

## LA PARTECIPAZIONE “DI RISULTATO”<sup>1</sup>.

*Sommario: I. L’istituto partecipativo e l’amministrazione di risultato : il rapporto tra imparzialità e buon andamento. II. Lo scopo dell’istituto partecipativo: tra principio del giusto procedimento e principio di partecipazione. III. Fattispecie di esenzione dall’obbligo: il ruolo creativo della giurisprudenza nella tipizzazione dei casi; la progressiva erosione dell’art. 7; la particolarità dei procedimenti vincolati; i primi riferimenti al giudizio di rilevanza. IV. Il giudizio sulla rilevanza dell’interesse partecipativo: la “giuridicizzazione” dell’interesse legittimo e del risultato. V. la natura della situazione vantata: la tesi che propende per la configurabilità di situazioni di diritto soggettivo; la tesi che propende per gli interessi meramente procedurali; il rapporto di soggezione del potere partecipativo rispetto al potere; la prova di resistenza; la Nostra scelta per l’interesse legittimo. VI. Vizi formali e vizi sostanziali: l’irregolarità; la teoria dello scopo della norma. VI.1 L’irregolarità. VI.2 Vizi inidonei ad influire sulla validità degli atti perché gli stessi abbiano aliunde perseguito lo scopo. VII. Le modifiche alla legge sul procedimento: analisi degli alinea dell’articolo 21-octies comma II. Prime conclusioni. VIII. Un problema aperto: la cd. motivazione postuma. IX. Un nuovo istituto di partecipazione in contraddittorio: l’art. 10-bis ovvero la comunicazione dei motivi ostativi; cenni. X. Ancora sulla natura della situazione vantata : la compatibilità della ricostruzione che individua situazioni di interesse legittimo con la novella legislativa; la pregiudiziale amministrativa. XI. Conclusioni.*

### *I. L’istituto partecipativo e l’amministrazione di risultato : il rapporto tra imparzialità e buon andamento.*

A seguito della conversione del disegno di legge n. 1281-B, “modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990 n. 241, concernente norme generali sull’azione amministrativa” nella legge n. 15 del 2005, il nuovo articolo 21-octies comma II della l. n. 241/90 recita: «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

---

<sup>1</sup> Il presente scritto probabilmente non avrebbe visto la luce senza il sostegno di Alessio, Davide e Gabriele, che ringrazio per avermi donato la loro pluridecennale Amicizia, incondizionata, fraterna e, soprattutto, mai banale. La mente corre poi inevitabilmente al Maestro Franco Bartolomei. Francamente, la mia penna è del tutto inadeguata al ricordo di Colui che un tempo mi pregio di essere il primo Lettore e Censore dei miei “cicaleggi”. Qual è quella frase che Le piaceva tanto, Caro Maestro? «*Mors regnat regnum sed mortis brevis erit*»...Arrivederci Prof.

*potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per la mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere differente rispetto a quello in concreto adottato».*

Così disponendo l'articolo parrebbe espungere definitivamente dal giudizio di legittimità dell'atto vincolato il sindacato sul rispetto dei requisiti formali (intesi sia come vizi derivanti da violazioni di norme sulla forma che sul procedimento), almeno fin quando non sia "*palese*" che la violazione degli stessi non si sia tradotta in una sensibile sperequazione degli interessi in gioco idonea ad incidere sul contenuto *sostanziale* del provvedimento, nella sua *parte dispositiva*.

Per quanto concerne il sottoinsieme del vizio procedimentale da omessa comunicazione di avvio del procedimento, con una disposizione di chiusura la norma prevede la rilevanza del vizio solo laddove la p.A. opposta non sia in grado di dimostrare che il contenuto – non solo dispositivo, ma *anche motivo* – dell'atto non avrebbe potuto essere difforme, e ciò indipendentemente dalla natura vincolata o meno dell'attività<sup>2</sup>.

La *ratio* di questa riforma dell'istituto partecipativo risponde, evidentemente, all'ansia di decongestionare il contenzioso giurisdizionale ed è in linea con quella che nel corso degli anni era stata la progressiva erosione della efficacia invalidante del vizio di violazione delle regole procedurali, già da tempo relegato dalla giurisprudenza nella categoria dei vizi formali (o comunque a tale categoria paragonato).

In particolare, la giurisprudenza ha diffusamente affermato che il semplice accertamento del contrasto tra la fattispecie concreta ed il paradigma astratto delineato dalla norma non determina, per ciò solo, un giudizio di invalidità dell'atto. L'illegittimità, si è detto, potrà invece essere affermata solo quando la violazione della regola provochi una lesione dell'interesse sostanziale perseguito dal ricorrente.

