'atto impugnato. In sede di appello viene sollecitata la riforma della pronuncia di primo grado, sostenendo l'erroneità della stessa

²⁴ Si veda Cass., Sez. Un., sentenza n. 18592 del 07.09.2020, in cui viene sottolineato che il principio di effettività della tutela giurisdizionale, introdotto all'art. 1 c.p.a., necessita una composizione del rapporto di diritto pubblico in termini di stabilità e celerità.

laddove non rileva la nullità del provvedimento della Questura per violazione o elusione del giudicato e, in via subordinata, per aver ignorato il possibile annullamento del provvedimento per vizi di legittimità.

Il Consiglio di Stato coglie l'occasione per delineare la funzione del giudice dell'ottemperanza, affermando che il giudice, «quando l'Amministrazione rinnova l'esercizio delle sue funzioni dopo l'annullamento di un atto operato dal giudice amministrativo, l'interessato che si duole delle nuove conclusioni raggiunte dall'Amministrazione può proporre un unico giudizio davanti al giudice dell'ottemperanza lamentando la violazione o elusione del giudicato ovvero la presenza di nuovi vizi di illegittimità nella rinnovata determinazione. Il giudice dell'ottemperanza è quindi chiamato, in primo luogo, a qualificare le domande prospettate distinguendo quelle attinenti propriamente all'ottemperanza da quelle che invece hanno a che fare con il prosieguo dell'azione amministrativa, traendone le necessarie conseguenze quanto al rito, ai poteri decisorii. Nel caso in cui il giudice dell'ottemperanza ritenga che il nuovo provvedimento emanato dall'amministrazione costituisca violazione ovvero elusione del giudicato, ne dichiarerà la nullità, con la conseguente improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse della seconda domanda (quella cioè volta a sollecitare un giudizio sulla illegittimità dell'atto gravato). Viceversa, in caso di rigetto della domanda di nullità il giudice dispone la conversione dell'azione ai sensi dell'art. 32, comma 2, c.p.a.».

In altre parole, in caso di rigetto della domanda di nullità il giudice dispone la conversione ai sensi dell'art. 32, comma 2, c.p.a, in ordinaria domanda di annullamento che potrà ritornare all'attenzione del giudice di primo grado che, tuttavia, non sarà in grado di limitare il riesercizio del potere dell'amministrazione, innescandosi quell'alternanza tra procedimento e processo che comprime la posizione del soggetto migrante.

Il caso all'attenzione del Consiglio di Stato è emblematico del fenomeno in discorso, laddove lo stesso giudice dichiara «inammissibile l'appello per l'ottemperanza e convert[e] il medesimo ricorso come azione di annullamento ordinario, con conseguente incompetenza del Consiglio di Stato ed indicazione del Tar per la Lombardia, sede di

Milano, come giudice competente sulla stessa, presso il quale l'azione di impugnazione potrà essere riassunta nelle forme e nel termine previsti dall'art. 15, comma 4, c.p.a.».

Il caso di specie appare emblematico della mancanza di limiti per l'amministrazione in sede di riesercizio di potere e del fenomeno dell'alternanza di procedimento e processo²⁵ che comporta un "limbo" per i diritti dei cittadini stranieri (l'interessato, nonostante i molteplici stati e gradi di procedimento e processo non ha ancora ottenuto un provvedimento che possa realizzare l'effetto - in termini di certezza ed effettività - di definire la questione relativa alla conversione del permesso di soggiorno).

La questione che si tenta di evidenziare ruota intorno alla modalità di esercizio del potere da parte della pubblica amministrazione che, nel caso di specie, successivamente alla prima sentenza di annullamento, lungi dal conformarsi alla stessa pronuncia, si è ritrovata in grado di riesercitare il potere liberamente, costringendo il soggetto migrante ad agire nuovamente in giudizio.

Ulteriore pronuncia emblematica dell'assenza di limiti al riesercizio del potere è la sentenza del TAR Lazio, Roma, sez. I ter, n. 1631 del 10.02.2021 in tema di rilascio del permesso di soggiorno. In tal caso, non si intende evidenziare il riesercizio del potere a seguito di una sentenza, ma il riesercizio del potere *tout court*. Difatti, la pubblica amministrazione, nonostante nel caso di specie l'età dell'interessato fosse indicata da documenti prodotti dallo stesso istante e da un primo accertamento medico che testimoniava, per l'appunto, la minore età dello stesso, disponeva un nuovo accertamento che, in tal caso, giungeva a dimostrarne la maggiore età.

