

Legge n.241 1990: L'interpretazione in chiave processuale dell'art. 21-octies e la garanzia della tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi

17 Novembre 2007

Claudio Silvis

Legge 7 agosto 1990 n.241

Art.21-octies (Annullabilità del provvedimento)

È annullabile il provvedimento amministrativo adottato in violazione di legge o viziato da eccesso di potere o da incompetenza.

Non è annullabile il 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.

Premessa.

L'articolo di [Marco Lunardelli "Le interpretazioni dell'art.21-octies della legge n. 241/90", pubblicato da Altalex il 1° settembre 2007](#), consente di farsi un'idea sufficientemente chiara di come l'art.21 octies, a due anni di distanza dalla sua entrata in scena, sia ancora al centro di interrogativi e contrasti esegetici.

Le problematiche interpretative che si agitano intorno a questo articolo di legge si concentrano quasi esclusivamente sul significato del suo secondo comma e riguardano vari aspetti collegati a quella previsione normativa (che, peraltro, si scinde in due analoghe ma distinte sotto-norme).

L'unica di tali questioni che questo scritto affronta riguarda la natura processuale o sostanziale della disposizione in parola.

L'interpretazione oggi prediletta dai giudici amministrativi (e dal loro organo di vertice) vede nel secondo comma dell'art. 21 octies una disposizione che, a differenza del primo, non riguarda il provvedimento amministrativo in sé, ma la possibilità di chi si reputi leso dallo stesso di promuovere un giudizio diretto al suo annullamento. La circostanza che la violazione delle norme procedurali e formali non abbia influito sul contenuto del provvedimento ne impedisce l'annullamento non perché venga meno l'antigiuridicità del

provvedimento stesso, ma perché il soggetto che lamenta la lesione di un proprio interesse giuridicamente protetto in seguito all'emanazione di quel provvedimento non potrebbe ricevere alcun vantaggio effettivo se questo fosse annullato dal giudice amministrativo.

Dunque, in quest'ottica, la non annullabilità del provvedimento amministrativo è il riflesso oggettivo del fatto che il giudice amministrativo, una volta acclarata l'effettiva ininfluenza avuta sul provvedimento dalla (dedotta) violazione delle norme procedurali e sulla forma degli atti, deve senz'altro sentenziare la fine immediata del processo per difetto dell'interesse del ricorrente ad ottenere l'annullamento dell'atto impugnato. Sicché, quando il comma 2 dell'art. 21 octies parla di non annullabilità del provvedimento, bisogna intendere questa non annullabilità come la pura e semplice conseguenza del fatto il provvedimento gravato "resta in piedi" in quanto il processo promosso per il suo annullamento deve terminare senza che il giudice possa giudicare della legittimità dell'atto ed emettere una pronuncia demolitoria, ove lo ritenga illegittimo, ovvero di conferma nel caso contrario.

Entreremo dopo nel vivo delle ragioni con cui questa teoria interpretativa viene giustificata.

Libere considerazioni sulla natura della norma.

La prima constatazione che l'interprete (ignaro del predetto indirizzo esegetico) si trova immediatamente a fare in merito alla natura processuale o sostanziale dell'art. 21 octies è che il suo primo comma risulterebbe inutile se riguardasse il modo in cui il giudice amministrativo deve decidere della sorte dei provvedimenti amministrativi acclaratamente affetti da violazione di legge, incompetenza ed eccesso di potere (il potere del giudice amministrativo di annullare i provvedimenti affetti da queste tre tipologie di vizi di legittimità è contemplato da più di un secolo dalla nostra legislazione sul processo amministrativo).

La seconda constatazione che lo stesso interprete è indotto a fare è che la norma considerata non è pleonastica se riferita all'annullamento d'ufficio, cui è segnatamente dedicato il successivo art. 21 nonies, ossia al potere della stessa P.A. di procedere all'annullamento dei provvedimenti amministrativi.

Il comma 1 dell'art. 21 octies, pertanto, fa "sistema" con l'art. 21 nonies della stessa **legge 241/ 90**: il primo indica le cause intrinseche al provvedimento amministrativo che ne giustificano l'annullamento, mentre il secondo indica (talune) condizioni ulteriori ed esterne al provvedimento stesso che debbono ugualmente sussistere perché questo possa essere rimosso.

Conclusione: il primo capoverso dell'art.21 octies contiene una previsione di diritto sostanziale, giacché, in primis, fornisce una qualificazione giuridica (in termini di invalidità) al risultato di un'attività non giurisdizionale (l'attività amministrativa) ed, in secundis, attribuisce e disciplina un potere demolitorio la cui esplicazione ed i cui effetti non riguardano il processo amministrativo ed i suoi organi (essendovi altre norme che si occupano dell'annullamento giurisdizionale degli atti amministrativi).

E quanto al secondo comma dell'art.21 octies?

E' francamente difficile non collocare il contenuto di questo capoverso in un'immediata e naturale relazione col comma precedente. La disposizione in argomento si palesa come una deroga alla regola generale, posta dal comma 1, che vuole annullabili i provvedimenti amministrativi emessi in violazione di legge. E se il comma 1 riguarda le cause intrinseche al provvedimento che lo rendono annullabile, il comma 2 non può che incidere su quelle stesse cause facendole in qualche modo venire meno al verificarsi della condicio juris che rende il provvedimento non annullabile.

Ma, allora, perché coloro che sposano l'interpretazione in senso processuale escludono che il secondo comma dell'art. 21 octies abbia un collegamento col comma 1 e ritengono, invece, che esso, incidendo su una condizione indispensabile allo svolgimento del giudizio impugnatorio dell'atto amministrativo non annullabile, concerne il processo amministrativo?

Per comprendere esattamente l'iter logico-argomentativo che sorregge questa opinione, occorre fare un passo indietro nel tempo e riportarsi alle interpretazioni dottrinali date al secondo comma dell'art. 21 octies all'indomani della sua entrata in vigore.

L'interpretazione della norma in chiave sostanziale.

Mentre alcuni ritennero che la norma avesse sic et simpliciter legittimato i provvedimenti adottati in presenza della prevista condizione della loro non annullabilità, altri spiegarono il divieto di annullamento nei termini di una dequalificazione, operata direttamente dal Legislatore, del vizio che affligge l'atto amministrativo quando, pur essendo stato emesso in violazione di norme procedurali e sulla forma degli atti, non avrebbe potuto avere un contenuto diverso da quello adottato. Ricorrendo questa fattispecie, il Legislatore avrebbe degradato il vizio invalidante corrispondente alla figura della violazione di legge, ad una mera irregolarità del provvedimento, coerentemente imponendo la preservazione di questo, tenuto conto che la semplice irregolarità di un atto amministrativo, a differenza della sua invalidità, non ne comporta l'annullamento.

