

Diniego di permesso di costruire e divieto di motivazione postuma: brevi note sulla tutela degli interessi pretensivi tra il non fare del cittadino e il non dire della P.A.

Autore: Romanucci Paola

In: Diritto amministrativo

Mario Rossi chiede al Comune un permesso di costruire, l'ente lo nega. Il signor Rossi si rivolge al Tar, per l'annullamento del diniego e perchè il Giudice disponga il riesame in via cautelare. Prima ancora che il Giudice si sia pronunciato sulla domanda cautelare, il Comune adotta un nuovo provvedimento al dichiarato fine di effettuare il riesame della domanda ed integra il diniego con nuovi motivi ostativi. Il signor Rossi propone motivi aggiunti, con cui eccepisce l'inammissibilità dell'integrazione postuma del diniego.

Oltre che un manifesto fraintendimento dell'istituto del riesame, misura cautelare "propulsiva" con la quale il Giudice ordina all'amministrazione convenuta di "riconsiderare" l'istanza del privato, onde pervenire all'adozione di un atto emendato dai vizi censurati con economia di costi e tempi processuali **[1]** **ci sembra che il provvedimento "integrativo" del diniego rappresenti una illegittima integrazione postuma della motivazione.**

Tuttavia, se sul divieto di motivazione postuma il Consiglio di Stato appare fermo su una prevalente posizione di inammissibilità **[2]** (e sempre pacifica la non integrabilità dell'atto da parte del difensore), una parte della giurisprudenza di merito è invece orientata a ritenerlo superato, in conseguenza di due novelle: la sanabilità dell'atto annullabile, introdotta dalla Legge n.15/005 di modifica della Legge 241/90 sul procedimento; il potenziamento dell'istituto dei motivi aggiunti, con la Legge 205/2000 di modifica del giudizio amministrativo **[3]**.

Se, da un lato - si opina - la p.a. può oggi dimostrare in giudizio che l'atto non avrebbe potuto essere diverso da quello adottato (art.21octies L.241/90) e se il privato può impugnare i provvedimenti sopravvenuti in pendenza del ricorso, ecco che il cerchio quadra e la p.a. ben potrà dire poi quello che non ha detto prima.

Su tali conclusioni fa capolino anche un tentennante Consiglio di Stato **[4]**.

Ci permettiamo di dissentire dalla recente tesi della giurisprudenza di merito e proveremo a dimostrare

che il divieto di motivazione postuma, ben lungi dall'essere l'arcaico residuo di una concezione vetero formalistica, è, invece, un valido presidio della stessa sostanza del giudizio e del procedimento.

Alla tutela del privato cittadino, frustrato nella sua pretesa di un bene della vita, la facoltà di proporre motivi aggiunti contro integrazioni successive del diniego non è, difatti, sufficiente: lo si costringerebbe, altrimenti, ad "inseguire" una amministrazione che di volta in volta cambia le carte in tavola, in un rimpiazzamento motivazionale che finirebbe per cancellare l'obbligo di motivazione e violare nel contempo la leale collaborazione, l'imparzialità, il divieto di aggravamento del procedimento e, in definitiva, la stessa effettività della tutela giudiziale.

La questione non è di poco conto: si pensi alle conseguenze nefaste che avrebbe uno "sbriciolamento" della motivazione, se questa fosse emendabile con atti posteriori: potendo contare sulla facoltà di integrazione successiva, la p.a. - faticosamente ricondotta dalla novellata Legge 241/90 ad una più concreta osservanza delle regole del giusto procedimento - sarebbe indotta fatalmente ad istruttorie poco accurate, a scarsa diligenza e a comportamenti defatiganti, non più censurabili.

Un diniego di permesso di costruire (o di qualsiasi altro provvedimento ampliativo) basato su più argomenti, potrebbe essere "rateizzato" in tanti atti successivi, costringendo l'interessato ad una speculare attività giudiziale lunga ed onerosa, con svuotamento dei principi costituzionali di effettività della tutela giudiziale e di buon andamento dell'azione amministrativa.

Il mutamento di motivazione successivo all'impugnazione rituale del provvedimento appare confliggente sia con il principio di delimitazione del controllo giudiziario; sia con lo stesso giusto procedimento, che impone alla p.a. una condotta leale con la controparte privata.