Dalla vicenda in esame è possibile trarre la mancanza di margini per il potere dell'amministrazione che, al contrario, è privo di reali limiti di azione. Difatti, nonostante l'età indicata nel documento prodotto e il primo accertamento medico, la pubblica

²⁵ Nel caso all'attenzione della sentenza del Cons. di Stato, sez. III, n. 8340 del 15.09.2023, il provvedimento amministrativo è stato portato all'attenzione del TAR una prima volta; successivamente la pubblica amministrazione a seguito della prima pronuncia riesercita il potere per cui l'interessato propone, in primo grado, ricorso e, in secondo grado, appello. Il Consiglio di Stato ritenendo la propria incompetenza rinvia nuovamente al TAR competente che tuttavia non avrà gli strumenti per vincolare la pubblica amministrazione che, potenzialmente, a seguito della pronuncia dell'ultimo giudice potrà nuovamente riesercitare il potere.

amministrazione si è ritrovata libera di disporre un nuovo accertamento e, successivamente - esclusivamente sulla base del secondo accertamento e senza considerare gli ulteriori elementi (documentazione e primo accertamento sanitario) – di rigettare l'istanza presentata dall'interessato.

Analoga situazione di fatto nel caso della sentenza del Consiglio di Stato, sez. III, n. 3668 del 10.05.2021 laddove, anche il tal caso, al soggetto straniero veniva rigettata l'istanza per il rilascio del permesso di soggiorno sulla scorta della maggiore età rilevata in sede di accertamento sanitario e ignorando la documentazione attestante la minore età del cittadino straniero.

Le tre pronunce sopra evidenziate testimoniano come il potere amministrativo sia, per l'appunto, esercitato e ri-esercitato senza effettivi limiti, comportando un margine di manovra eccessivamente ampio a favore dell'amministrazione e un disequilibrio assoluto nei rapporti con il privato.

4. Verso le riflessioni finali. Proposte per limitare l'abnorme esercizio e ri-esercizio del potere da parte della pubblica amministrazione

Come affermato dal Cons. Stato, Sez. III, sentenza n. 6331 del 15/07/2024, in materia di immigrazione occorre valutare la controversia sostanziale con particolare attenzione, in quanto il provvedimento e in generale la decisione amministrativa ma anche giudiziale «deve costituire il risultato di un ragionevole e proporzionato bilanciamento degli stessi [interessi in gioco], soprattutto quando sia suscettibile di incidere sul godimento dei diritti fondamentali dei quali è titolare anche lo straniero extracomunitario [...] posto che la condizione giuridica dello straniero non deve essere considerata - per quanto riguarda la tutela di tali diritti - come causa ammissibile di trattamenti diversificati o peggiorativi». Lo stesso Consiglio di Stato, sez. III, sentenza n. 5801 del 19.05.2022, affermava che «i doveri di correttezza e buona fede risultano ancora più pregnanti se si considera la delicatezza» delle questioni attinenti alla materia migratoria (nella pronuncia, in

particolare, si fa riferimento al rinnovo del permesso di soggiorno) «in relazione alla quale vengono coinvolti interessi di rilievo costituzionale e internazionale attinenti ai diritti fondamentali della persona».

Ebbene, proprio per evitare “trattamenti diversificati o peggiorativi” occorre, in primo luogo, valutare la condizione di vulnerabilità²⁶ in cui si trovano i soggetti stranieri che comporta una particolare necessità di protezione, al fine di evitare lesioni dei diritti fondamentali in gioco e, in secondo luogo, adattare l’*agere* alle specifiche esigenze e alla condizione degli stessi, alla luce del principio di buona fede²⁷ e di umanità²⁸, da intendere come fondamento per la costruzione di una tutela del soggetto straniero riconosciuta per esigenze umanitarie e che comprende i principi di proporzionalità e ragionevolezza²⁹. Ciò è avvertito maggiormente quando si tratta del riesercizio del potere amministrativo dove

²⁶ Si veda F.E. RAMIREZ SANCHEZ, *El acceso a la justicia de las personas migrantes: el test de vulnerabilidad y el ajuste del procedimiento*, in E. BINDI, V. CARLINO, a cura, *Migracion y derechos: una mirada global desde la frontera*, Torino, Giappichelli, 2023, pp. 103-120, in cui si paventa l’utilizzo del “test di vulnerabilità” come parametro per valutare il grado di “specialità” della tutela (anche) giurisdizionale che dovrà apprestarsi nei confronti del soggetto migrante al fine di attuare la tutela più idonea e di garantire i diritti fondamentali.

²⁷ Intesa (anche) come principio di collaborazione e di divieto di perseguire la soddisfazione egoistica degli interessi.