Mentre la tesi (assolutamente minoritaria) dell'avvenuta affrancazione ope legis del provvedimento non annullabile da ogni genere di vizio non fu neppure ritenuta degna di repliche, quella che spiegava il divieto di annullamento in termini d'irregolarità del provvedimento fu sottoposta ad una serrata azione critica.

Parte della dottrina ed un numero via via sempre maggiore di tribunali amministrativi regionali misero in rilievo, infatti, che l'invalidità e l'irregolarità di un provvedimento amministrativo non dipendono dalla maggiore o minore gravità delle conseguenze che, di volta in volta, possono casualmente derivare dall'inosservanza delle norme che regolano l'azione amministrativa. L'invalidità e l'irregolarità, invece, sono strutturalmente collegate alla violazione di un determinato tipo di norme; cosicché, è dal tipo di norma violata dalla P.A. che dipende la qualificazione del vizio del provvedimento in termini di invalidità–annullabilità ovvero di irregolarità–non annullabilità. Pertanto, in relazione alla violazione della medesima prescrizione normativa, non può parlarsi ora d'irregolarità ed ora d'invalidità del provvedimento

in relazione alla minore o maggiore gravità delle conseguenze concretamente prodotte dalla violazione, ma deve parlarsi sempre di invalidità o d'irregolarità del provvedimento, secondo che la prescrizione sia di quelle la cui violazione è a priori idonea a produrre l'uno o l'altro stato patologico.

Ma, allora, se il provvedimento non annullabile non è irregolare (e, tanto meno, privo di vizi), per quale ragione la norma considerata vieta di annullarlo?

La sentenza n.2763/2006 del Consiglio di Stato.

Nella risposta fornita al suddetto interrogativo dagli assertori della natura squisitamente processuale della norma in parola sta la ragione fondamentale di questa tesi.

Questa ragione fondamentale viene palesata, nell'esposizione dell'impianto motivazionale che regge la costruzione in chiave processuale della norma, nel seguente asserto del Massimo Giudice Amministrativo: << L' art. 21 octies (...) non degrada un vizio di legittimità a mera irregolarità, ma fa sì che un vizio, che resta vizio di legittimità, non comporti l'annullabilità dell'atto sulla base di valutazioni, attinenti al contenuto del provvedimento, effettuate ex post dal giudice (il provvedimento non poteva essere diverso). L'irregolarità opera, invece, ex ante e in astratto; il provvedimento amministrativo affetto da vizio formale minore è un atto ab origine meramente irregolare (...). Deve quindi ritenersi che l'entrata in vigore del citato art. 21 octies non abbia inciso sulla categoria dell'irregolarità dell'atto amministrativo, come già definita da dottrina e giurisprudenza, e abbia invece codificato quelle tendenze già emerse in giurisprudenza mirate a valutare l'interesse a ricorrere, che viene negato ove il ricorrente non possa attendersi, dalla rinnovazione del procedimento, una decisione diversa da quella già adottata (sulla base dell'art. 21 octies il provvedimento non è annullabile non perché assoggettato ad un diverso regime di invalidità o irregolarità, ma perché la circostanza che il contenuto non possa essere diverso priva il ricorrente dell'interesse a coltivare un giudizio, da cui non potrebbe ricavare alcuna concreta utilità)>> (Cons. St, Sez. IV, sent. 2763/2006).

In sostanza, il provvedimento amministrativo che la norma de qua vieta di annullare è e resta un atto invalido (poiché comunque emesso in violazione di legge) ed il divieto di annullarlo trova la sua ratio non nel fatto che il Legislatore lo ritenga intrinsecamente meritevole di essere conservato, ma nell'esigenza (tutta di politica giudiziaria) di evitare che, continuando i giudici ad annullare i provvedimenti amministrativi per motivi puramente formali, prosegua il deleterio fenomeno del ricorso alla Giustizia amministrativa finalizzato all'inutile eliminazione di atti destinati ad essere riadottati con lo stesso contenuto.

La ratio del comma 2 della disposizione di legge in esame, dunque, non avrebbe nulla a che vedere con quella del comma 1. Questo stabilisce che i provvedimenti amministrativi sono annullabili se viziati da incompetenza, eccesso di potere e violazione di legge; quello statuisce l'inutilità di accordare al cittadino una tutela giurisdizionale preordinata all'annullamento di determinazioni provvedimentali che, pur ammettendosi affette dal vizio invalidante corrispondente alla violazione di legge, sarebbero riadottate dalla P.A. con un identico contenuto ove fossero annullate dal giudice amministrativo.

L'opinabilità dell'interpretazione in senso processuale della norma.

Se queste sono le motivazioni che sottendono l'odierna concezione dominante sul ruolo e sul significato della norma in disamina, la prima osservazione che vien fatto di muovere a questo costrutto esegetico concerne proprio la sua premessa necessitata, ossia l'idea che il provvedimento non annullabile, non potendo qualificarsi irregolare, debba a tutti i costi essere considerato invalido.

Gli assertori di questa prospettiva ermeneutica non hanno mai spiegato in modo convincente il motivo per cui ritengono che l'omissione di adempimenti procedurali e formali che si rivelino totalmente inutili in un concreto contesto procedimentale debba necessariamente tradursi in un vizio del provvedimento finale e, addirittura, in un vizio che postula l'invalidità di quell'atto.

Forse questa lettura trova un appiglio nel testo della norma, laddove questa parla della non annullabilità di un provvedimento adottato "in violazione" di norme sul procedimento o sulla forma degli atti, lasciando in tal modo il Legislatore intendere che il divieto di annullamento del provvedimento non elimina il carattere antiggiuridico dell'azione amministrativa che è a monte del provvedimento stesso.

Ma se anche questo fosse il significato da attribuire alla norma in base ad una sopravvalutazione del suo dato testuale, non appare comunque convincente la ragione per cui si esclude che la perdurante antiggiuridicità del provvedimento non annullabile possa assumere i connotati di una semplice irregolarità anziché di un'invalidità dell'atto.

A questo riguardo va osservato che l'idea, così come "...definita da dottrina e giurisprudenza...", che l'irregolarità e l'invalidità degli atti amministrativi sono strutturalmente collegate al tipo di norma violata dalla P.A. nel suo agire, non rappresenta in alcun modo un dogma per il Legislatore, il quale, nella sua discrezionalità, ben può prevedere situazioni specifiche in cui la mancata applicazione di una data prescrizione di legge ovvero di una data categoria di prescrizioni di legge può incidere sulla qualificazione giuridica del vizio che ne deriva al provvedimento, sì da <<degradare>> uno stato patologico corrispondente all'invalidità (implicante l'annullamento dell'atto) ad una mera irregolarità (che ne consente la preservazione). Anzi, al Legislatore è addirittura lecito escludere del tutto che, nella ricorrenza di determinate condizioni, l'inosservanza di norme d'azione da parte della P.A. possa dare luogo a stati patologici di qualunque tipo nel provvedimento amministrativo.

