



CAMMINO DIRITTO

Rivista di informazione giuridica
<https://rivista.camminodiritto.it>



LE PATOLOGIE DEI PROVVEDIMENTI AMMINISTRATIVI: L'ART. 21 OCTIES ED I SUOI EFFETTI SULLA LEGGE N. 241 DEL 1990

Breve analisi dell'art. 21 octies, introdotto dalla L. 15/2005, che ha riconfigurato il ruolo delle garanzie procedimentali e la motivazione del provvedimento nell'azione amministrativa. In particolare, l'assenza di alternative legittime ha comportato una svalutazione dell'interlocuzione tra Pubblica Amministrazione e privato istante ed ha attenuato l'onere motivazionale gravante in capo alla P.A.

di **Aniello Iervolino**

IUS/10 - DIRITTO AMMINISTRATIVO

Articolo divulgativo - ISSN 2421-7123

Direttore responsabile

Raffaele Giaquinto

Pubblicato, Giovedì 20 Agosto 2020

 Abstract ENG

The Article 21 octies, introduced by Law 15/2005, constituted the role of procedural guarantees and the reasons for the measure in the administrative life. In particular, “the absence of legitimate alternatives” has led to a devaluation of the dialogue between the Public Administration and the private applicant and has relieved the motivational burden on the P.A.

Sommario: 1. Le patologie del provvedimento amministrativo; 1.1 La nullità; 1.2 L’annullabilità; 2. L’art. 21 octies, comma 2, L. n° 241/1990; 2.1 L’art. 21 octies, comma 2 e le garanzie procedurali; 2.2 L’art. 21 octies, comma 2 ed il contenuto del provvedimento; 3. Conclusioni

1. Le patologie del provvedimento amministrativo.

In linea generale, la patologia dell’atto giuridico consiste nella sua difformità rispetto al paradigma normativo di riferimento.

Con particolare attenzione al provvedimento amministrativo, si distinguono diverse categorie patologiche, a seconda del tipo di discordanza dell’atto dallo schema legale corrispondente.

L’irregolarità del provvedimento amministrativo si rinviene quando sussistono lievi anomalie dell’atto, non idonee ad incidere sulla sua piena validità ed efficacia.

Diversamente, l’inopportunità si ha in presenza di un provvedimento affetto da vizi di merito che consentono la revoca in autotutela del provvedimento.

La categoria dell’invalidità, invece, fa riferimento all’annullabilità - che ricorre in presenza dei tradizionali vizi di incompetenza, violazione di legge ed eccesso di potere - e alla nullità, la quale si riscontra in presenza di vizi dell’atto più gravi rispetto a quelli che darebbero luogo alla mera annullabilità.

Discussa è, infine, l’ammissibilità della categoria dell’inesistenza del provvedimento amministrativo, nonché la delimitazione dei suoi confini con la nullità: nel caso dell’inesistenza, infatti, ricorrerebbe il vizio più grave del provvedimento, spingendosi al di là della patologia dell’atto amministrativo, in quanto si tratterebbe di un atto non

rientrante nella sfera di competenza del soggetto pubblico.

Entrando nello specifico, per ciò che interessa questa sede, occorre effettuare una descrizione della nullità e dell'annullabilità.

1.1 La nullità.

La nullità ha sempre avuto poco spazio in ambito amministrativo, essendo difficile collocarla ed, in alcuni casi, come visto, distinguerla dall'inesistenza.

E infatti, fino agli inizi degli anni '90, era diffusa una certa reticenza nell'immaginare che il provvedimento amministrativo potesse essere nullo, per il timore di dover considerare un atto amministrativo completamente improduttivo di effetti.

La dottrina tradizionale^[1] ha cercato di ricondurre la nullità nell'annullabilità, dichiarando l'annullamento di provvedimenti nulli.

Negli anni '90, il Consiglio di Stato ha aperto la strada alla categoria della nullità prendendo atto che, quando il giudizio ha ad oggetto un provvedimento affetto da invalidità talmente grave da non poter essere solo annullato (per vizi di incompetenza assoluta, violazione o elusione del giudicato), deve essere dichiarato nullo^[2].

La L. n° 15/2005, di modifica e integrazione della L. n° 241/1990, introducendo l'art. 21 septies (conferendo portata residuale rispetto alle ipotesi di annullamento), ha elencato i casi in cui il Giudice amministrativo può dichiarare nullo un provvedimento: mancanza di elementi essenziali; difetto assoluto di attribuzione, incompetenza assoluta, violazione o elusione di giudicato; nonché negli altri casi espressamente previsti dalla legge.

Le ipotesi di nullità dei provvedimenti amministrativi, poiché incidono sul principio generale per cui da ogni violazione di legge deriva l'annullabilità dell'atto, assumono carattere tassativo; una diversa interpretazione del tenore della disposizione comporterebbe un vulnus inammissibile al principio di cetezza del diritto pubblico^[3].