Non convince, per contro, l'appello all'art.21octies della Legge 241, introdotto dalla Legge 15/2005, dacchè esso non reca affatto una "sanabilità" generalizzata dell'atto annullabile, ma, anzi, ben delimitata: ai vizi formali, per i cd. atti dovuti; alla omissione dell'avviso di procedimento, per gli atti discrezionali.

Ben venga la semplificazione dell'azione amministrativa e la corrispondente riduzione del rischio contenzioso su aspetti di forma inidonei a compromettere la giusta sostanza dell'atto; ma, laddove le censure del privato denunciino violazioni sostanziali, invocare la "sanabilità" postuma dell'atto viziato e dedurne l'integrabilità della motivazione appare in insanabile contrasto con i suddetti principi di rango costituzionale.

In altri termini, la necessaria delimitazione del controllo giudiziario, che presidia l'effettività della tutela, può tollerare deroghe esclusivamente a fronte di censure di tipo formale, non sostanziale.

E neppure persuade l'argomento della natura peculiare degli interessi pretensivi e della loro tutela: se, difatti, è pacifico che l'annullamento di un atto negatorio, di per sè, non implichi un assenso automatico (ben potendo la p.a. negare nuovamente la pretesa, sulla base di elementi sopravvenuti o non conosciuti), nemmeno appare ragionevole concludere che la p.a. possa, nella sostanza, integrare/modificare a piacimento un diniego già annullato, per gli stessi motivi sopra esposti: a pena di un sostanziale

svuotamento dei principi di giusto procedimento, di obbligo di motivazione, di effettività della tutela.

Per finalmente concludere, ci sembra che dal sistema - delineato dalla odierna Legge sul procedimento e dall'ampliamento della sfera di responsabilità della p.a., nonché dalla stessa evoluzione del processo amministrativo dall'atto al rapporto - emerga un chiaro principio: insiste, sulla p.a., un vero e proprio obbligo di diligenza procedimentale, che le impone di essere esaustiva, sia nella fase istruttoria che provvedimentale; e che esige di scegliere con cura gli argomenti una volta per tutte, assumendone in toto la responsabilità di fronte al privato.

Un vero e proprio obbligo, da considerare foriero di responsabilità risarcitoria e contabile, a fronte di colpevoli lacune e ritardi nella esternazione delle proprie conclusioni.

Soltanto così, ci pare che il "giusto procedimento" potrà diventare quel confronto dialettico capace di comporre i contrapposti interessi e neutralizzare il contenzioso.

E troverà dignitosa attuazione la tutela reale del cittadino di fronte alla p.a.

Avv. Paola Romanucci

[1] C.St sez.V 19.3.07 n.833

[2] La motivazione del provvedimento non può essere integrata nel corso del giudizio con la specificazione di elementi di fatto, dovendo la motivazione precedere e non seguire ogni provvedimento amministrativo, individuando con ciò il fondamento dell'illegittimità della motivazione postuma nella tutela del buona andamento amministrativo e nell'esigenza di delimitazione del controllo giudiziario. **Consiglio Stato , sez. VI, 29 maggio 2008 , n. 2555**

È consolidata la giurisprudenza che nega che, in giudizio, si possa introdurre una motivazione del provvedimento, per la elementare ragione che la giustificazione addotta ex post: a) non è dimostrato che abbia indotto l'amministrazione ad agire nel modo di cui è contestazione; b) doveva essere esplicitata al privato a tempo debito (con un espresso provvedimento), anche a tutela della sua posizione. **Consiglio Stato , sez. V, 31 gennaio 2007 , n. 404**

Le precisazioni giustificative rese dall'amministrazione in sede processuale non possono supportare l'atto amministrativo carente, non essendo possibile integrarne la motivazione in corso di giudizio.