²⁸ Ricavabile, in generale, dagli inderogabili doveri di solidarietà sociale di cui all’art. 2 cost. che pervadono ogni tipologia di rapporto giuridico, per cui si impone all’amministrazione l’osservanza di regole di condotta improntate alla correttezza e alla lealtà e che tengono in assoluta considerazione il legittimo affidamento del privato. In tema G. MIELE, *Umanesimo giuridico*. Ora in *Scritti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1945; V. BERLINGO’, *L’humanitas e la fundamentalità del diritto: il “trattamento” degli immigrati irregolari*, in «Diritto amministrativo», fasc. 3, 2017, pp. 529-572; G. VICINI, *Il caso Shalabayeva: un “crimine di lesa umanità”*, in «Diritto, immigrazione e cittadinanza», fasc. 2, 2021, pp. 260-283; I. TRUJILLO, *Giustizia o Umanità? Come e perché le società sviluppate devono rispondere al problema migratorio*, in «Ragion pratica», fasc. 57, 2021, pp. 519-535; A. CIOFFI, *Il nuovo permesso di soggiorno per “protezione speciale” e il principio di umanità*, in «politica.eu», fasc. 1, 2021, pp. 83-94.

²⁹ Sulla proporzionalità e ragionevolezza in tema migratorio si veda F. VALENTINI, *Il diritto dell’immigrazione nella recente giurisprudenza del Consiglio di Stato: un viaggio tra i principi fondamentali del diritto amministrativo*, in «Il diritto amministrativo. Rivista giuridica», n. 9, settembre 2024 secondo cui «può dirsi proporzionato solo ciò che sia anzitutto idoneo a perseguire un determinato fine, che sia strettamente necessario e che rappresenti il minor sacrificio possibile o comunque sopportabile per la sfera giuridica del destinatario dell’azione amministrativa. Tale definizione compendia i tre elementi costitutivi del principio di proporzionalità: idoneità, necessità e “proporzionalità in senso stretto” e, inoltre, non basta che la scelta sia proporzionale, occorre che sia anche ragionevole. La ragionevolezza, come chiarito anche dalla giurisprudenza amministrativa oltre che da quella costituzionale che ne è la principale fonte, costituisce un criterio al cui interno convergono altri principi generali dell’azione amministrativa (imparzialità, uguaglianza, buon andamento): l’amministrazione, in forza di tale principio, deve rispettare una direttiva di razionalità operativa al fine di evitare decisioni arbitrarie od irrazionali. In virtù di tale principio, l’azione di pubblici poteri non deve essere censurabile, sotto il profilo della logicità e dell’aderenza ai dati di fatto risultanti dal caso concreto».

la pubblica amministrazione ha già subito un primo annullamento e dunque, dovrebbe evitare di contrastare la decisione pronunciata e favorevole all'interessato³⁰.

L'amministrazione nel momento in cui esercita il potere mediante il provvedimento ha già realizzato un procedimento caratterizzato da un'istruttoria il più possibile completa. Dunque, la riedizione del potere dovrebbe essere un'eccezione derivante dall'esistenza di elementi che in sede di prima istruttoria non potevano essere conosciuti da parte della stessa amministrazione. La riedizione del potere non può, dunque, tramutarsi in un mezzo per eludere la pronuncia giurisprudenziale; pertanto, non può sostenersi che la pubblica amministrazione abbia la stessa libertà di manovra che vanta in sede di primo esercizio del potere, in quanto, al contrario, dovrà adattarsi al *dictum* giudiziale (che, alla luce del principio di effettività della giurisdizione amministrativa, dovrà indicare dettagliatamente i limiti al riesercizio del potere)³¹.

Inoltre, occorre evidenziare che il giudizio amministrativo vede la pubblica amministrazione come parte processuale in grado di utilizzare tutti gli strumenti previsti dal c.p.a.. Se così è, l'amministrazione potrà far valere i motivi ostativi che hanno condotto al rigetto dell'istanza del privato in sede di emissione del primo provvedimento anche attraverso il ricorso incidentale, ampliando l'oggetto del processo oltre i limiti imposti dai motivi di ricorso presentati dal soggetto privato ed evitando - per far valere l'infondatezza della pretesa del privato - le lungaggini legate al riesercizio del potere, che comportano esclusivamente incertezza per il soggetto straniero; incertezze che, come detto, sottopongono il medesimo a potenziali lesioni dei diritti (anche) fondamentali.

In quest'ottica, l'inesauribilità del potere amministrativo, già qualificato in termini di necessità, legata all'attuale, costante ed efficace cura degli interessi pubblici costituirebbe esclusivamente l'eccezione. In altre parole, il riesercizio del potere, da automatismo dall'impiego illimitato, si converte in strumento utilizzabile solo in presenza

³⁰ E. TRAVERSA, *Esecuzione del giudicato - Il principio del one shot temperato tra effettività della tutela e inesauribilità del potere amministrativo*, in «Giurisprudenza italiana», n. 7, 2017, pp. 1672-1682

³¹ R. PARISI, *Il difficile punto di equilibrio tra l'effettività della tutela giurisdizionale e l'inesauribilità del potere amministrativo (nota a T.A.R. Abruzzo - Pescara, 1° marzo 2023 n. 107)*, in «Giustizia Insieme», giustiziainsieme.it, 17.05.2023.

di nuovi elementi sopravvenuti e non conoscibili – e non per “colpa” – dalla pubblica amministrazione.