Per mancanza di elementi essenziali si intende l'assenza di qualsiasi elemento determinante alla produzione degli effetti dell'atto.

Sull'esatta individuazione degli elementi essenziali si sono formate due teorie: quella negoziale^[4], più tradizionale, mutuava gli elementi costitutivi dal diritto civile,

individuandoli in: a) agente; b) destinatario; c) volontà; d) oggetto; e) forma; quella più recente, funzionale - panpubblicistica^[5] ha ritenuto, invece, che l'atto amministrativo, per natura, persegue un fine determinato, voluto dall'agente e riconosciuto dal diritto, secondo lo schema tipico del negozio giuridico di diritto privato. Tuttavia, gli atti amministrativi sono esclusivamente funzionali alla cura dell'interesse pubblico^[6]; di conseguenza, i fini dell'agere amministrativo acquisiscono sempre rilevanza (e non possono essere liberamente individuati dalla P.A. poiché sono esclusivamente mirati alla tutela degli interessi dei cittadini).

La dottrina panpubblicistica ha anche aggiunto che “gli effetti dell'atto si producono **indipendentemente dalla corrispondenza del contenuto dell'atto all'intenzione dell'agente**”. Pertanto, secondo tale teoria, è necessario tener conto del **contenuto** (oltre all'oggetto) e della **finalità** (che sostituisce quello della volontà soggettiva) cui l'atto amministrativo tende.

L'oggetto del provvedimento amministrativo è inteso, dunque, in senso più ampio, dovendo includere anche l'elemento contenutistico.

Su questo aspetto, la giurisprudenza ha assunto una posizione esigente verso l'Amministrazione, affermando che il provvedimento non deve essere solo il contenuto proprio dell'atto ma deve contemplare anche la res, ossia la parte di realtà giuridica o materiale su cui mira ad incidere^[7].

Il difetto assoluto di attribuzione ricorre quando il potere è esercitato in totale mancanza dell'attribuzione di un potere: è il caso della concessione edilizia per un immobile sito in altro comune.

L'incompetenza assoluta fa riferimento ai casi in cui la legge attribuisce il potere di emanare un atto a un organo amministrativo diverso da quello che lo ha prodotto (si pensi ad una concessione edilizia rilasciata dalla Soprintendenza).

La violazione del giudicato si presenta quando il nuovo atto emanato dalla P.A., a seguito dell'annullamento di quello precedente, riproduce i medesimi vizi già censurati ed annullati dalla decisione del Giudice Amministrativo.

Si ha elusione del giudicato quando l'Ente, pur provvedendo formalmente a dare esecuzione al giudicato, tende sostanzialmente a aggirarlo in modo da pervenire surrettiziamente allo stesso esito di cui al precedente annullamento.

Rispetto a questi ultimi due vizi, la giurisprudenza ha limitato la declaratoria di nullità del nuovo atto emanato dalla P.A. alla sola circostanza in cui dal giudicato sussista un preciso e vincolato obbligo ¹⁸¹.

1.2 L'annullabilità.

L'unica categoria nota sin dal 1889, anno dell'istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato, è l'annullabilità (disciplinata, oggi, dall'art. 21 octies, L. n° 241/1990, introdotto dalla L. n° 15/2005).

I vizi produttivi dell'annullamento di un provvedimento amministrativo sono: la violazione di legge, l'eccesso di potere e l'incompetenza relativa.

La violazione di legge si configura quando l'atto amministrativo si pone in contrasto con una norma generale e astratta.

L'incompetenza relativa si verifica quando un organo amministrativo invade la sfera di competenza di un altro organo appartenente allo stesso settore amministrativo o, comunque, allo stesso Ente: si pensi ai casi in cui una deliberazione di competenza del Consiglio Comunale venga emanata dalla Giunta.

L'eccesso di potere si manifesta con il cattivo uso del potere amministrativo.

Di derivazione francese ("*excès de pouvoir*"), l'eccesso di potere era un'espressione con cui si indicava il vizio di una sentenza con la quale il Giudice esercitava funzioni amministrative, invadendo il campo della P.A.¹⁹¹.

Calandolo nel campo amministrativo, l'eccesso di potere avrebbe dovuto ravvisarsi solo nei casi in cui l'Amministrazione avesse invaso il campo di un altro organo statale, oppure, qualora un'attribuzione fosse stata riservata ad un diverso Ente (ad esempio un Prefetto che emette un provvedimento di competenza del Sindaco).

Tale vizio compare per la prima volta in Italia nella L. n° 5992/1889 e viene considerato un vizio dell'atto e non della funzione e dell'attività amministrativa come è stato, invece, inteso nel tempo¹⁰¹.

