

## **La pronuncia del Consiglio di Stato n.5277/2018 tra il contemperamento delle contrapposte esigenze e il decorrere del tempo**

**A cura di Carola Parano**

Nell'analisi della Sentenza n. 5277/2018 del Consiglio di Stato sez. IV appare immediatamente chiaro che le riflessioni legate al rapporto tra discrezionalità amministrativa e potere di autotutela da un lato e legittimo principio di affidamento nonché il valore dello scorrere del tempo dall'altro, siano sempre al centro del dibattito giurisprudenziale e dottrinale con soluzioni spesso in contrasto tra loro.

Anche in questa pronuncia si assiste ad una analisi sulla predominanza ora verso la tutela dell'interesse pubblico e del principio di legalità in applicazione del potere autoritativo proprio dell'attività di controllo della amministrazione nei confronti degli atti ; altre volte la giurisprudenza tende a muoversi verso la tutela del principio della certezza del diritto così come del principio del *pacta sunt servanda*.

Orbene, il consiglio di Stato in questo caso, si concentra sull'analisi comparativa degli interessi dei destinatari dell'atto amministrativo osservando le posizioni già consolidate e la rilevanza le principio di affidamento derivante dal comportamento autorizzativo della p.a.

Si ricorda che i provvedimenti amministrativi derivano dall'applicazione del potere autorizzativo proprio della pubblica amministrazione, potere che conserva unilateralmente, su quel provvedimento.

Già prima della introduzione della L. 241/90 si dibatteva sul fondamento giuridico del potere della p.a. finalizzato a revisionare e riesaminare i propri atti. Nasce allora spontaneo riflettere sul concetto di discrezionalità della pubblica amministrazione e sul limite entro cui essa possa estendersi evitando così di incorrere in profili di eccesso di potere.

E' discrezionale la scelta della pubblica amministrazione tra i diversi comportamenti leciti in combinato con la cura dell'interesse pubblico, ciò apparendo alquanto rigida come definizione non permettendo neanche la possibilità di applicare il potere di controllo da parte della giustizia amministrativa.

La tesi predominante ormai è che la pubblica amministrazione nell'applicare una scelta e quindi la propria discrezionalità, dovrà sempre tenere in considerazione il contemperamento di tutti gli interessi coinvolti dall'azione amministrativa, quindi interesse pubblico e interessi secondari pubblici o privati.

Va ,altresì, specificato il tipo di discrezionalità se pura o tecnica. Secondo la prima definizione la p.a. sviluppa un provvedimento amministrativo includendo fatti e interessi coinvolti e quindi svolge



attività di scelta; a contrario si ha discrezionalità tecnica quando la p.a. applica regole non giuridiche provenienti da *leges artis* opinabili e non universali.

Sarà sempre del giudice amministrativo verificare in concreto se vi sia un effettivo sviamento del potere dal fine pubblico prescritto dalla norma da parte pubblica amministrazione incorrendo almeno in eccesso di potere.

Proprio il Consiglio di Stato con la pronuncia n.962/2017 ha precisato che “ nel processo amministrativo e in presenza di discrezionalità amministrativa e non tecnica , il sindacato del giudice amministrativo è estrinseco e deve arrestarsi non solo dinanzi alle scelte equivalenti ma anche dinanzi a quelle meno attendibili, purchè non irragionevoli”

Va collegata, ancora, la pronuncia n.601/1999 nella quale per la prima volta, si parla di sindacato intrinseco da parte del giudice amministrativo quindi non solo potere di valutazione sulla carenza e sulla adeguatezza della motivazione ma anche sulla ragionevolezza istruttoria.

Si introduce, altresì, la CTU da parte del giudice amministrativo in piena applicazione del principio di parità di trattamento tra le parti così come il potere di controllo , intrinseco, vera discrezionalità tecnica che permettesse al giudice amministrativo di verificare la correttezza delle valutazioni sia sul piano dei criteri utilizzati che dei procedimenti adottati.

Nella sentenza de quo il Consiglio di Stato è volto ad esaminare quindi la portata e la notevole estensione temporale del potere autoritativo della p.a. quindi la necessità di valutare se tale potere sia supportato da motivazione adeguata.