Da tale impostazione si ricava l’argomentazione per cui la pubblica amministrazione realizza il vizio di violazione o elusione del giudicato nel momento in cui la stessa, in presenza di una sentenza di segno positivo per il soggetto migrante, riesercitando il potere, reiteri il rigetto sulla base di un elemento conosciuto o conoscibile dall’istruttoria dispiegata in sede di primo procedimento. Corollario e, anzi, presupposto della impostazione in commento è la “completezza” delle statuizioni contenute nella sentenza, le quali dovranno analizzare il rapporto sostanziale al fine di comprendere la legittimità della pretesa di parte ricorrente³². Difatti, come sostenuto in giurisprudenza, «affinché il riesercizio del potere a seguito di annullamento giudiziale possa dirsi in violazione o elusione del giudicato, occorre che l’attività asseritamente esecutiva dell’Amministrazione risulti contrassegnata da uno sviamento manifesto, diretto ad aggirare le prescrizioni, puntuali, stabilite con il giudicato, dovendosi in caso contrario ravvisare un’eventuale nuova autonoma illegittimità. Nel processo amministrativo, infatti, è configurabile la violazione del giudicato quando il nuovo atto emanato dall’Amministrazione, contrasta con la sentenza recante un obbligo talmente puntuale che la sua esecuzione deve concretarsi nell’adozione di un atto il cui contenuto sia

³² Sul punto si segnala Cons. St., sez. VI, sentenza n. 1321 del 25.02.2019 secondo cui «La ‘riduzione’ della discrezionalità amministrativa (anche tecnica) può essere l’effetto: a) sul piano ‘sostanziale’, degli auto-vincoli discendenti dal dipanarsi dell’azione amministrativa, contrassegnata dal crescente impiego di fonti secondarie e terziarie rilevanti come parametri rigidi per sindacare l’esercizio della funzione amministrativa concreta (anche se originariamente connotata in termini discrezionali); b) sul piano ‘processuale’, dei meccanismi giudiziari che, sollecitando l’amministrazione resistente a svolgere ogni valutazione residua sulla materia controversa, consentono di focalizzare l’accertamento, attraverso successive approssimazioni, sull’intera vicenda di potere (si pensi alla combinazione di ordinanze propulsive e motivi aggiunti avverso l’atto di riesercizio del potere, ma anche alle preclusioni istruttorie e alla regola di giudizio fondata sull’onere della prova), concentrando in un solo episodio giurisdizionale tutta quell’attività di cognizione che prima doveva necessariamente essere completata in sede di ottemperanza. La consumazione della discrezionalità può essere anche il frutto dell’insanabile ‘frattura’ del rapporto di fiducia tra Amministrazione e cittadino, derivante da un agire reiteratamente capzioso, equivoco, contraddittorio, lesivo quindi del canone di buona amministrazione e dell’affidamento riposto dai privati sulla correttezza dei pubblici poteri. In presenza di un’evenienza siffatta, resta precluso all’amministrazione di poter tornare a decidere sfavorevolmente nei confronti dell’amministrato anche in relazione a profili non ancora esaminati». In tema A. DI CAGNO, *Giudicato e riedizione del potere: esaurimento della discrezionalità nel rapporto con la pronuncia del giudice amministrativo*, cit., p. 745.

integralmente desumibile dalla sentenza stessa ovvero quando il nuovo provvedimento riproduca i medesimi vizi già censurati all'origine; si verifica invece elusione del giudicato se l'Amministrazione cerca di realizzare il medesimo risultato con un'azione connotata da un manifesto sviamento di potere, e cioè con l'esercizio di una potestà pubblica formalmente diversa ma in palese carenza dei presupposti che la giustificano al fine di pervenire sostanzialmente al medesimo esito già ritenuto illegittimo»³³.