La dottrina e la giurisprudenza, infatti, hanno mutato l'originale intenzione del Legislatore, considerando l'eccesso di potere come il non corretto utilizzo del potere

amministrativo per raggiungere finalità diverse da quelle stabilite dalla legge ed elevandolo a strumento attraverso il quale il Giudice Amministrativo riesce a penetrare nella discrezionalità amministrativa, con il rischio di “scivolare nell’opportunità dell’atto” [11].

Tale vizio si esplicita attraverso molteplici figure sintomatiche: travisamento ed erronea valutazione dei fatti; illogicità e contraddittorietà della motivazione; contraddittorietà tra più atti; inosservanza di circolari; ingiustizia manifesta; violazione e vizi del procedimento che non si concretizzano in violazioni di legge; vizi della volontà; mancanza di idonei parametri di riferimento; violazione di principi generali del diritto.

2. L’art. 21 octies, comma 2, L. n° 241/1990.

La l. n° 15/2005, al fine di inquadrare i casi di annullamento di un provvedimento amministrativo, ha introdotto l’art. 21 octies che, al primo comma, riproduce pedissequamente la disciplina già dettata da norme processuali, cioè “è annullabile il provvedimento amministrativo adottato in violazione di legge o viziato da eccesso di potere o da incompetenza”.

La citata disposizione si caratterizza, invece, per una disciplina peculiare nel secondo comma che, per la prima volta, riconosce un regime di illegittimità che non conduce all’annullabilità giurisdizionale del provvedimento.

In questo caso, l’art. 21 octies parla di non annullabilità del provvedimento “adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell’avvio del procedimento qualora l’amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato”.

La prima parte del comma 2 cristallizza, a livello dispositivo, l’inclinazione della giurisprudenza a considerare non annullabile un provvedimento che, di fatto, non avrebbe potuto essere diverso da quello che effettivamente era stato “confezionato”.

Tale tendenza veniva giustificata da ragioni di economia processuale: si pensi, ad esempio, alle ordinanze di demolizione (atti vincolati) emanate senza un contenuto motivazionale idoneo o senza aver previamente assicurato al privato sanzionato le idonee garanzie procedurali; nel caso in cui il privato avesse impugnato l’atto innanzi al

T.A.R. e il gravame proposto fosse stato accolto, il Comune avrebbe potuto sanzionarlo nuovamente, riproponendo lo stesso atto ablatorio ed emendando il provvedimento nella parte ritenuta viziata.

L'unica utilità per il privato che proponeva ricorso era quella evitare l'immediata demolizione, sperando nell'avvento di una disciplina premiale - condonistica.

A seguito dell'introduzione dell'art. 21 octies, l'orientamento "formalistico" ha lasciato il passo a quello "sostanzialistico".

Tale ultimo orientamento ha fotografato in pieno l'obiettivo del legislatore: garantire la salvezza di un provvedimento che non presenti alternative legittime.

L'accertamento dell'esclusione di alternative legittime e della natura vincolata dei provvedimenti amministrativi, ai sensi dell'art. 21 octies, "sono operazioni intellettuali connesse circolarmente: il legislatore assume che l'esclusione di alternative sia la conseguenza della natura vincolata del provvedimento; ma la natura vincolata viene riconosciuta ad un tipo di provvedimento in conseguenza della valutazione (riservata in ultima analisi al giudice) che la norma non consenta se non una possibile soluzione ed escluda la possibilità di scelte diverse"^[13].

Il cambiamento è epocale poiché il legislatore, passando da un "processo sull'atto" ad un "processo sul rapporto", ha attribuito al Giudice Amministrativo un vasto potere prognostico sull'esito della vicenda amministrativa (e persino in assenza di una precisa istanza da parte del ricorrente^[14])

In tal modo, l'oggetto del giudizio risulterebbe senz'altro alterato. Per questo motivo, la dottrina ha giustificato tale ampliamento del potere giurisdizionale qualificando l'accertamento dell'assenza di alternative legittime come una sorta di questione "pregiudiziale" che il Giudice è tenuto, non incidenter tantum, a valutare^[15].

2.1 L'art. 21 octies, comma 2 ed il suo rapporto con le garanzie procedurali.

L'art. 21 octies, nella seconda parte del secondo comma stabilisce che non è, comunque, annullabile un provvedimento per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora la P.A. provi "in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato".

Su questo inciso vi sono state diverse critiche.

In primo luogo, diversamente dalla prima parte del comma 2 che si applica solo ai provvedimenti vincolati, il legislatore non ha specificato quali atti possano essere considerati legittimi pur presentando vizi procedurali.

Da un'interpretazione letterale, non par di dubbio che la disposizione possa coinvolgere tutti gli atti amministrativi.