---

<sup>2</sup> Al ché, in prima approssimazione, possiamo dire che la corretta lettura dei due alinea dell'art. 21-*octies* comma II dovrebbe essere la seguente. Posto l'insieme degli atti affetti da vizi formali e da violazione di regole sul procedimento, un atto vincolato ricade nel regime di cui al 21-*octies* comma II, primo alinea, per cui sarà annullabile laddove «*sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato*» (in tal caso il giudice potrà rilevare anche d'ufficio il vizio formale). Al contrario, gli atti affetti da violazione degli art. 7 ss l. n. 241/90, ossia da omessa comunicazione di avvio che non ricadano nell'applicabilità di cui al primo alinea e che pertanto non abbiano contenuto vincolato, non saranno annullabili «*qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere differente rispetto a quello in concreto adottato*» (in tal caso alla parte che invoca il vizio spetta comunque il principio di prova, ed alla p.A. l'onere di vincere la prova di resistenza).

A sostegno di questa interpretazione ricostruttiva, mentre sul versante processuale si sono portate le riforme introdotte dal decreto legislativo n. 80/1998 e dalla legge n. 205/2000, sul versante procedimentale si è portata la stessa legge n. 241/1990.

Si è sostenuto dunque che, per effetto delle innovazioni alla legge sul processo amministrativo, il giudizio amministrativo abbia assunto la conformazione di un sindacato volto tanto più alla definizione del rapporto controverso – mediante il veicolo dell’impugnazione del provvedimento e la specifica deduzione di vizi propri dell’atto – e sempre meno di un sindacato sull’atto – limitato all’indagine circa la conformazione dello stesso all’astratto paradigma normativo. Sarebbe poi, d’altro canto, la stessa legge n. 241/1990, ad affermare con chiarezza i principi di efficacia ed efficienza dell’azione amministrativa, di semplificazione dell’istruttoria, di divieto di aggravio del procedimento, di valorizzazione del risultato concreto perseguito dal titolare della potestà pubblica, di tutela effettiva della posizione sostanziale del soggetto interessato<sup>3</sup>.

\*\*\*

Il problema è, in realtà, solo una parte di un fenomeno ben più complesso. La storia del procedimento amministrativo dell’ultimo decennio è in gran parte la storia delle norme che disciplinano l’istituto partecipativo: la storia della ricerca dell’equilibrio tra imparzialità e buon andamento, tra trasparenza ed efficienza intesa come *summa* di efficacia ed economicità – nell’ottica di una valorizzazione, talvolta smodata, del risultato (la cd. ansia di provvedere)<sup>4</sup>.

Il fatto è che, come la stessa giurisprudenza ha avuto modo di affermare, nel rapporto tra amministrazione e cittadino si insinua oggi l’obsolescenza di canoni come quelli del principio di autorità o della presunzione di legittimità dell’atto amministrativo, canoni che avevano invece storicamente accompagnato il rapporto tra *imperium* e *libertas*, giustificando il sacrificio della seconda a favore del primo.

La p.A., oggi *contrattualizzata* e *privatizzata*, agisce come parte di un rapporto amministrativo complesso con il privato (e con i privati) che si

---

<sup>3</sup> Per una compiuta ricostruzione degli orientamenti giurisprudenziali in tal senso si veda la notoria sentenza della sez. V del Consiglio di Stato n. 2823 del 22 febbraio 2001.

<sup>4</sup> L’espressione ci risulta essere stata da sempre attribuita a CASSETTA E.; sull’amministrazione di risultato, data la vastità dell’argomento, si rinvia alle trattazioni manualistiche tra le quali, ovviamente, eccelle il lavoro di IANNOTTA L.; si rinvia altresì agli *Atti del Convegno su principio di legalità ed amministrazione di risultati*, Palermo, 2003. Sulle conseguenze del ritardo ai fini della affermazione di responsabilità amministrativa per danno erariale, si rinvia al recente contributo di GASPARRINI PIANESI D., *La responsabilità amministrativa per danno all’erario, profili strutturali e funzionali della responsabilità*, Milano, Giuffrè, 2004.