Il comma 2 dell'art. 21 octies, dunque, ben può essere letto alla stregua di una previsione che mira ad incidere sulla qualificazione giuridica del provvedimento rendendolo – nei casi in cui ne è vietato

l'annullamento – semplicemente irregolare (se non del tutto legittimo) e, proprio per questo, non rimovibile.

E se questa interpretazione del comma 2 dell'art. 21 octies è plausibile – come penso che sia – , ne discende che la lettura in chiave processuale del divieto ivi contemplato non rappresenta affatto una “scelta obbligata”, ma che, anzi, si tratta di una scelta che, per le ragioni che stiamo per esporre, meriterebbe di essere seriamente ripensata.

L'estraneità alla ratio della legge 241/90 del divieto di annullamento inteso come assenza dell'interesse a ricorrere.

In realtà, è solo giustificando l'imposizione conservativa del provvedimento con l'assenza di vizi che lo rendono annullabile che è possibile mantenere la norma all'interno della sfera d'azione del corpo normativo di cui è parte integrante. Mi riferisco, ovviamente, alla legge 7 agosto 1990 n.241, che regola l'attività della P.A. (e non certo quella del giudice amministrativo) e che, fra i principi informatori di quella attività, enuncia, al primo comma dell'art.1, quello di economicità. Di questo sono corollari, ad esempio, il divieto fatto alla P.A. di aggravare inutilmente i procedimenti amministrativi (previsto al 2° comma dello stesso art.1) e, per l'appunto, il divieto di annullare i provvedimenti amministrativi sancito dall'art.21 octies comma 2 .

Per contro, la prospettiva esegetica che identifica il divieto di annullamento in un difetto dell'interesse a ricorrere rende la norma in questione eccentrica rispetto al suo naturale habitat, inquadrando quel divieto come uno strumento di deflazione del contenzioso giurisdizional-amministrativo (obiettivo, questo, la cui realizzazione – sia detto per inciso – si prospetta alquanto improba, dato che riservare al solo giudice il compito di valutare la sussistenza o meno delle condizioni ostative all'annullamento del provvedimento sembra premessa più idonea ad incentivare che non a scoraggiare il contenzioso amministrativo).

Nessuno peraltro nega che la “legge generale sul procedimento amministrativo” contenga dei corpi estranei, ossia disposizioni che non disciplinano l'attività della P.A., ma quella del giudice amministrativo (come il comma 5 dell'art.2). Ma quando manchino, come nel caso di specie, elementi certi ed inequivocabili che indichino essere l'attività giurisdizionale l'oggetto della previsione, questa va riferita all'attività amministrativa (è appena il caso di notare che il riferimento al “giudizio”, contenuto nel secondo periodo del comma 2, non fa sì che il divieto di annullare gli atti amministrativi abbia una ratio processuale, nel senso in cui i fautori della teoria che si sta criticando intendono tale processualità) .

L'interpretazione in chiave processuale della norma come negazione del diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale.

Ma esistono ragioni ben più corpose che dovrebbero indurre a ritenere una “scelta obbligata” non già l'imperante lettura in senso processuale della norma, bensì quella, ormai pressoché obliata, che si fonda sul concetto d'irregolarità del provvedimento non annullabile.

Infatti, le “...tendenze emerse in giurisprudenza a valutare l’interesse a ricorrere, che viene negato ove il ricorrente non possa attendersi, dalla rinnovazione del procedimento, una decisione diversa da quella già adottata”), tendenze che, ad avviso del Consiglio di Stato, sono state condivise e codificate dal Legislatore attraverso la posizione della norma de qua, in null’altro si risolvono che in un inaccettabile diniego di giustizia al cittadino (non a caso queste tendenze hanno storicamente fatto registrare uno scarso seguito presso la maggioranza dei tribunali amministrativi regionali).

Non credo sia necessario spendere molte parole per mettere in luce ciò che dovrebbe essere un dato intuitivo, ossia che il diritto costituzionalmente riconosciuto al cittadino di promuovere la tutela giurisdizionale dei suoi diritti ed interessi legittimi può essere ragionevolmente negato solo in presenza di condizioni attuali e concrete che diano l’assoluta certezza dell’inutilità di apprestare quella tutela (in quanto si profila hic et nunc che il potenziale beneficiario di essa sicuramente non potrebbe trarre il benché minimo vantaggio dal provvedimento giurisdizionale richiesto). Parimenti lapalissiano dovrebbe essere che, viceversa, la pur remota possibilità che il cittadino tragga un minimo vantaggio dalla positiva sperimentazione della tutela giurisdizionale impone di riconoscergli senz’altro il diritto a sperimentarla.

Eppure, la giurisprudenza a cui si devono le “tendenze” alle quali fa riferimento il Consiglio di Stato nega l’interesse del ricorrente a provocare un annullamento per motivi prettamente formali del provvedimento, motivando tale diniego in considerazione del fatto che, se il provvedimento fosse annullato per motivi di forma e procedurali, il ricorrente “...non potrebbe attendersi, dalla rinnovazione del procedimento, una decisione (provvedimentale) diversa da quella già adottata”.

L’impossibilità di condividere questo ragionamento sembra lampante: si esclude che il ricorrente possa beneficiare qui ed ora dell’annullamento di un atto a lui pregiudizievole in considerazione di ciò che ci si può “attendere” dal successivo contegno della P.A. La misura di giustizia, in altre parole, non è negata al cittadino perché si rivela effettivamente inutile sulla base di circostanze attuali, concrete ed obiettive, ma perché può diventarlo qualora la P.A. adotti un nuovo atto e questo abbia un contenuto identico a quello dell’atto annullato (la mia esperienza professionale in seno alla pubblica amministrazione mi ha portato a constatare che, più spesso di quanto non si creda, provvedimenti ad effetti pregiudizievoli annullati per motivi prettamente formali non sono stati più riadottati e che atti di diniego di provvedimenti ad effetti vantaggiosi, benché annullati per motivi procedurali o formali, sono stati seguiti dall’adozione di quei provvedimenti e non da un nuovo diniego).

E’ dunque chiaro che la teoria interpretativa che vede nel divieto di annullamento ex art.21 octies la codificazione di una simile concezione dell’interesse a ricorrere non merita di essere condivisa, traducendosi in una immotivata lesione del diritto alla tutela giurisdizionale sancito dagli artt. 24 e 113 Cost.

Per contro, solo la lettura in chiave d’irregolarità (o di piena legittimità) del provvedimento non annullabile può sottrarre la norma all’incostituzionalità da cui è inesorabilmente affetta se intesa nel senso anzidetto.