Tale interpretazione è corroborata anche da una giurisprudenza sempre più costante che, in vicende in cui è chiamata solo a dirimere sulla legittimità di provvedimenti vincolati, rafforza la propria decisione di "salvare" il provvedimento non preceduto dalla comunicazione di avvio del procedimento affermando che l'art. 21 octies è applicabile anche ai provvedimenti contenuto discrezionale (oltre che a quelli vincolati)^[16].

La giurisprudenza e la dottrina si sono sentite investite del compito di dare una soluzione chiara, interrogandosi sull'intento del legislatore: ha voluto provvedere a una dequotazione delle tutele del privato venendo incontro a un'Amministrazione ingolfata, oppure, ha inteso gravare l'Ente di un onere istruttorio in giudizio che giustificasse il mancato coinvolgimento del privato nella fase procedimentale?

L'orientamento maggioritario è favorevole alla prima tesi, ritenendo che la ratio dell'art. 21 octies è proprio quella di garantire una maggiore efficienza all'attività dell'Amministrazione, risparmiando antieconomiche ed inutili duplicazioni di attività, nei casi in cui il riesercizio del potere non potrebbe portare, in ogni caso, all'attribuzione del bene della vita^[17].

Sta di fatto che l'art. 21 octies si pone in contrasto con una serie di disposizioni di cui alla L. n° 241/1990.

È il caso del soccorso istruttorio procedimentale, che prevede un onere del Responsabile del Procedimento di richiedere al privato istante l'integrazione della documentazione mancante, e della preventiva comunicazione dei motivi ostativi alla positiva definizione del procedimento amministrativo ad istanza di parte, ex art. 10 bis (introdotto sempre con la novella del 2005).

Con riferimento a quest'ultima garanzia procedimentale, il legislatore ha prescritto l'adozione di un provvedimento a motivazione rinforzata (tant'è vero che la dottrina ha distinto tra motivazione generica, derivante dall'obbligo generale di motivare un atto,

dalla motivazione specifica che consiste, come si vedrà anche infra, nell'arricchire il provvedimento amministrativo con le risposte alle osservazioni rese in sede procedimentale^[18]).

La giurisprudenza ha equiparato il preavviso di rigetto alla comunicazione di avvio del procedimento di cui all'art. 7, L. n° 241/1990, in quanto entrambi gli atti hanno la stessa funzione: quella di assicurare un effettivo confronto tra l'Amministrazione e i privati anteriormente all'adozione di un provvedimento negativo, in modo che non siano trascurati elementi istruttori utili alla decisione finale.

Tale identità funzionale permette di affermare che anche l'assenza di comunicazione di preavviso di diniego incide sulla validità del provvedimento finale esclusivamente nei limiti di cui all'art. 21 octies, comma 2, ossia qualora abbia determinato un effettiva carenza istruttoria; ciò non si verifica quando l'ilegittimità formale dell'atto amministrativo ^[19].

Fermo l'orientamento secondo cui gli atti di natura vincolata, non necessitano, ai fini della loro legittimità, di una precedente comunicazione di avvio del procedimento, la giurisprudenza ha inteso valorizzare le garanzie partecipative che l'ordinamento pone a tutela del privato nel caso in cui quest'ultimo sia in grado di produrre un apporto decisivo durante la fase procedimentale. ^[20].

Seppur in maniera isolata, il Consiglio di Stato^[21] si è pronunciato sulla figura del proprietario non responsabile degli abusi e sulla necessità della comunicazione dell'avvio del procedimento finalizzato all'emanazione del provvedimento demolitorio^[22] (atto vincolato) perché, pur costituendo sanzione reale con efficacia erga omnes, laddove vi sia dissociazione soggettiva tra l'autore dell'abuso edilizio ed il nuovo proprietario del bene sottoposto alla sanzione ablatoria, si rivela necessaria, a pena di illegittimità, la comunicazione di avvio del procedimento funzionale all'adozione della demolizione.

La costanza argomentativa della giurisprudenza, salvo le predette eccezioni, non tiene minimamente conto del fatto che la comunicazione di avvio del procedimento ha un valore importante per il privato che deve godere del diritto all'informazione di ciò che accadrà (o può accadere), di lì a poco, nella sua sfera giuridica.

La decisione di tutelare l'operato dell'Amministrazione, ai sensi dell'art. 21 octies, comma 2, L. n° 241/1990, in spregio alle garanzie procedurali previste in favore del privato dalla stessa Legge, ha comportato anche delle forzature interpretative sulla portata e sulla funzione di provvedimenti diversi tra di loro.

La giurisprudenza, infatti, ha più volte assimilato l'ordinanza di sospensione dei lavori alla comunicazione di avvio del procedimento^[23], nonostante tali fasi siano completamente differenti: la prima ha una funzione cautelare, finalizzata ad evitare che il privato prosegua i lavori fintantoché non sarà conclusa l'istruttoria sulla legittimità del titolo abilitativo (o sulla conformità dei lavori di cui predetto titolo); la seconda, invece, garantisce al privato di presentare osservazioni per fare chiarezza su situazioni che il Comune non è riuscito a comprendere attraverso la propria attività istruttoria.