vuole (o comunque si vorrebbe) formalmente e sostanzialmente paritario<sup>5</sup>. Non agisce più soltanto come curatore dell'interesse pubblico anzi, agisce, in verità, con logiche di mercato che hanno ad oggetto la massimizzazione degli utili in nome del risultato, fini addirittura collidenti con quello che sarebbe, astrattamente, il pubblico fine da perseguire, se per fine pubblico debba intendersi quello determinato all'esito di una completa e ragionevole istruttoria procedimentale<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> In questo senso bisogna rilevare come l'art. 1 comma 1-ter, inserito dalla legge n. 15/05, preveda che «*I soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei principi di cui al comma 1*». Un soggetto, ancorché privato, che eserciti attività di interesse pubblico, dovrà dunque soggiacere alle regole proprie del diritto amministrativo. Visto nell'ottica della cd. *Privatizzazione*, l'alinea in esame altro non vorrebbe significare altro che «*le attività di interesse pubblico realizzate da un soggetto pubblico permangono tali anche a seguito della sua eventuale privatizzazione, continuando in questa prospettiva a non sfuggire alla disciplina propria dell'azione amministrativa...la disposizione, a prescindere da giudizi di merito, vorrebbe costituire il tentativo di risposta ad un'esigenza fortemente avvertita in un'economia di mercato, ossia quella di vincolare l'Amministrazione a comportamenti certi, in grado di ingenerare fondato affidamento nei suoi contraenti. Da alcuni è stato invece rilevato che essa presuppone lo svincolo dell'Amministrazione dalla regola dell'interesse pubblico, perseguendo interessi propri, alla stregua di qualsiasi privato*» cfr. SPASIANO M.R., *L'interesse pubblico e l'attività della p.A. nelle sue diverse forme*, in *Foro Amministrativo: TAR*, 2005, pag. 1820 ss.; quale delle due opzioni ermeneutiche si intenda far propria, non muta, a nostro avviso, il dato di fondo che si vuole in questa sede evidenziare, cioè che ad una *privatizzazione* del soggetto esercente l'attività pubblica, il Legislatore non ha voluto affiancare anche lo svincolo del soggetto dalle regole proprie del diritto amministrativo. Anzi, la soggezione a queste regole anche al soggetto privato esercente un pubblico servizio avviene *in primis* con l'estensione delle regole partecipative endoprocedimentali, in un'ottica, ci sembra, di tutela anticipata dell'interesse del privato stesso. Ne consegue una maggiore azionabilità delle situazioni partecipative a livello processuale e, quindi, un sostanziale riequilibrio, in quella sede, delle posizioni della p.A. e del privato. Quest'ultimo vede dunque aumentati i propri poteri di reazione nei confronti della p.A. *privatizzata*; a ciò segue il contemporaneo aumento dei poteri cognitori ed istruttori del giudice amministrativo. L'art. 1-ter, proprio per quanto concerne i soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative il rispetto dei criteri di cui al comma 1, ha voluto sottolineare come «*non possa ritenersi accettabile che l'attività amministrativa di diritto privato sia sempre libera e quindi non soggetta al dovere di giustizia nell'amministrazione: e cioè che ad esempio, i gestori di una società in mano pubblica possano disporre dei fondi speciali secondo il collaudato modello Parmalat*» cfr. GIACCHETTI S., *Giurisdizione amministrativa e legge n. 15/05: verso la riscoperta dell'unitarietà dell'interesse pubblico o verso una riserva indiana?*, in *I TAR*, 2005. E' oltremodo interessante l'ulteriore conclusione a cui approda l'Autore: dal fatto che «*non solo la classica pubblica amministrazione autoritativa (comma 1-bis) ma anche i soggetti privati che esercitano, in regime di diritto privato, attività amministrative non autoritative (comma 1-ter), devono assicurare il rispetto dei principi di economicità, "di efficacia, di pubblicità e di trasparenza secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi di diritto comunitario"*, e cioè di un complesso di principi che si sintetizzano nel concetto di buona andamento», discende «*a fortiori che anche l'attività non autoritativa della pubblica amministrazione deve assicurare il rispetto dei principi stessi*».

<sup>6</sup> Il comma 1-bis della legge n. 241/90 come introdotto dalla legge n. 15/05, prevede che «*La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le*

La *privatizzazione* ha esteso l'applicazione della normativa riservata ai soggetti pubblici a soggetti che il più delle volte non sono nemmeno prevalentemente partecipati da Enti pubblici; sono intervenute ad ampliare il concetto di danno esistenziale (ora esteso anche alla persona giuridica) sia l'interpretazione costituzionalmente adeguata del 2059 c.c., sia la progressiva erosione dell'art. 2043 c.c., tanto che ora il giudice contabile può sindacare l'operato del funzionario pubblico, anche in relazione al ritardo nell'esercizio del potere, conoscendo e liquidando, anche in via equitativa, il danno all'immagine sofferto dalla p.A..