Difatti, individuare la ratio della norma nella volontà del Legislatore di operare una degradazione a

semplice irregolarità del vizio di legittimità che affligge il provvedimento posto in violazione di norme sulla procedura e sulla forma degli atti significa togliere, in radice, a quell'atto la sua idoneità a produrre una lesione contra jus degli interessi pubblici perseguiti dalla P.A. e, di conseguenza, l'attitudine dell'atto medesimo a legittimare l'istanza del privato, danneggiato in un suo interesse soggettivo, finalizzata a provocarne l'annullamento.

Al contrario, l'interpretazione in chiave puramente processuale della norma poggia sul presupposto che l'atto da preservare sia comunque affetto da un vizio che ne postula l'annullamento. Sicché, per non incorrere nella violazione del diritto fondamentale sancito dalle citate norme costituzionali, l'imposizione conservativa del provvedimento illegittimo, fatta dalla norma, dovrebbe essere giustificata da ragioni obiettive – che abbiamo visto non rinvenirsi nel modo più assoluto nella fattispecie – collegate a situazioni di totale impossibilità per il ricorrente di conseguire un qualunque vantaggio dall'eventuale rimozione dell'atto impugnato.

In parole povere: mentre l'interpretazione in chiave sostanziale della norma interviene sulla anti giuridicità della lesione degli interessi coinvolti dal provvedimento non annullabile – escludendo detta anti giuridicità e, quindi, la stessa configurabilità “a monte” della astratta necessità di una tutela giurisdizionale di quegli interessi – l'altra interpretazione, non incidendo sul carattere anti giuridico della lesione di tali interessi (ma, anzi, presupponendo proprio quel carattere), preclude arbitrariamente il diritto del titolare degli interessi medesimi (da assumersi pregiudicati contra jus da un provvedimento invalido) di chiedere ed ottenere la loro tutela giurisdizionale.

Conclusioni.

Alla luce delle superiori considerazioni, si deve concludere che l'art. 21 octies non può essere inteso alla stregua di una disposizione che condiziona il potere del giudice amministrativo di proseguire il processo fino al suo naturale esito.

Si tratta, invece, di un disposto che si atteggia alla stregua di una clausola generale del nostro sistema giuridico-amministrativo, in virtù della quale l'omissione di adempimenti procedurali e formali da parte della P.A. genera l'invalidità del provvedimento (rendendolo annullabile) solo quando, nella concreta dinamica dell'azione amministrativa, quegli adempimenti si rivelino indispensabili ai fini della corretta determinazione del contenuto provvedimentoale (in caso contrario, l'omissione è fonte di semplice irregolarità dell'atto e, comunque, di un suo modo d'essere che non ne comporta l'annullamento).

Se poi volesse leggersi il riferimento fatto dalla norma alla “violazione” delle regole procedurali e sulla forma degli atti alla stregua di una delle tante imprecisioni di linguaggio a cui il Legislatore ci ha ormai abituati (specie negli ultimi tempi), si arriverebbe alla auspicabile conclusione che l'innocua violazione delle regole appena dette non è neppure fonte di irregolarità del provvedimento, dovendo quest'ultimo considerarsi semplicemente immune da ogni genere di patologia.

Del resto, questo ulteriore passo ermeneutico porrebbe finalmente termine al problema – legato

all'interpretazione in chiave di mera irregolarità del provvedimento non annullabile – di comprendere l'utilità del riferirsi ad un'irregolarità che, nella fattispecie, non postula alcuna preventiva o successiva necessità di regolarizzazione dell'atto che la riflette. Tanto varrebbe, a rigor di logica e di buon senso, affermare una buona volta che, nel previsto caso di non annullabilità, il provvedimento è sic et simpliciter privo di qualunque stato vizioso, giacché intrinsecamente insuscettibile di ledere gli interessi di chicchessia.

Alcune notazioni finali sulle diverse conseguenze giuridiche e pratiche derivanti dall'una e dall'altra interpretazione della norma.

Supponendo che l'art. 21 octies sia una norma che incide sull'interesse a ricorrere, è inevitabile che il riscontro della condizione di non annullabilità del provvedimento debba essere effettuato dal giudice sulla base della situazione di fatto e di diritto esistente al momento in cui quel riscontro è effettuato (1). Al contrario, se si ritiene che la norma operi una qualificazione sostanziale di invalidità/mera irregolarità (oppure di illegittimità/legittimità) del provvedimento amministrativo, il giudice deve tenere esclusivamente conto della realtà di fatto e di diritto presente al momento in cui il provvedimento è stato adottato (analogamente a quanto lo stesso organo fa quando verifica se il provvedimento impugnato è stato o non è stato legittimamente emesso).

Cosicché, se il divieto di annullare il provvedimento amministrativo discende dall'assenza di un interesse del ricorrente ad impugnare l'atto, il giudice deve prendere in considerazione ogni fatto (idoneo a dimostrare l'inutilità dell'osservanza delle norme sul procedimento e sulla forma degli atti) che sia venuto in essere non solo dopo l'emanazione del provvedimento impugnato, ma anche dopo l'instaurazione del processo amministrativo e fino alla pronuncia giudiziale. Laddove, invece, la non annullabilità del provvedimento sia correlata alla sua non invalidità, il giudice, al fine di accertare se l'atto sarebbe stato identico a quello adottato, dovrà dare importanza all'assetto situazionale esistente al momento dell'emanazione dell'atto stesso.

Mi pare che, anche per tali implicazioni, non vi siano dubbi su quale sia l'interpretazione della norma preferibile per il cittadino.

(1) “L'interesse a ricorrere va inteso come l'utilità pratica che il ricorrente può conseguire dall'accoglimento del gravame e, oltre ad essere concreto ed attuale, deve sussistere non solo al momento della presentazione del ricorso, ma anche al momento della decisione. Nel caso in cui il petitum del ricorso giurisdizionale sia costituito dall'accertamento della illegittimità del silenzio serbato dall'amministrazione, l'adozione di un provvedimento espresso comporta il venir meno dell'interesse al ricorso.” (Cons. St., Sez. IV, 14 luglio 1997 nr.710)

Legge n.241/1990 del 7 Agosto

Art.21-octies (Annullabilità del provvedimento)

È annullabile il provvedimento amministrativo adottato in violazione di legge o viziato da eccesso di potere o da incompetenza.

Non è annullabile il 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.

Premessa.

L'articolo di [Marco Lunardelli "Le interpretazioni dell'art.21-octies della legge n. 241/90", pubblicato da Altalex il 1° settembre 2007](#), consente di farsi un'idea sufficientemente chiara di come l'art.21 octies, a due anni di distanza dalla sua entrata in scena, sia ancora al centro di interrogativi e contrasti esegetici.

Le problematiche interpretative che si agitano intorno a questo articolo di legge si concentrano quasi esclusivamente sul significato del suo secondo comma e riguardano vari aspetti collegati a quella previsione normativa (che, peraltro, si scinde in due analoghe ma distinte sotto-norme).