Fermo quanto innanzi, nella pratica, l'art. 21 octies così concepito trasferisce in giudizio l'intera fase procedimentale omessa dalla P.A. perché, se, da una parte, l'Amministrazione dovrà dimostrare che l'apporto del privato sarebbe stato influente, dall'altra, quest'ultimo proverà sicuramente (*rectius*, cercherà di provare) che le sue osservazioni e i documenti che avrebbe potuto trasmettere all'Ente avrebbero portato ad un esito diverso del procedimento.

2.2 L'art. 21 octies, comma 2 ed il contenuto del provvedimento.

La mancata partecipazione del privato al procedimento, giustificata dall'art. 21 octies, L. n° 241/1990, comprime inevitabilmente il contenuto motivazionale del provvedimento amministrativo, essendo privo delle risposte che (qualora le garanzie procedurali fossero state assicurate) il Comune avrebbe dovuto dare alle controdeduzioni del privato.

Venendo alla motivazione, la cui obbligatorietà è prevista dall'art. 3 della L. n° 241/1990, due sono i quesiti che ci interessano: **1)** se la sua assenza abbia natura formale o sostanziale; **2)** se è possibile integrare la motivazione in via postuma (ossia, se l'Amministrazione ha adottato un provvedimento composto da una motivazione eccessivamente scarna o insufficiente, per salvarsi dai vizi della motivazione, può, attraverso scritti difensivi, aggiungere altri elementi motivazionali a corredo del provvedimento impugnato).

Attribuire valore formale alla motivazione significherebbe accettare una sua dequotazione a mera irregolarità, non tutelabile innanzi al Giudice Amministrativo; diretta conseguenza di questa teoria sarebbe l'insussistenza di una posizione di interesse legittimo in capo al privato e la definizione in rito del giudizio.

Senonché, la dottrina è intervenuta in maniera incisiva sul pericolo di "perdere" l'elemento motivazionale dai provvedimenti amministrativi, riconoscendo "come interesse legittimo anche quello dell'osservanza delle norme "formali" o "strumentali" che disciplinano solo il procedimento, o la forma, o la competenza, o la motivazione"^[24].

Altra parte della dottrina, andando al di là della natura sostanziale o formale della motivazione, ha ritenuto che il Giudice, nel verificare la presenza di un interesse a ricorrere, debba effettuare un giudizio che non si limiti solo sull'accertamento dell'illegittimità di un provvedimento amministrativo, ma che si estenda anche alla verifica “della spettanza della pretesa sostanziale fatta valere in giudizio e/o all'effettiva sussistenza del danno ingiusto”^[25].

Per quanto concerne, invece, l'integrazione motivazionale postuma, singolare è che il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Sicilia^[26] (prima del 2005) aveva persino ritenuto possibile integrare la motivazione di un provvedimento in giudizio, sulla scorta del fatto che il ricorrente avrebbe sempre potuto proporre motivi aggiunti ed impugnare anche tale nuova parte motivazionale del provvedimento gravato con il ricorso introduttivo.

Tale soluzione è stata sin da subito bocciata dal Consiglio di Stato e dalla Corte Costituzionale che hanno legittimato l'integrazione motivazionale postuma esclusivamente con due modalità: attraverso il deposito di atti istruttori dei quali l'Ente non aveva fatto menzione nell'atto impugnato; attraverso la convalida (un provvedimento autonomamente impugnabile) con il quale la Pubblica Amministrazione, nell'esercizio del proprio potere di autotutela decisionale ed all'esito di un procedimento di secondo grado, interviene su un provvedimento amministrativo viziato, e come tale annullabile, emendandolo dai vizi che ne determinano l'illegittimità^[27].

Alla base di questa interpretazione così stringente vi è la costante convinzione che la motivazione del provvedimento costituisca il contenuto imprescindibile sostituibile del provvedimento amministrativo, anche in ipotesi di attività vincolata. ^[28]

È, comunque, doveroso rilevare che sussiste un orientamento giurisprudenziale che, discostandosi da quello maggioritario, differenziando gli atti a contenuto discrezionale da quelli vincolati ex art. 21 octies, L. n° 241/1990, ritiene che questi ultimi possano essere legittimamente integrati, nella loro parte motiva, anche in corso di giudizio^[29].

La problematica della motivazione ha particolare rilievo in relazione all'elusione del giudicato, perché occorre verificare come l'Amministrazione, con il nuovo provvedimento, si adegui alla sentenza che ha annullato il precedente per difetto di motivazione.

In linea teorica, infatti, l'Amministrazione potrebbe adottare un nuovo provvedimento negativo sulla base di una nuova e diversa motivazione (si pensi, ad es. al diniego del

titolo edilizio annullato dal Giudice per difetto di motivazione; il Comune potrebbe tranquillamente ripetere il diniego inserendo motivazioni che non aveva inserito nel primo provvedimento).