In definitiva, l'impostazione sino ad ora avanzata è fondata sul principio di umanità e si sviluppa, da un lato e in sede di primo esercizio del potere, su un'istruttoria orientata alla completezza e alla buona fede³⁴ (in grado di ridurre le lungaggini procedurali e permettere all'amministrazione di far valere in giudizio tutti i motivi ostativi al riconoscimento del bene della vita al soggetto straniero) e, dall'altro lato, sulla sentenza "vincolante" del giudice³⁵ (che permette di delineare analiticamente quanto richiesto all'amministrazione soccombente). Tale impostazione eviterebbe la compressione dei

³³ T.A.R. Campania, Napoli, sez. IV, sentenza n. 5225 del 04/11/2019. Sul punto si veda anche TAR Lazio, Roma, sez. II, sentenza n. 9453 del 01.09.2021 e TAR Lombardia, Milano, sez. III, sentenza n. 50 del 08.01.2021 secondo cui «la violazione o l'elusione del giudicato sussistono solo quando l'Amministrazione, in sede di riesercizio del potere, ometta di adottare l'atto il cui contenuto è già stabilito dalla sentenza di annullamento, ovvero reiteri gli stessi vizi già riscontrati nella sentenza stessa, ovvero ancora eserciti, in assoluta carenza dei necessari presupposti, un diverso potere rispetto a quello in precedenza esercitato al solo fine di giungere al medesimo risultato, non essendo invece sufficiente che il nuovo atto abbia contenuto dispositivo identico a quello già annullato»; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. IV, sentenza n. 2046 del 28.07.2016, secondo cui «l'elusione del giudicato, da distinguersi dalla figura del vizio di violazione del giudicato, si configura quante volte l'Amministrazione, pur formalmente provvedendo a dare esecuzione ai precetti rivenienti dal giudicato, con l'atto a mezzo del quale si sia nuovamente determinata va ad alterare l'assetto degli interessi stabilito dal giudizio con la sentenza di cui si chiede l'esecuzione, aggirando l'ordine contenuto nella decisione di merito sul piano sostanziale in modo da pervenire al medesimo esito già ritenuto illegittimo mediante l'esercizio di una potestà che si rivela in palese carenza dei presupposti che la giustificano. Questo concetto di elusione va, ovviamente, connesso con la definizione dei doveri spettanti all'Amministrazione in sede di riesercizio del proprio potere a seguito di annullamento giurisdizionale, laddove la P.A. è tenuta non solo ad uniformarsi alle indicazioni rese dal giudice (nel che è il proprium dell'effetto confermativo) e a determinarsi nei limiti imposti nel dictum giudiziale, ma anche a prendere in esame la situazione controversa nella sua complessiva estensione, valutando non solo i profili oggetto della decisione del giudice, ma quelli comunque rilevanti per provvedere sull'oggetto della pretesa fatta valere, allo scopo di evitare ogni elusione del giudicato».

³⁴ Alla luce anche di quanto affermato all'art. 97 cost.

³⁵ In tema F. GAFFURI, *Il potere del giudice di stabilire misure conformative nella sentenza di annullamento*, in «Giurisprudenza italiana», n. 12, 2020, pp. 2751-2755 secondo cui, esaurendosi il potere a seguito della pronuncia del giudice, non residuerebbe in capo all'amministrazione ulteriore discrezionalità e, di conseguenza, ai sensi dell'art. 31 comma 3, c.p.a., il giudice in sede di "secondo" giudizio potrebbe pronunciare sulla fondatezza della pretesa, vincolando l'amministrazione sulla concessione del bene della vita.

diritti fondamentali dei soggetti stranieri derivante dal fenomeno dell'alternanza tra procedimento e processo (fondato sull'alternanza tra esercizio e riesercizio del potere, da un lato, e sentenza di annullamento, dall'altro).

La stessa comporta, altresì, una rivalutazione della teoria del *one shot* “temperato”. Difatti, alla luce dell'istruttoria orientata alla buona fede e alla completezza e dell'effetto “vincolante” della sentenza, all'amministrazione in sede di riesercizio del potere non residuerebbe alcuna possibilità di fondare alla base del secondo rigetto dell'istanza elementi già conosciuti o conoscibili già in sede di prima istruttoria e, dunque, eccepibili già in sede di primo giudizio. Così facendo, viene vincolata l'amministrazione priva di “nuovi” elementi ostativi a concedere il bene della vita richiesto, riequilibrandosi il rapporto tra pubblica amministrazione e cittadino e, in particolare, evitandosi il “limbo” al soggetto migrante che potrà godere di un provvedimento definitivo. Circoscrivendo, mediante la sentenza³⁶, i margini per il riesercizio del potere, la pubblica amministrazione potrebbe, in una prima ipotesi, conformarsi alla pronuncia favorevole al privato; in una seconda ipotesi, rintracciare “nuovi” elementi ostativi alla concessione del bene della vita non ricavabili dall'istruttoria originaria, con la conseguente devoluzione del nuovo provvedimento al giudice di legittimità; in una terza ipotesi, non conformarsi al giudicato, integrando la violazione o elusione del giudicato con conseguente competenza del giudice dell'ottemperanza³⁷.