L'unica di tali questioni che questo scritto affronta riguarda la natura processuale o sostanziale della disposizione in parola.

L'interpretazione oggi prediletta dai giudici amministrativi (e dal loro organo di vertice) vede nel secondo comma dell'art. 21 octies una disposizione che, a differenza del primo, non riguarda il provvedimento amministrativo in sé, ma la possibilità di chi si reputi leso dallo stesso di promuovere un giudizio diretto al suo annullamento. La circostanza che la violazione delle norme procedurali e formali non abbia influito sul contenuto del provvedimento ne impedisce l'annullamento non perché venga meno l'antigiuridicità del provvedimento stesso, ma perché il soggetto che lamenta la lesione di un proprio interesse giuridicamente protetto in seguito all'emanazione di quel provvedimento non potrebbe ricevere alcun vantaggio effettivo se questo fosse annullato dal giudice amministrativo.

Dunque, in quest'ottica, la non annullabilità del provvedimento amministrativo è il riflesso oggettivo del fatto che il giudice amministrativo, una volta acclarata l'effettiva ininfluenza avuta sul provvedimento dalla (dedotta) violazione delle norme procedurali e sulla forma degli atti, deve senz'altro sentenziare la fine immediata del processo per difetto dell'interesse del ricorrente ad ottenere l'annullamento dell'atto impugnato. Sicché, quando il comma 2 dell'art. 21 octies parla di non annullabilità del provvedimento, bisogna intendere questa non annullabilità come la pura e semplice conseguenza del fatto il provvedimento gravato "resta in piedi" in quanto il processo promosso per il suo annullamento deve terminare senza che il giudice possa giudicare della legittimità dell'atto ed emettere una pronuncia demolitoria, ove lo ritenga illegittimo, ovvero di conferma nel caso contrario.

Entreremo dopo nel vivo delle ragioni con cui questa teoria interpretativa viene giustificata.

Libere considerazioni sulla natura della legge 241 1990.

La prima constatazione che l'interprete (ignaro del predetto indirizzo esegetico) si trova immediatamente a fare in merito alla natura processuale o sostanziale dell'art. 21 octies è che il suo primo comma risulterebbe inutile se riguardasse il modo in cui il giudice amministrativo deve decidere della sorte dei provvedimenti amministrativi acclaratamente affetti da violazione di legge, incompetenza ed eccesso di potere (il potere del giudice amministrativo di annullare i provvedimenti affetti da queste tre tipologie di vizi di legittimità è contemplato da più di un secolo dalla nostra legislazione sul processo amministrativo).

La seconda constatazione che lo stesso interprete è indotto a fare è che la norma considerata non è pleonastica se riferita all'annullamento d'ufficio, cui è segnatamente dedicato il successivo art. 21 nonies, ossia al potere della stessa P.A. di procedere all'annullamento dei provvedimenti amministrativi.

Il comma 1 dell'art. 21 octies, pertanto, fa "sistema" con l'art. 21 nonies della stessa **legge 241/1990**: il primo indica le cause intrinseche al provvedimento amministrativo che ne giustificano l'annullamento, mentre il secondo indica (talune) condizioni ulteriori ed esterne al provvedimento stesso che debbono ugualmente sussistere perché questo possa essere rimosso.

Conclusione: il primo capoverso dell'art.21 octies contiene una previsione di diritto sostanziale, giacché, in primis, fornisce una qualificazione giuridica (in termini di invalidità) al risultato di un'attività non giurisdizionale (l'attività amministrativa) ed, in secundis, attribuisce e disciplina un potere demolitorio la cui esplicazione ed i cui effetti non riguardano il processo amministrativo ed i suoi organi (essendovi altre norme che si occupano dell'annullamento giurisdizionale degli atti amministrativi).

E quanto al secondo comma dell'art.21 octies?

E' francamente difficile non collocare il contenuto di questo capoverso in un'immediata e naturale relazione col comma precedente. La disposizione in argomento si palesa come una deroga alla regola generale, posta dal comma 1, che vuole annullabili i provvedimenti amministrativi emessi in violazione di legge. E se il comma 1 riguarda le cause intrinseche al provvedimento che lo rendono annullabile, il comma 2 non può che incidere su quelle stesse cause facendole in qualche modo venire meno al verificarsi della condicio juris che rende il provvedimento non annullabile.

Ma, allora, perché coloro che sposano l'interpretazione in senso processuale escludono che il secondo comma dell'art. 21 octies abbia un collegamento col comma 1 e ritengono, invece, che esso, incidendo su una condizione indispensabile allo svolgimento del giudizio impugnatorio dell'atto amministrativo non annullabile, concerne il processo amministrativo?

Per comprendere esattamente l'iter logico-argomentativo che sorregge questa opinione, occorre fare un passo indietro nel tempo e riportarsi alle interpretazioni dottrinali date al secondo comma dell'art. 21 octies all'indomani della sua entrata in vigore.

L'interpretazione della legge 241 1990 in chiave sostanziale.

Mentre alcuni ritennero che la norma avesse sic et simpliciter legittimato i provvedimenti adottati in presenza della prevista condizione della loro non annullabilità, altri spiegano il divieto di annullamento nei termini di una dequalificazione, operata direttamente dal Legislatore, del vizio che affligge l'atto amministrativo quando, pur essendo stato emesso in violazione di norme procedurali e sulla forma degli atti, non avrebbe potuto avere un contenuto diverso da quello adottato. Ricorrendo questa fattispecie, il Legislatore avrebbe degradato il vizio invalidante corrispondente alla figura della violazione di legge, ad una mera irregolarità del provvedimento, coerentemente imponendo la preservazione di questo, tenuto conto che la semplice irregolarità di un atto amministrativo, a differenza della sua invalidità, non ne comporta l'annullamento.

Mentre la tesi (assolutamente minoritaria) dell'avvenuta affrancazione ope legis del provvedimento non annullabile da ogni genere di vizio non fu neppure ritenuta degna di repliche, quella che spiegava il divieto di annullamento in termini d'irregolarità del provvedimento fu sottoposta ad una serrata azione critica.

Parte della dottrina ed un numero via via sempre maggiore di tribunali amministrativi regionali misero in rilievo, infatti, che l'invalidità e l'irregolarità di un provvedimento amministrativo non dipendono dalla maggiore o minore gravità delle conseguenze che, di volta in volta, possono casualmente derivare dall'inosservanza delle norme che regolano l'azione amministrativa. L'invalidità e l'irregolarità, invece, sono strutturalmente collegate alla violazione di un determinato tipo di norme; cosicché, è dal tipo di norma violata dalla P.A. che dipende la qualificazione del vizio del provvedimento in termini di invalidità–annullabilità ovvero di irregolarità–non annullabilità. Pertanto, in relazione alla violazione della medesima prescrizione normativa, non può parlarsi ora d'irregolarità ed ora d'invalidità del provvedimento in relazione alla minore o maggiore gravità delle conseguenze concretamente prodotte dalla violazione, ma deve parlarsi sempre di invalidità o d'irregolarità del provvedimento, secondo che la prescrizione sia di quelle la cui violazione è a priori idonea a produrre l'uno o l'altro stato patologico.