La giurisprudenza ha lavorato molto per dirimere tale questione, attribuendo valore imprescindibile al dato motivazionale.^[30]

A comprova del rispetto delle norme amministrative in ambito motivazionale, nel caso di ottemperanza ad una sentenza di annullamento di un atto per difetto di motivazione, la P.A. ha l'obbligo di motivare adeguatamente il nuovo provvedimento, altrimenti illegittimo.^[31]

Sulla scorta di tali sentenze, il Giudice, nel valutare se il potere di riedizione sia stato legittimamente posto in essere dalla P.A., deve verificare se l'Amministrazione ha utilizzato motivi che hanno accompagnato già il precedente provvedimento (in tal caso, sarebbe evidente uno sviamento di potere della P.A.), oppure si tratti di motivi solo apparentemente diversi rispetto a quelli del precedente provvedimento (in questo caso, il provvedimento sarebbe nullo per elusione del giudicato).

Il provvedimento rieditato può, dunque, essere considerato legittimo solo nel caso in cui siano indicati motivi completamente nuovi, dettati da vicende fattuali o giuridiche sopravvenute.

La latitudine dell'obbligo di motivazione si coglie in maniera ancora più significativa quando si tratta delle ordinanze di demolizione, stante il carattere vincolato del provvedimento, anche quando queste intervengono dopo un lungo lasso di tempo; ciò, infatti, non elide l'esercizio del potere di contrasto degli abusi edilizi, né impone un più stringente obbligo motivazionale che giustifichi il permanere del carattere di attualità dell'interesse pubblico a demolire.

Tale ragionamento viene a valle di una più ampia riflessione che elimina in radice ogni presunto affidamento sulla legittimità dell'opera abusiva ingeneratosi nel privato per il semplice trascorrere del tempo^[32].

Occorre qui osservare che non vi è sempre stato un orientamento univoco che legittimava i provvedimenti vincolati che presentassero una motivazione scarna. Difatti, fino alla pronuncia dell'Ad. Plen. del Consiglio di Stato nel 2017, esisteva un orientamento giurisprudenziale che "contabilizzava" l'onere motivazionale gravante sull'Amministrazione, ritenendo che questo dovesse essere tanto più gravoso (dovendo

evidenziare la prevalenza dell'interesse pubblico al ripristino della legalità violata rispetto all'interesse del privato a non veder demolita un'opera abusiva datata) quanti erano gli anni trascorsi dall'edificazione dell'opera abusiva^[33].

L'intervento dell'Ad. Plen. ha chiarito definitivamente che un'opera abusiva resta tale pur se sanzionata dopo un elevato periodo di tempo dalla sua realizzazione non essendo idonea a far divenire legittimo ciò che è sin dall'origine illegittimo.

Diretta conseguenza di ciò è l'inconfigurabilità in capo al privato di un affidamento sulla legittimità dell'opera. Ulteriore effetto è che l'impianto motivazionale del provvedimento demolitorio, per essere legittimo, non deve contenere la precisa indicazione dell'interesse pubblico concreto e attuale al ripristino della legalità violata^[34].

Allo stesso modo, tale inerzia non può certamente radicare un affidamento di carattere "legittimo" in capo al proprietario dell'abuso, giammai destinatario di un atto amministrativo favorevole idoneo a ingenerare un'aspettativa giuridicamente qualificata.

La motivazione deve essere, invece, completa nei casi di adozione di atti ad alto contenuto discrezionale.

In particolare, è richiesto all'Ente uno sforzo motivazionale nel caso di emanazione di provvedimenti che si discostano dai pareri tecnici resi nella fase prodromica^[35].

Fermi i pareri che, oltre ad essere obbligatori, abbiano anche natura vincolante (di tal guisa che l'Ente sia obbligato a recepire il suo contenuto senza potersene discostare, come, ad es., il parere paesaggistico della Soprintendenza nei procedimenti di rilascio dell'autorizzazione paesaggistica), sussistono pareri obbligatori ma non vincolanti che non incidono sul contenuto motivazionale del provvedimento amministrativo neppure quando approdano ad un esito di segno contrario rispetto a quello "finale" dell'Ente.

È il caso dei pareri dell'Asl e dell'Ordine dei Farmacisti nei procedimenti di zonizzazione delle farmacie comunali, ai sensi dell'art. 2 della L. n° 475/1968, la cui portata è stata spesso minata dalla giurisprudenza, avendoli declassati a mere opinioni che rischiano solo di ingolfare inutilmente il procedimento amministrativo di revisione della pianta organica.

A tal proposito, sovviene una sentenza del Consiglio di Stato che sradica qualsivoglia valore attribuito ai "pareri" stabilendo che questi "conferiscono un apporto conoscitivo e valutativo all'Amministrazione, ma non implicano che la stessa sia chiamata a confutarli se di contrario avviso"^[36].