³⁶ In conformità anche a quanto stabilito dall'interpretazione fornita dalla Corte EDU secondo cui la permanenza dello straniero sul territorio nazionale comporta un vincolo al corretto esercizio del potere amministrativo, su cui il giudice in caso di violazione dello stesso vincolo possa esercitare un controllo pieno ed effettivo, in grado di accertare che la decisione assunta nel caso concreto abbia tenuto in considerazione la specifica situazione giuridica della persona straniera. In questi termini M. INTERLANDI, *Alla periferia dei diritti: l'effettività della tutela dei diritti degli immigrati tra i rimedi giurisdizionali interni e le indicazioni ricavabili dal contesto europeo*, cit. p. 13.

³⁷ Sul punto si segnala T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, sentenza n. 1499 del 12.02.2013 secondo cui «la diversa, più ampia e poliforme natura del giudizio di ottemperanza non può non essere tenuta presente, allorché occorra verificare quali siano i margini di “rivalutazione dei fatti”, in sede di riesercizio del potere amministrativo, a seguito di sentenza di annullamento di precedente provvedimento amministrativo. A tal fine, occorre innanzitutto osservare che — in presenza di un nuovo provvedimento che si assume emanato in elusione o violazione di giudicato — la natura dichiarativa della pronuncia, vertendosi in tema di nullità, comporta che il giudice dell'ottemperanza debba confrontare la “novità” del contenuto provvedimentale con il contenuto prescrittivo della sentenza passata in giudicato. Lo stesso giudice ben può — laddove riscontri la sussistenza della nullità dell'atto — indicare all'Amministrazione puntuali criteri per dare attuazione al giudicato, ponendo così limiti al riesercizio del potere, senza che ciò possa essere considerato

5. segue: Il "rinnovato" ruolo del preavviso di rigetto

Corollario dell'impostazione in discorso è il rinnovato ruolo del preavviso di rigetto, in grado di consumare l'azione amministrativa in tempi ragionevoli, nonostante il dispiegarsi di un'istruttoria adeguatamente approfondita e in grado di bilanciare i contrapposti interessi in gioco.

L'art. 10 bis L. 241/90 prevede che, qualora il provvedimento di diniego venga annullato in sede giurisdizionale nell'esercitare nuovamente il suo potere, l'amministrazione non può addurre per la prima volta motivi ostativi già emergenti dall'istruttoria che ha generato il provvedimento successivamente annullato. L'art. 10 bis, dunque, si pone come aggancio normativo dal quale far discendere l'obbligo dell'amministrazione, già nel primo procedimento, di garantire un pieno contraddittorio e di esaurire ("one shot") tutti i margini di discrezionalità del potere, evidenziando tutti i motivi e le questioni rilevanti che ostano all'accoglimento della richiesta del privato. Si potrebbe sostenere, in forza del 10 bis, che l'amministrazione sia tenuta ad esercitare il potere in modo completo ed esaustivo, esaurendo tutti gli spazi di discrezionalità ad essa riservati, attraverso un contraddittorio e un'istruttoria procedurali definitivi e del tutto completi. Nella fase istruttoria, dunque, l'amministrazione dovrà recuperare tutti gli elementi, i fatti e gli interessi da porre a fondamento della decisione e che occorrerà altresì rendere evidenti nella motivazione del provvedimento finale; «più il materiale istruttorio presente nel procedimento è ampio, ovviamente nei limiti della pertinenza e rilevanza, e minore è il rischio che dopo l'annullamento del provvedimento di diniego da parte del

invasivo del merito amministrativo e ciò anche nel caso in cui ad essere rimessi in discussione non sono i "fatti" "rimasti immutati", ma "la valutazione dei medesimi" e che, dunque, nel caso in cui il riesercizio del potere si concreti nel valutare differentemente, in base ad una nuova prospettazione situazioni che, esplicitamente o implicitamente, sono state oggetto di esame da parte del giudice, non può escludersi in via generale la rivalutazione dei medesimi fatti già sottoposti al vaglio giurisdizionale, ma se ciò è insito nello stesso concetto di riesercizio del potere, tale riesercizio è tuttavia soggetto a precisi limiti e vincoli. Sicché, da ciò discende che l'accertamento definitivo del giudice relativo alla sussistenza di determinati presupposti relativi alla pretesa del ricorrente non potrà non essere vincolante nei confronti dell'azione amministrativa. Ciò in coerenza con l'impostazione soggettiva dell'azione giudiziale amministrativa e in linea con l'orientamento interpretativo della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, secondo la quale l'Amministrazione, in sede di esecuzione di una decisione esecutiva del giudice amministrativo non può rimettere in discussione quanto accertato in sede giurisdizionale».

giudice la p.a. possa adottare un nuovo diniego sulla base di motivi non presenti nell'istruttoria»³⁸. Alla base di tale tesi vi è l'aspirazione ad un giudicato amministrativo connotato dai caratteri della completezza e della stabilità, che può essere ottenuto valorizzando l'antecedente fase procedimentale.