Ma, allora, se il provvedimento non annullabile non è irregolare (e, tanto meno, privo di vizi), per quale ragione la norma considerata vieta di annullarlo?

La sentenza n.2763/2006 del Consiglio di Stato.

Nella risposta fornita al suddetto interrogativo dagli assertori della natura squisitamente processuale della norma in parola sta la ragione fondamentale di questa tesi.

Questa ragione fondamentale viene palesata, nell'esposizione dell'impianto motivazionale che regge la costruzione in chiave processuale della norma, nel seguente asserto del Massimo Giudice Amministrativo: << L' art. 21 octies (...) non degrada un vizio di legittimità a mera irregolarità, ma fa sì che un vizio, che resta vizio di legittimità, non comporti l'annullabilità dell'atto sulla base di valutazioni, attinenti al contenuto del provvedimento, effettuate ex post dal giudice (il provvedimento non poteva essere diverso). L'irregolarità opera, invece, ex ante e in astratto; il provvedimento amministrativo affetto da vizio formale minore è un atto ab origine meramente irregolare (...). Deve quindi ritenersi che l'entrata in vigore del citato art. 21 octies non abbia inciso sulla categoria dell'irregolarità dell'atto amministrativo, come già definita da dottrina e giurisprudenza, e abbia invece codificato quelle tendenze già emerse in giurisprudenza mirate a valutare l'interesse a ricorrere, che viene negato ove il ricorrente non possa attendersi, dalla rinnovazione del procedimento, una decisione diversa da quella già adottata (sulla base dell'art. 21 octies il provvedimento non è annullabile non perché assoggettato ad un diverso regime di invalidità o irregolarità, ma perché la circostanza che il contenuto non possa essere diverso priva il ricorrente dell'interesse a coltivare un giudizio, da cui non potrebbe ricavare alcuna concreta utilità)>> (Cons. St, Sez. IV, sent. 2763/2006).

In sostanza, il provvedimento amministrativo che la norma de qua vieta di annullare è e resta un atto invalido (poiché comunque emesso in violazione di legge) ed il divieto di annullarlo trova la sua ratio non nel fatto che il Legislatore lo ritenga intrinsecamente meritevole di essere conservato, ma nell'esigenza (tutta di politica giudiziaria) di evitare che, continuando i giudici ad annullare i provvedimenti amministrativi per motivi puramente formali, prosegua il deleterio fenomeno del ricorso alla Giustizia amministrativa finalizzato all'inutile eliminazione di atti destinati ad essere riadottati con lo stesso contenuto.

La ratio del comma 2 della disposizione di legge in esame, dunque, non avrebbe nulla a che vedere con quella del comma 1. Questo stabilisce che i provvedimenti amministrativi sono annullabili se viziati da incompetenza, eccesso di potere e violazione di legge; quello statuisce l'inutilità di accordare al cittadino una tutela giurisdizionale preordinata all'annullamento di determinazioni provvedimentali che, pur ammettendosi affette dal vizio invalidante corrispondente alla violazione di legge, sarebbero riadottate dalla P.A. con un identico contenuto ove fossero annullate dal giudice amministrativo.

L'opinabilità dell'interpretazione in senso processuale della legge 241 1990.

Se queste sono le motivazioni che sottendono l'odierna concezione dominante sul ruolo e sul significato della norma in disamina, la prima osservazione che vien fatto di muovere a questo costrutto esegetico concerne proprio la sua premessa necessitata, ossia l'idea che il provvedimento non annullabile, non potendo qualificarsi irregolare, debba a tutti i costi essere considerato invalido.

Gli assertori di questa prospettiva ermeneutica non hanno mai spiegato in modo convincente il motivo per

cui ritengono che l'omissione di adempimenti procedurali e formali che si rivelino totalmente inutili in un concreto contesto procedimentale debba necessariamente tradursi in un vizio del provvedimento finale e, addirittura, in un vizio che postula l'invalidità di quell'atto.

Forse questa lettura trova un appiglio nel testo della norma, laddove questa parla della non annullabilità di un provvedimento adottato "in violazione" di norme sul procedimento o sulla forma degli atti, lasciando in tal modo il Legislatore intendere che il divieto di annullamento del provvedimento non elimina il carattere antigiusdicario dell'azione amministrativa che è a monte del provvedimento stesso.

Ma se anche questo fosse il significato da attribuire alla norma in base ad una sopravvalutazione del suo dato testuale, non appare comunque convincente la ragione per cui si esclude che la perdurante antigiusdicarietà del provvedimento non annullabile possa assumere i connotati di una semplice irregolarità anziché di un'invalidità dell'atto.

A questo riguardo va osservato che l'idea, così come "...definita da dottrina e giurisprudenza...", che l'irregolarità e l'invalidità degli atti amministrativi sono strutturalmente collegate al tipo di norma violata dalla P.A. nel suo agire, non rappresenta in alcun modo un dogma per il Legislatore, il quale, nella sua discrezionalità, ben può prevedere situazioni specifiche in cui la mancata applicazione di una data prescrizione di legge ovvero di una data categoria di prescrizioni di legge può incidere sulla qualificazione giuridica del vizio che ne deriva al provvedimento, sì da <<degradare>> uno stato patologico corrispondente all'invalidità (implicante l'annullamento dell'atto) ad una mera irregolarità (che ne consente la preservazione). Anzi, al Legislatore è addirittura lecito escludere del tutto che, nella ricorrenza di determinate condizioni, l'inosservanza di norme d'azione da parte della P.A. possa dare luogo a stati patologici di qualunque tipo nel provvedimento amministrativo.

Il comma 2 dell'art. 21 octies, dunque, ben può essere letto alla stregua di una previsione che mira ad incidere sulla qualificazione giuridica del provvedimento rendendolo – nei casi in cui ne è vietato l'annullamento – semplicemente irregolare (se non del tutto legittimo) e, proprio per questo, non rimovibile.

E se questa interpretazione del comma 2 dell'art. 21 octies è plausibile – come penso che sia – , ne discende che la lettura in chiave processuale del divieto ivi contemplato non rappresenta affatto una "scelta obbligata", ma che, anzi, si tratta di una scelta che, per le ragioni che stiamo per esporre, meriterebbe di essere seriamente ripensata.

L'estraneità alla ratio della legge 241/1990 del divieto di annullamento inteso come assenza dell'interesse a ricorrere.