Si tratta di modifiche nella sostanza che si poi si sono tradotte anche in modifiche della logica processuale. La p.A. diviene parte di rapporti giuridici patrimoniali di diritto privato prima ancora che di rapporti amministrativi di diritto comune e pertanto può rivestire, in sede processuale, anche il ruolo di ricorrente<sup>7</sup>.

E' dunque ancora corretto asserire che l'atto sia legittimo, così come esce alla sua fonte e che come tale vada conservato sino alla prova (contraria) della sua illegittimità o è vero invece che i *principi di autorità*, e di *presunzione di legittimità dell'atto amministrativo* non sono più adeguati a misurare il rapporto tra privato cittadino e pubblica Amministrazione<sup>8</sup>?

---

*norme di diritto privato, e salvo che la legge disponga diversamente*». Il testo originario, proposto dalla Commissione bicamerale aveva inizialmente previsto, all'art. 106, che «*Salvo che la legge disponga diversamente, le amministrazioni pubbliche agiscono secondo il diritto privato*». Nel prosieguo, il testo era stato modificato «*Per la realizzazione dei propri fini istituzionali, le amministrazioni pubbliche agiscono utilizzando gli strumenti di diritto pubblico o privato. Le leggi e i regolamenti disciplinano, in entrambi i casi, i procedimenti per l'esercizio dei poteri amministrativi*» e quindi riportato alla versione originaria nel testo approvato al Senato (dd. 281). Tralasciando le riformulazioni che si sono avute in sede di deliberazione del Comitato ristretto e di Commissione deliberante, appare evidente che la norma sia stata *in toto* ripensata, se non addirittura del tutto capovolta: da una impostazione iniziale basata sulla generale attività di diritto privato delle pubbliche amministrazioni, si è poi pervenuti alla determinazione secondo cui l'azione amministrativa si deve svolgere secondo le regole del diritto privato soltanto quando essa adotti atti di natura non autoritativa e salvo che la legge disponga diversamente.

<sup>7</sup> Una spia inequivocabile di questa tendenziale estensione del sindacato amministrativo dall'atto al rapporto è data dal fatto che la p.A. può oggi rivestire la qualità di ricorrente nei rapporti, ad esempio, tra ente gestore concedente ed ente gestore concessionario di un pubblico servizio.

<sup>8</sup> Anche la giurisprudenza sta avvertendo la crisi del principio di presunzione di legittimità dell'atto amministrativo. La sez. VI del Consiglio di Stato, con la decisione n. 1945/03, nel commentare la notoria pronuncia n. 157/03, motivò nei seguenti termini: «*La nuova pronuncia della S.C. nel prendere le distanze dalla 500/99, osserva che nel dibattito sull'eterno problema del risarcimento da lesione di interesse legittimo, si insinua probabilmente oggi...il disagio di misurare il contatto dei pubblici poteri con il cittadino secondo i canoni dei principi di autorità, della presunzione di legittimità dell'atto amministrativo, ed in definitiva emerge l'inadeguatezza del paradigma della responsabilità aquiliana*».

Alla valorizzazione del risultato, a livello procedimentale, hanno fatto da contro altare alcune recenti modifiche legislative volte ad aumentare le garanzie processuali: si pensi alla riforma dell'art. 111 della Costituzione; alla progressiva apertura del giudizio amministrativo al risarcimento del danno da illegittimo esercizio della funzione, pur anche da semplice contatto qualificato; all'apertura al sindacato sul comportamento; alla corrispondente dotazione al giudice amministrativo di poteri istruttori propri del giudice ordinario quali la consulenza tecnica d'ufficio o la giurisdizione cautelare atipica.

Si pensi, soprattutto, all'influenza del diritto comunitario sul diritto amministrativo nostrano; diritto comunitario che, principale artefice del più vasto fenomeno di sdoganamento dei diritti amministrativi nazionali, non a caso è stato già da tempo definito «*the most remarkable and unexpected new development in Italian public law*»<sup>9</sup>.

Il quadro è quello di un procedimento amministrativo sempre più snello ed improntato ai canoni di speditezza; un procedimento amministrativo quasi endodeterminato, in grado cioè di trovare al suo interno le risposte alle esigenze di garanzia del privato da un lato e di massimizzazione dell'utile da parte dell'Amministrazione dall'altro. A ciò dovrebbe fare da contro altare un processo amministrativo che faccia del suo oggetto non più il sindacato l'atto amministrativo ma proprio il *rapporto* che si è instaurato tra il privato e la pubblica Amministrazione, con la conseguente dotazione in capo al giudice amministrativo di poteri cognitori estesi al sindacato sul corretto esercizio del potere, talvolta ai limiti del merito amministrativo<sup>10</sup>. In ciò dovrebbe altresì trovare un peso

---

<sup>9</sup> CHITI M., in : J. Schwarze (ed.), *Administrative Law under European influence*, Baden-Baden, 1996, p. 229.