In giurisprudenza, emblematica la pronuncia del Consiglio di Stato, sez. III, sentenza n. 5801 del 11.07.2022 - in tema di soccorso istruttorio e preavviso di rigetto nell'ambito di un procedimento tendente al rilascio del permesso di soggiorno - per cui «il principio di buona fede quale canone dell'azione amministrativa autoritativa ispira, ad esempio, l'istituto del soccorso istruttorio, la cui attivazione si impone a fronte di mere irregolarità amministrative sanabili. Ai sensi dell'art. 6 della L. n. 241 del 1990, il responsabile del procedimento è tenuto a chiedere le integrazioni documentali utili alla più completa istruttoria procedimentale, non potendosi limitare ad addurre l'incompletezza dei documenti posti a supporto dell'istanza per concludere nel senso dell'adozione di un provvedimento negativo, senza aver prima posto il soggetto istante in condizione di completare l'istanza in questione». Da qui, secondo il Consiglio di Stato, nasce il dovere della Pubblica Amministrazione di attivare il soccorso istruttorio, già contemplato nella legge generale sul procedimento amministrativo e, in più, confermato dalla disciplina speciale contenuta nell'art. 5, comma 5, del D.Lgs. n. 286 del 1998, secondo cui il rinnovo del permesso di soggiorno è rifiutato quando mancano o vengono a mancare i requisiti richiesti per l'ingresso e il soggiorno nel territorio dello Stato, sempre che, comunque, non si tratti di irregolarità amministrative sanabili. La disposizione, secondo la pronuncia riportata, «è chiara nel ritenere che la presenza di irregolarità amministrative sanabili non sia di per sé sufficiente a legittimare il provvedimento reiettivo dell'istanza di rinnovo del titolo di soggiorno. L'attivazione del soccorso istruttorio, che assume i connotati di un atto doveroso e non meramente facoltativo, si giustifica in ragione dell'esigenza che l'Amministrazione, in attuazione del dovere di buona fede, tenga in debita considerazione l'interesse del privato al rilascio del provvedimento». In conclusione, i giudici affermano che «merita dunque di essere condivisa la sentenza di primo grado nella parte in cui

³⁸ A. ZITO, *Discrezionalità amministrativa e consumazione del potere*, cit., p. 31.

riconosce un obbligo di buona fede gravante sulla Pubblica Amministrazione, che - nel caso di specie - si sostanzia nell'obbligo dell'autorità competente di reiterare la richiesta di integrazione documentale, ove la prima notifica non sia andata a buon fine. L'obbligo di collaborazione in esame è stato ulteriormente disatteso dalla Pubblica Amministrazione sia nel momento in cui il cittadino straniero, venuto a conoscenza delle ragioni del provvedimento reiettivo, ha sollecitato un riesame da parte dell'autorità competente, mostrandosi disponibile a integrare le carenze documentali, sia nel momento in cui - in sede di ricorso cautelare - è stato imposto alla Questura di riprovedere sulla domanda proposta dal cittadino straniero all'esito di rinnovata dialettica procedimentale [...] In conclusione, la mancata notifica del preavviso di rigetto, determinando l'impossibilità di integrare le carenze di documentazione essenziale ai fini di una completa istruttoria, comporta l'illegittimità del provvedimento reiettivo».

Inoltre, in altra pronuncia, lo stesso Consiglio di Stato³⁹ giungeva altresì ad affermare che «la mancata puntuale indicazione, nel preavviso di rigetto, di tutti i motivi ostativi al rilascio del permesso di soggiorno equivale all'omissione della fase partecipativa» e, dunque, del contraddittorio.

In ultima analisi, l'art. 10 bis diviene, da un lato, uno strumento di cooperazione istruttoria⁴⁰ tra privato e amministrazione e, dall'altro lato, una preclusione procedimentale⁴¹ che sancisce l'esaurimento del potere istruttorio e decisionale della pubblica amministrazione e permette il confluire nel giudizio di annullamento non soltanto della legittimità della pretesa sul piano formale, bensì anche l'oggetto sostanziale della determinazione amministrativa.

³⁹ Cons. St., sez. III, sentenza n. 4412 del 09.05.2019.

⁴⁰ P. COMOGLIO, *Il dovere di cooperazione istruttoria nei procedimenti di protezione internazionale: un difficile inquadramento sistematico*, in M. ACIERNO, a cura, «Questione Giustizia, Gli Speciali», *Il diritto alla protezione internazionale e l'impiego della giurisdizione*, gennaio 2021, pp. 13-33; M. FLAMINI, *Il dovere di cooperazione istruttoria nel procedimento di protezione internazionale: il punto di vista del giudice di merito*, in M. ACIERNO, a cura, «Questione Giustizia, Gli Speciali», *Il diritto alla protezione internazionale e l'impiego della giurisdizione*, cit., pp. 71-92.