Consiglio Stato , sez. V, 24 ottobre 2006 , n. 6345

[3]Dopo l'emanazione della l. 21 luglio 2000 n. 205 si deve riconoscere la possibilità alla p.a. di precisare la motivazione nel corso del giudizio, poiché il ricorrente può ai sensi di questa legge proporre motivi aggiunti, sicché l'indirizzo giurisprudenziale prima vigente secondo cui la stessa motivazione non potesse essere più integrata nel corso del processo, va limitata alle motivazioni espresse negli scritti difensivi, ma non a nuovi atti della medesima p.a. **T.A.R. Abruzzo L'Aquila, sez. I, 17 marzo 2008 , n. 455.**

Dal momento che, in relazione a quanto disposto dall'art. 21 octies, l. 7 agosto 1990 n. 241, così come modificata dalla l. 11 febbraio 2005 n. 15, non può disporsi l'annullamento di un atto tutte le volte in cui sia palese che il suo contenuto dispositivo non sarebbe stato diverso da quello in concreto adottato, in corso di giudizio è oggi possibile per l'amministrazione integrare la motivazione dell'atto impugnato ed il ricorrente, ove ritenga di contestare la legittimità anche di tale integrazione della motivazione, deve proporre motivi aggiunti. Per cui ove l'amministrazione abbia integrato con un nuovo atto nel corso del giudizio la motivazione dell'atto impugnato ed ove l'interessato non abbia contestato con motivi aggiunti tale nuovo atto di integrazione della motivazione, evidenti ragioni di economia processuale impediscono di annullare l'atto per difetto di motivazione, atteso che il provvedimento, per tale mancata impugnativa del nuovo atto, non avrebbe potuto avere un esito diverso

T.A.R.

Pescara

Abruzzo

14 marzo 2007 n. 323

Il potere dell'amministrazione di integrare la motivazione in corso di giudizio è limitato ai casi in cui, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Nel corso del giudizio amministrativo l'autorità che ha emanato gli atti impugnati ha facoltà di meglio chiarire (e quindi anche di integrare) le ragioni sottese alla determinazione da essa adottata, ma deve escludersi che la motivazione degli atti possa essere integrata a mezzo di nuove considerazioni esposte in giudizio dai difensori. **T.A.R. Trentino Alto Adige Bolzano, 29 settembre 2008 , n. 325**

[4]Sebbene il divieto di motivazione postuma, costantemente affermato dalla giurisprudenza amministrativa, meriti di essere confermato, rappresentando l'obbligo di motivazione il presidio essenziale del diritto di difesa, non può ritenersi che l'amministrazione incorra nel vizio di difetto di motivazione quando le ragioni del provvedimento siano chiaramente intuibili sulla base della parte dispositiva del provvedimento impugnato. D'altra parte, la legislazione più recente in tema di processo amministrativo si va decisamente orientando per l'abbandono di impostazioni formalistiche in favore di soluzioni che consentano al giudice di conoscere del merito della controversia, quando ciò sia possibile senza elidere le

garanzie difensive. Ne costituisce esempio la modificazione del procedimento di cui all'art. 21 bis della l. n. 1034 del 1971 ad opera dell'art. 3, comma 6 bis d.l. 14 marzo 2005 n. 35, conv. con modificazioni dalla legge 14 maggio 2005 n. 80, che, a proposito del procedimento contro il silenzio, ha disposto: "Il g.a. può conoscere della fondatezza dell'istanza". Ma nella stessa direzione si colloca la diversa novella introdotta, nell'intento, anche in questo caso, di favorire la deflazione del contenzioso, dall'art. 14 l. n. 15 del 2005, che ha aggiunto l'art. 21-octies all'originario testo della l. n. 241 del 1990. E se è innegabile che il primo periodo del comma 2 di questa disposizione contempra il caso che "per la natura vincolata del provvedimento sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato", è anche vero che il successivo periodo ammette la possibilità che "l'amministrazione dimostri in giudizio che il provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato", con implicito riferimento ad atti, almeno astrattamente, diversi da quelli vincolati, e quindi, discrezionali. Si tratta, è vero, di innovazione della quale la giurisprudenza non ha ancora adeguatamente approfondito la portata, ma dalla quale sarebbe arduo non far derivare una attenuazione del divieto di motivazione postuma.

Consiglio Stato

sez.V 09 ottobre 2007 n. 5271

<https://www.diritto.it/diniego-di-permesso-di-costruire-e-divieto-di-motivazione-postuma-brevi-note-sulla-tu-tela-degli-interessi-pretensivi-tra-il-non-fare-del-cittadino-e-il-non-dire-della-p-a/>