In realtà, è solo giustificando l'imposizione conservativa del provvedimento con l'assenza di vizi che lo rendano annullabile che è possibile mantenere la norma all'interno della sfera d'azione del corpo normativo di cui è parte integrante. Mi riferisco, ovviamente, alla legge 7 agosto 1990 n.241, che regola l'attività della P.A. (e non certo quella del giudice amministrativo) e che, fra i principi informativi di quella attività, enuncia, al primo comma dell'art.1, quello di economicità. Di questo sono corollari, ad esempio, il divieto

fatto alla P.A. di aggravare inutilmente i procedimenti amministrativi (previsto al 2° comma dello stesso art.1) e, per l'appunto, il divieto di annullare i provvedimenti amministrativi sancito dall'art.21 octies comma 2 .

Per contro, la prospettiva esegetica che identifica il divieto di annullamento in un difetto dell'interesse a ricorrere rende la norma in questione eccentrica rispetto al suo naturale habitat, inquadrando quel divieto come uno strumento di deflazione del contenzioso giurisdizional-amministrativo (obiettivo, questo, la cui realizzazione – sia detto per inciso – si prospetta alquanto improba, dato che riservare al solo giudice il compito di valutare la sussistenza o meno delle condizioni ostative all'annullamento del provvedimento sembra premessa più idonea ad incentivare che non a scoraggiare il contenzioso amministrativo).

Nessuno peraltro nega che la “legge generale sul procedimento amministrativo” contenga dei corpi estranei, ossia disposizioni che non disciplinano l'attività della P.A., ma quella del giudice amministrativo (come il comma 5 dell'art.2). Ma quando manchino, come nel caso di specie, elementi certi ed inequivocabili che indichino essere l'attività giurisdizionale l'oggetto della previsione, questa va riferita all'attività amministrativa (è appena il caso di notare che il riferimento al “giudizio”, contenuto nel secondo periodo del comma 2, non fa sì che il divieto di annullare gli atti amministrativi abbia una ratio processuale, nel senso in cui i fautori della teoria che si sta criticando intendono tale processualità) .

L'interpretazione in chiave processuale della norma come negazione del diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale.

Ma esistono ragioni ben più corpose che dovrebbero indurre a ritenere una “scelta obbligata” non già l'imperante lettura in senso processuale della norma, bensì quella, ormai pressoché obliata, che si fonda sul concetto d'irregolarità del provvedimento non annullabile.

Infatti, le “...tendenze emerse in giurisprudenza a valutare l'interesse a ricorrere, che viene negato ove il ricorrente non possa attendersi, dalla rinnovazione del procedimento, una decisione diversa da quella già adottata”), tendenze che, ad avviso del Consiglio di Stato, sono state condivise e codificate dal Legislatore attraverso la posizione della norma de qua, in null'altro si risolvono che in un inaccettabile diniego di giustizia al cittadino (non a caso queste tendenze hanno storicamente fatto registrare uno scarso seguito presso la maggioranza dei tribunali amministrativi regionali).

Non credo sia necessario spendere molte parole per mettere in luce ciò che dovrebbe essere un dato intuitivo, ossia che il diritto costituzionalmente riconosciuto al cittadino di promuovere la tutela giurisdizionale dei suoi diritti ed interessi legittimi può essere ragionevolmente negato solo in presenza di condizioni attuali e concrete che diano l'assoluta certezza dell'inutilità di apprestare quella tutela (in quanto si profila hic et nunc che il potenziale beneficiario di essa sicuramente non potrebbe trarre il benché minimo vantaggio dal provvedimento giurisdizionale richiesto). Parimenti lapalissiano dovrebbe essere che, viceversa, la pur remota possibilità che il cittadino tragga un minimo vantaggio dalla positiva sperimentazione della tutela giurisdizionale impone di riconoscergli senz'altro il diritto a sperimentarla.

Eppure, la giurisprudenza a cui si devono le “tendenze” alle quali fa riferimento il Consiglio di Stato nega l’interesse del ricorrente a provocare un annullamento per motivi prettamente formali del provvedimento, motivando tale diniego in considerazione del fatto che, se il provvedimento fosse annullato per motivi di forma e procedurali, il ricorrente “...non potrebbe attendersi, dalla rinnovazione del procedimento, una decisione (provvedimentale) diversa da quella già adottata”.

L’impossibilità di condividere questo ragionamento sembra lampante: si esclude che il ricorrente possa beneficiare qui ed ora dell’annullamento di un atto a lui pregiudizievole in considerazione di ciò che ci si può “attendere” dal successivo contegno della P.A. La misura di giustizia, in altre parole, non è negata al cittadino perché si rivela effettivamente inutile sulla base di circostanze attuali, concrete ed obiettive, ma perché può diventarlo qualora la P.A. adotti un nuovo atto e questo abbia un contenuto identico a quello dell’atto annullato (la mia esperienza professionale in seno alla pubblica amministrazione mi ha portato a constatare che, più spesso di quanto non si creda, provvedimenti ad effetti pregiudizievoli annullati per motivi prettamente formali non sono stati più riadottati e che atti di diniego di provvedimenti ad effetti vantaggiosi, benché annullati per motivi procedurali o formali, sono stati seguiti dall’adozione di quei provvedimenti e non da un nuovo diniego).

E’ dunque chiaro che la teoria interpretativa che vede nel divieto di annullamento ex art.21 octies la codificazione di una simile concezione dell’interesse a ricorrere non merita di essere condivisa, traducendosi in una immotivata lesione del diritto alla tutela giurisdizionale sancito dagli artt. 24 e 113 Cost.

Per contro, solo la lettura in chiave d’irregolarità (o di piena legittimità) del provvedimento non annullabile può sottrarre la norma all’incostituzionalità da cui è inesorabilmente affetta se intesa nel senso anzidetto.

Difatti, individuare la ratio della norma nella volontà del Legislatore di operare una degradazione a semplice irregolarità del vizio di legittimità che affligge il provvedimento posto in violazione di norme sulla procedura e sulla forma degli atti significa togliere, in radice, a quell’atto la sua idoneità a produrre una lesione contra jus degli interessi pubblici perseguiti dalla P.A. e, di conseguenza, l’attitudine dell’atto medesimo a legittimare l’istanza del privato, danneggiato in un suo interesse soggettivo, finalizzata a provocarne l’annullamento.

Al contrario, l’interpretazione in chiave puramente processuale della norma poggia sul presupposto che l’atto da preservare sia comunque affetto da un vizio che ne postula l’annullamento. Sicché, per non incorrere nella violazione del diritto fondamentale sancito dalle citate norme costituzionali, l’imposizione conservativa del provvedimento illegittimo, fatta dalla norma, dovrebbe essere giustificata da ragioni obiettive – che abbiamo visto non rinvenirsi nel modo più assoluto nella fattispecie – collegate a situazioni di totale impossibilità per il ricorrente di conseguire un qualunque vantaggio dall’eventuale rimozione dell’atto impugnato.