E' assodato che la discrezionalità si esplica attraverso il potere di autotutela che la pubblica amministrazione esercita nel momento in cui ritiene di dover rivedere e riconsiderare uno più provvedimenti emanati,specificando che l'esercizio dell'autotutela da parte della pubblica amministrazione comporta che il soggetto titolare di tale potere possa farsi ragione da sé al fine di soddisfare un interesse pubblico senza dover ricorrere agli uffici del potere giurisdizionale

E poiché tale istituto potrebbe indirettamente arrecare giovamento anche al privato, si può senz'altro affermare che l'autotutela può essere vista come mezzo della pubblica amministrazione per tornare su atti e provvedimenti emessi precedentemente ma, secondo rinnovata valutazione ex post, ritenuti affetti da uno o più vizi.

All'autotutela amministrativa si contrappone la tutela giurisdizionale con la quale il privato può fare valere le proprie ragioni

E , ancora, la autotutela intesa come mezzo di difesa dei privati nei confronti della p.a. trova un dimensionamento, un affievolimento considerando la contrattualizzazione dei rapporti tra pubblica amministrazione e cittadini; in presenza di un contratto gli obblighi della p.a. non si traducono in un semplice atto/provvedimento ma la inadempienza si traduce in inadempimento contrattuale e trova

soluzione negli strumenti dell'inadempimento e dell'indennizzo.

Sul potere di annullamento della pubblica amministrazione dei permessi di costruire già rilasciati va rilevata la necessità di una motivazione pregnante alla base dell'esercizio di tale potere, la valutazione del notevole lasso di tempo dal loro rilascio, il disinteresse manifestato dalla pubblica amministrazione, la acquisizione della disponibilità dell'immobile e non ultimo il consolidarsi dell'affidamento del cittadino.

Va ulteriormente specificato che il potere di autotutela deve essere esercitato entro un termine ragionevole e supportato dall'esternazione di un interesse pubblico attuale e concreto, tanto più quando il privato, in ragione del tempo trascorso, ha riposto un ragionevole affidamento sulla regolarità dello stesso.

Una nota va dedicata al legittimo principio di tutela dell'affidamento ormai parte integrante anche dell'ordinamento giuridico comunitario. La tutela di tale principio impone alla pubblica amministrazione quando applica il potere di autotutela, di tenere conto dell'interesse del privato alla conservazione di un vantaggio già acquisito attraverso un precedente atto della pubblica amministrazione al quale si unisce il decorso di un apprezzabile lasso di tempo. Da ciò deriva che la situazione di vantaggio assicurata al privato da uno specifico atto dell'autorità amministrativa, non potrà essere successivamente rimossa salvo indennizzo della posizione acquisita.

Tre presupposti da considerare alla base della tutela e della validità dell'affidamento: il privato ha conseguito un vantaggio chiaro, certo e definito; il privato si è mosso in buona fede, quindi il bene è stato ottenuto legittimamente e in ultimo la valutazione del dato cronologico, cioè il privato debba aver mantenuto il bene per un certo lasso di tempo tale da ingenerare in lui la sua stabilità.

Quindi sul soggetto è necessario perché vi sia affidamento, che si sia stratificata la convinzione della definitività e irreversibilità della spettanza.

Come richiamato in sentenza, la pronuncia n.8/2017 se da un lato ha escluso che sussistesse ex se l'interesse pubblico al ripristino della legalità violata dal rilascio di un titolo edilizio illegittimo, dà valore alla perennità della potestà amministrativa di annullare in autotutela gli atti invalidi, onerando la p.a. a motivare se l'annullamento risponda ancora alla tutela di un interesse pubblico concreto ed attuale.

Ed è proprio su quest'ultimo punto che si evidenzia come i presupposti dell'esercizio del potere di annullamento si fondano sulla originaria illegittimità del provvedimento, dell'interesse pubblico concreto ed attuale ma tenendo in considerazione le posizioni giuridiche consolidate.

In conclusione, sorge la necessità di produrre in capo alla pubblica amministrazione una motivazione integrata alla allegazione del vizio che inficia il titolo edilizio.