Il contributo conoscitivo di questi organi è, dunque, così evanescente ai fini della riorganizzazione delle sedi farmaceutiche che i Giudici di Palazzo Spada hanno persino ritenuto che l'Ordine dei Farmacisti e l'Asl non possono essere coinvolti in giudizio poiché i loro pareri non hanno alcun valore vincolante per il Comune: "L'Ordine dei farmacisti e la ASL territoriali non sono controinteressati in senso tecnico, in quanto esprimono un parere obbligatorio ma non vincolante, che resta quindi esterno al modulo decisionale dell'istituzione della nuova sede farmaceutica".

3. Conclusioni

L'art. 21 octies ha comportato uno stravolgimento delle tutele procedimentali del privato, in senso più sostanzialistico.

A conferma di ciò, è da registrarsi un irrigidimento del Giudice Amministrativo che ha inteso limitare l'ambito delle censure ammesse alle sole pretese di natura sostanziale.

Le legittimate carenze procedimentali hanno investito anche l'impianto motivazionale del provvedimento amministrativo, rimanendo, tuttavia, salda l'illegittimità di un'integrazione motivazionale postuma, salvo l'utilizzo dello strumento della convalida, ex art. 21 nonies, L. n° 241/1990, ed il deposito di atti istruttori non menzionati dall'Ente nel provvedimento gravato.

Note e riferimenti bibliografici

- [1] “Manuale di Diritto amministrativo”, a cura di R. Chieppa, R. Giovagnoli, Giuffrè editor, 2018, pag. 476.
- [2] Ad. Plen. Consiglio di Stato, 29.02.1992, n° 1.
- [3] Consiglio di Stato, sez. VI, 07.08.2013, n° 4167.
- [4] “Corso di diritto amministrativo”, a cura di F. Cammeo, Milano (1911-1914), ristampa con note di aggiornamento a cura di G. MIELE, Padova, 1960, pag. 552.
- [5] “Il provvedimento amministrativo condizionato”, a cura di G. Greco, Giappichelli Editore, pag. 152.
- [6] “L’atto amministrativo”, R. Villata, in “Diritto Amministrativo”, a cura di L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco e F.G. Scoca, vol. I, IV ed., Bologna, 2005, pag. 767 ss.
- [7] ex multis, T.A.R. Calabria - Reggio Calabria, sez. I, 28.10.2014, n° 608
- [8] ” così che il suo contenuto sia integralmente desumibile nei suoi tratti essenziali dalla sentenza (C.d.S., sez. VI, 3 maggio 2011, n. 2602; sez. IV, 13 gennaio 2010, n. 70; 4 ottobre 2007, n. 5188), con la conseguenza che la verifica della sussistenza del vizio di violazione o elusione del giudicato implica il riscontro della difformità specifica dall’atto stesso rispetto all’obbligo processuale di attenersi esattamente all’accertamento contenuto nella sentenza da eseguire (C.d.S., sez. IV, 21 maggio 2010, n. 3233; sez. V, 6 maggio 2013, n. 2418; sez. VI, 7 giugno 2011, n. 3415; 5 dicembre 2005, n. 6963)” ex aliis, T.A.R. Campania - Napoli, sez. VI, 05.03.2019, n° 1245.
- [9] “Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità”, a cura di A. Albanese, M. Carrà, Giappichelli Editore, pagg. 239 - 241.
- [10] “Funzione amministrativa e soggettività della tutela - dall’eccesso di potere alle regole del rapporto”, a cura di C. Cudia, Giuffrè Editore, Milano, 2008, pagg. 21 e ss.
- [11] “Il provvedimento amministrativo”, a cura di R. Villata, M. Ramajoli, Giappichelli Editore, pag. 480.
- [12] “L’ avvio del procedimento. Procedura, giurisprudenza, questionario”, a cura di V. Galatro, A. Sgro, Giuffrè, pag. 131.
- [13] “Vizi formali e poteri del giudice amministrativo, D. Corletto, in Diritto Processuale Amministrativo, pag. 42.
- [14] “Codice dell’azione amministrativa”, a cura di M.G. Sandulli, Giuffrè Editore, pag. 979.
- [15] “Vizi formali e poteri del Giudice Amministrativo”, D. Corletto, in Diritto processuale amministrativo, I, pagg. 33 e ss.
- [16] T.A.R. Campania - Napoli, sez. VIII, 03.10.2019, n° 4726; T.A.R. Lazio - Roma, sez. I, 19.09.2019, n° 11098
- [17] Consiglio di Stato, sez. VI, 10.02.2020, n° 1001; Consiglio di Stato, sez. IV, 11.01.2019, n. 256
- [18] “Il procedimento amministrativo”, a cura di G. Morbidelli, in Manuale di Diritto amministrativo, Bologna, 1998, vol. II, pag. 1333.
- [19] T.A.R. Campania - Napoli, sez. I, 01.03.2017, n° 1185; Consiglio di Stato, sez. IV, 12.09.2007, n. 4828; T.A.R. Lombardia - Milano, sez. I, 10.05.2006, n° 1183; T.A.R. Lombardia - Brescia, 20.08.2008, n° 862; T.A.R. Lazio - Roma, sez. II ter, 15.06.2007, n° 5503; T.A.R. Campania - Napoli, sez. IV, 25.03.2009, n° 1611; T.A.R. Lazio - Roma, sez. I, 19.09.2019, n° 11098.
- [20] “(...) È chiaro, tuttavia, che tale assunto non deve ritenersi incondizionato, e si deve arrivare ad una conclusione diversa ogni qual volta l’apporto procedimentale del privato sia idoneo ad influire concretamente sulla decisione amministrativa” - Consiglio di Stato, sez. VI, 07.09.2018, n° 5273.