⁴¹ M. CLARICH, *Limiti oggettivi e soggettivi del giudicato amministrativo e riesercizio del potere*, in «P.A. Persona e Amministrazione», V. 10, n. 1, 2022, pp. 33-40.

6. Conclusioni

L'impostazione sino ad ora argomentata - alla luce della volontà di avanzare una proposta per tentare di risolvere l'annosa questione relativa alla lesione dei diritti fondamentali dei soggetti stranieri e migranti nell'ambito del rapporto con l'amministrazione pubblica - avrebbe il vantaggio di limitare al minimo i margini di riesercizio del potere amministrativo, riequilibrando le posizioni di amministrazione e soggetto privato⁴² ed evitando il "limbo" giuridico nell'ambito del quale spesso i soggetti stranieri e migranti si ritrovano.

Alla luce di quanto sino ad ora affermato, può condividersi l'impostazione secondo cui, da un lato, l'inesauribilità non è un carattere intrinseco del potere bensì una qualità che esso può o meno possedere a seconda della disciplina di riferimento⁴³ e, dall'altro lato, occorre delineare degli obblighi di comportamento per il soggetto che nel rapporto sostanziale riveste la posizione dominante, il quale sarà tenuto ad esternare già prima del processo e, quindi, anche e soprattutto durante il procedimento le ragioni che sono a base dell'atto o del provvedimento che costituisce esercizio del suo potere⁴⁴.

Inoltre, se si accoglie la teoria per cui il processo amministrativo investe non soltanto l'atto in sé e per sé considerato, ma coinvolge altresì l'esercizio del potere in senso sostanziale, si comprende che per parlare di giudicato amministrativo, non si può prescindere da una visione circolare e integrata di procedimento amministrativo (da intendersi non come un flusso continuo come l'attività legislativa⁴⁵) e giurisdizione amministrativa. Come sostenuto dalla Cassazione, Sez. Un., sentenza n. 18592 del 07.09.2020 «il sistema della giustizia amministrativa deve dimostrarsi in grado di approntare un rimedio adeguato al bisogno di tutela, rendendo concretamente tangibile

⁴² In tema si veda M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, cit. p. 222, secondo cui «così come il ricorrente che promuove il processo amministrativo ha l'onere di formulare tutti i motivi di ricorso, allo stesso modo si può ritenere che la pubblica amministrazione abbia l'onere di acclarare nel procedimento tutti gli elementi che giustificano l'esercizio del potere».

⁴³ *Ibid.*, p. 209.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 216.

⁴⁵ M. TRIMARCHI, *Decisione amministrativa di secondo grado ed esaurimento del potere*, in «P.A. Persona e Amministrazione», n. 1, 2017, pp. 189-210.

l'evoluzione della giustizia amministrativa da strumento di garanzia della legalità della azione amministrativa a giurisdizione preordinata alla tutela di pretese sostanziali, come delineata dal suddetto nuovo codice del processo amministrativo».

Inoltre, l'esigenza di stabilità e certezza delle situazioni giuridiche ha dignità pari all'esigenza di aderenza all'interesse pubblico⁴⁶. Dunque, può dirsi che il giudice amministrativo, nell'ambito del perimetro della propria giurisdizione sul potere non si occupa più soltanto della pubblica amministrazione, bensì delle "persone" e dei loro diritti fondamentali. In quest'ottica, all'amministrazione viene richiesto uno grado di approfondimento maggiore in sede di istruttoria⁴⁷ - dominata dal principio della buona fede e umanità che esige il rispetto non soltanto del diritto interno ma anche e a maggior ragione degli obblighi internazionali – mentre al giudice una specificazione degli obblighi da imporre alla prima, al fine di potenziare l'effetto conformativo che impatterà sulla stessa⁴⁸, giungendo ad una conclusione definitiva che possa eliminare il già citato "limbo" giuridico in cui spesso si ritrovano i soggetti stranieri.

⁴⁶ M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo*, cit. p. 176

⁴⁷ In tema M. CLARICH, *Limiti oggettivi e soggettivi del giudicato amministrativo e riesercizio del potere*, cit. p. 40, in cui si afferma che «l'ordinamento dovrebbe puntare a rendere il più completo possibile l'accertamento nell'ambito del procedimento e solo in via secondaria, nei limiti del possibile, nell'ambito del processo, anche con nuovi strumenti processuali, per indurre l'amministrazione a esaurire in tutti gli aspetti l'esercizio del potere».

⁴⁸ C. NATALICCHIO, *L'effetto conformativo del giudicato amministrativo ultradecennale e la riedizione del potere. Le forme di tutela del privato e la crisi della cooperazione tra amministrazione e cittadino*, cit. in cui si sottolinea come sia «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».