In parole povere: mentre l’interpretazione in chiave sostanziale della norma interviene sulla anti-giuridicità della lesione degli interessi coinvolti dal provvedimento non annullabile – escludendo detta anti-giuridicità

e, quindi, la stessa configurabilità “a monte” della astratta necessità di una tutela giurisdizionale di quegli interessi – l’altra interpretazione, non incidendo sul carattere antigiusdizionale della lesione di tali interessi (ma, anzi, presupponendo proprio quel carattere), preclude arbitrariamente il diritto del titolare degli interessi medesimi (da assumersi pregiudicati contra jus da un provvedimento invalido) di chiedere ed ottenere la loro tutela giurisdizionale.

Conclusioni.

Alla luce delle superiori considerazioni, si deve concludere che l’art. 21 octies non può essere inteso alla stregua di una disposizione che condiziona il potere del giudice amministrativo di proseguire il processo fino al suo naturale esito.

Si tratta, invece, di un disposto che si attegga alla stregua di una clausola generale del nostro sistema giuridico-amministrativo, in virtù della quale l’omissione di adempimenti procedurali e formali da parte della P.A. genera l’invalidità del provvedimento (rendendolo annullabile) solo quando, nella concreta dinamica dell’azione amministrativa, quegli adempimenti si rivelino indispensabili ai fini della corretta determinazione del contenuto provvedimentoale (in caso contrario, l’omissione è fonte di semplice irregolarità dell’atto e, comunque, di un suo modo d’essere che non comporta l’annullamento).

Se poi volesse leggersi il riferimento fatto dalla norma alla “violazione” delle regole procedurali e sulla forma degli atti alla stregua di una delle tante imprecisioni di linguaggio a cui il Legislatore ci ha ormai abituati (specie negli ultimi tempi), si arriverebbe alla auspicabile conclusione che l’innocua violazione delle regole appena dette non è neppure fonte di irregolarità del provvedimento, dovendo quest’ultimo considerarsi semplicemente immune da ogni genere di patologia.

Del resto, questo ulteriore passo ermeneutico porrebbe finalmente termine al problema – legato all’interpretazione in chiave di mera irregolarità del provvedimento non annullabile – di comprendere l’utilità del riferirsi ad un’irregolarità che, nella fattispecie, non postula alcuna preventiva o successiva necessità di regolarizzazione dell’atto che la riflette. Tanto varrebbe, a rigor di logica e di buon senso, affermare una buona volta che, nel previsto caso di non annullabilità, il provvedimento è sic et simpliciter privo di qualunque stato vizioso, giacché intrinsecamente insuscettibile di ledere gli interessi di chicchessia.

Alcune notazioni finali sulle diverse conseguenze giuridiche e pratiche derivanti dall’una e dall’altra interpretazione della norma.

Supponendo che l’art. 21 octies sia una norma che incide sull’interesse a ricorrere, è inevitabile che il riscontro della condizione di non annullabilità del provvedimento debba essere effettuato dal giudice sulla base della situazione di fatto e di diritto esistente al momento in cui quel riscontro è effettuato (1). Al contrario, se si ritiene che la norma operi una qualificazione sostanziale di invalidità/mera irregolarità (oppure di illegittimità/legittimità) del provvedimento amministrativo, il giudice deve tenere esclusivamente conto della realtà di fatto e di diritto presente al momento in cui il provvedimento è stato adottato (analogamente a quanto lo stesso organo fa quando verifica se il provvedimento impugnato è stato

o non è stato legittimamente emesso).

Cosicché, se il divieto di annullare il provvedimento amministrativo discende dall'assenza di un interesse del ricorrente ad impugnare l'atto, il giudice deve prendere in considerazione ogni fatto (idoneo a dimostrare l'inutilità dell'osservanza delle norme sul procedimento e sulla forma degli atti) che sia venuto in essere non solo dopo l'emanazione del provvedimento impugnato, ma anche dopo l'instaurazione del processo amministrativo e fino alla pronuncia giudiziale. Laddove, invece, la non annullabilità del provvedimento sia correlata alla sua non invalidità, il giudice, al fine di accertare se l'atto sarebbe stato identico a quello adottato, dovrà dare importanza all'assetto situazionale esistente al momento dell'emanazione dell'atto stesso.

Mi pare che, anche per tali implicazioni, non vi siano dubbi su quale sia l'interpretazione della norma preferibile per il cittadino.

(1) “L'interesse a ricorrere va inteso come l'utilità pratica che il ricorrente può conseguire dall'accoglimento del gravame e, oltre ad essere concreto ed attuale, deve sussistere non solo al momento della presentazione del ricorso, ma anche al momento della decisione. Nel caso in cui il petitum del ricorso giurisdizionale sia costituito dall'accertamento della illegittimità del silenzio serbato dall'amministrazione, l'adozione di un provvedimento espresso comporta il venir meno dell'interesse al ricorso.” (Cons. St., Sez. IV, 14 luglio 1997 nr.710)

TAG: amministrativo, Diritto processuale amministrativo, pubblico

Avvertenza

La pubblicazione di contributi, approfondimenti, articoli e in genere di tutte le opere dottrinarie e di commento (ivi comprese le news) presenti su Filodiritto è stata concessa (e richiesta) dai rispettivi autori, titolari di tutti i diritti morali e patrimoniali ai sensi della legge sul diritto d'autore e sui diritti connessi (Legge 633/1941). La riproduzione ed ogni altra forma di diffusione al pubblico delle predette opere (anche in parte), in difetto di autorizzazione dell'autore, è punita a norma degli articoli 171, 171-bis, 171-ter, 174-bis e 174-ter della menzionata Legge 633/1941. È consentito scaricare, prendere visione, estrarre copia o stampare i documenti pubblicati su Filodiritto nella sezione Dottrina per ragioni esclusivamente personali, a scopo informativo-culturale e non commerciale, esclusa ogni modifica o alterazione. Sono parimenti consentite le citazioni a titolo di cronaca, studio, critica o recensione, purché accompagnate dal nome dell'autore dell'articolo e dall'indicazione della fonte, ad esempio: Luca Martini, La discrezionalità del sanitario nella qualificazione di reato perseguibile d'ufficio ai fini dell'obbligo di referto ex. art 365 cod. pen., in "Filodiritto" (<https://www.filodiritto.com>), con relativo collegamento ipertestuale. Se l'autore non è altrimenti indicato i diritti sono di InFORomatica S.r.l. e la riproduzione è vietata senza il consenso esplicito della stessa. È sempre gradita la comunicazione del testo, telematico o cartaceo, ove è avvenuta la citazione.