[21] Consiglio di Stato, sez. VI, 04.07.2014, n° 3409.

[22] Sull'obbligo della comunicazione, al proprietario incolpevole degli abusi, dell'avvio del procedimento volto all'acquisizione gratuita al patrimonio comunale, cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 20.10.2016, n° 4400 (che richiede la partecipazione del privato a prescindere dalla sua responsabilità); T.A.R. Piemonte - Torino, sez. II, 27.10.2016, n° 1351.

[23] Consiglio di Stato, sez. IV, 16.01.2019, n° 399.

[24] "Art. 21 octies della legge n. 241 del 1990 e annullamento d'ufficio dei provvedimenti amministrativi", a cura di G. Bergonzini, in *Diritto amministrativo*, pag. 246.

[25] "Codice dell'azione amministrativa", a cura di M.G. Sandulli, Giuffrè Editore, pag. 354.

[26] Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Sicilia, sez. giurisdizionale, 20.04.1993, n° 149.

[27] Corte Costituzionale, n° 92/2015.

[28] "e, per questo, un presidio di legalità sostanziale insostituibile, nemmeno mediante il ragionamento ipotetico che fa salvo, ai sensi dell'art. 21-octies, comma 2, della legge n. 241 del 1990, il provvedimento affetto dai cosiddetti vizi non invalidanti", Consiglio di Stato, sez. VI, 19.10.2018, n° 5984; Consiglio di Stato, sez. III, 19.01.2018, n° 357; Cons. Stato, sez. VI, 13.12.2017, n° 5892; Cons. Stato, sez. VI, 18.07.2016, n° 3194.

[29] Consiglio di Stato, sez. IV, 28.03.2018, n° 1959.

[30] "L'assetto teleologico che connota l'elemento motivazionale dell'atto amministrativo è quello di esternare le ragioni del provvedimento in modo da rendere comprensibile l'iter logico seguito dall'Autorità e rendere possibile la difesa delle proprie ragioni al destinatario del provvedimento, rimanendo altrimenti vanificato sia il principio costituzionale del buon andamento dell'amministrazione, sia la possibilità di difesa dell'interessato e la possibilità stessa del sindacato giurisdizionale" Consiglio di Stato, sez. IV, 18.04.2020, n° 2520.

[31] "ma non inibisce l'esercizio di tratti liberi dell'azione amministrativa (cfr. C.d.S., sez. VI, n. 1402/2016) a maggior ragione rinvenibili nel caso di sopravvenuto mutamento della realtà fattuale e giuridica per il decorso di un tempo prolungato tra l'adozione del provvedimento annullato, la sentenza di annullamento e la riedizione del potere. L'esecuzione del giudicato è, quindi, permeabile non solo alla normativa sopravvenuta ma anche alle nuove valutazioni spettanti all'amministrazione in sede di rideterminazione provvedimento" T.A.R. Trentino-Alto Adige - Trento, sez. I, 26.03.2019, n° 54; Consiglio di Stato, sez. V, 23.07.2018, n° 4444.

[32] T.A.R. Campania - Napoli, sez. III, 03.01.2020, n° 31; T.A.R. Campania - Napoli, sez. VI, 08.11.2019, n° 5298.

[33] Consiglio di Stato, sez. VI, 08.04.2016, n. 1393; T.A.R. Piemonte - Torino, sez. I, 29.01.2015 n. 1280.

[34] Ad. Plen. Consiglio di Stato, 17.10.2017, n°9.

[35] T.A.R. Lazio - Roma, sez. I, 15.07.2019, n° 9300.

[36] Consiglio di Stato, sez. III, 26.10.2017, n° 4946.

* Il simbolo {https/URL} sostituisce i link visualizzabili sulla pagina:

<https://rivista.camminodiritto.it/articolo.asp?id=5668>