<sup>10</sup> In epoca non recentissima si era affermato che «*l'oggetto del giudizio amministrativo non è l'atto, ma è la questione originata dalla pretesa, e quindi – in ultima analisi – la (fondatezza della) pretesa stessa, sostituita dalla manifestazione di volontà con cui il ricorrente, allegando la lesione di una sua specifica situazione soggettiva, chiede al giudice l'accertamento di tale lesione e la conseguente rimozione della situazione giuridica da essa creata*» (C.g.a. Sicilia, sede giurisdizionale, 4 novembre 1995, n. 343, in *Giur. Amm. sic.*, 1995, p. 739). Se si dice che l'oggetto del processo amministrativo è, in sostanza, la pretesa del ricorrente rispetto ad un determinato potere, si dice anche che l'oggetto del processo amministrativo finisce con il coincidere con lo stesso potere. Più in particolare, il giudice amministrativo dovrà da un lato conoscere della situazione soggettiva vantata dal privato in relazione al proprio interesse materiale sottostante, dall'altro del potere e del *modus* in cui lo stesso è stato esercitato; in sostanza, è una cognizione estesa al modo in cui le due situazioni giuridiche si rapportano. Per quanto concerne la preoccupazione che il sindacato si avvicini ad un sindacato di merito, si veda il contributo di COGNETTI S., *Procedura amministrativa e amministrazione di risultati*, in *Atti del Convegno su principio di legalità ed amministrazione di risultati*, Palermo, 2003, che ricorda come fosse stato lo stesso GIANNINI M.S. a definire il sindacato di eccesso di potere come la verifica della completezza della acquisizione degli interessi, sia primari che secondari, al procedimento, a cui farà poi seguito un giudizio; orbene è un «*giudizio di*

rilevante la giurisdizione, che parrebbe – il condizionale è d’obbligo – definitivamente assegnata al giudice amministrativo in ossequio al principio di effettività che proprio la Corte costituzionale ha voluto ricordare in una sua recente pronuncia, sul risarcimento del danno da illegittimo esercizio della funzione<sup>11</sup>.

\*\*\*

---

*legittimità constatare l’omessa acquisizione al procedimento di un interesse che, si può ritenere, avrebbe avuto la sua importanza».*

<sup>11</sup> Invero le Sezioni unite sembravano in un primo momento avere definitivamente accettato il trapasso delle competenze risarcitorie alla giurisdizione amministrativa, voluto dalla Adunanza Plenaria (n. 4/03) e, parrebbe, avallato dalla Corte costituzionale (n. 204/04) salvo poi recentemente re-intervenire, a rivendica di un proprio spazio, di fronte alla titubanza da parte del giudice amministrativo che, stando alle prime pronunce, si era dimostrato decisamente schivo ad adoperare il proprio potere di condanna al risarcimento del danno *non iure* patito. Si vedano per tutte le pronunce n. 10180/04 e 19200/04. Secondo la Corte costituzionale «*il potere riconosciuto al giudice amministrativo di disporre, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto...non costituisce sotto alcun profilo una nuova materia attribuita alla sua giurisdizione bensì uno strumento di tutela ulteriore, rispetto a quello classico demolitorio (e/o conformativo), da utilizzare per rendere giustizia al cittadino nei confronti della pubblica Amministrazione. L’attribuzione di tale potere...affonda le sue radici nella previsione dell’art. 24 Cost., il quale, garantendo alle situazioni giuridiche soggettive devolute alla giurisdizione amministrativa piena ed effettiva tutela, implica che il giudice sia munito di adeguati poteri; e certamente il superamento della regola...che imponeva, ottenuta tutela davanti al giudice amministrativo, di adire il giudice ordinario, con i relativi gradi di giudizio, per vedersi riconosciuti i diritti patrimoniali consequenziali e l’eventuale risarcimento del danno...costituisce null’altro che attuazione del precetto di cui all’art. 24 Cost.*». L’interpretazione dell’inciso, comunque da riferire alla questione di legittimità sollevata dall’ordinanza di remissione, involgente il dubbio di legittimità costituzionale dell’art. 35 del D.Lgs. n. 80/98, e quindi del risarcimento del danno in sede di giurisdizione esclusiva, non è del tutto pacifica. Ammettere che la dotazione del potere di concedere il risarcimento non sia una nuova materia di giurisdizione esclusiva ma uno strumento di tutela ulteriore, rispetto a quello cassatorio generale non vuol dire necessariamente ammettere che il giudice amministrativo sia l’unico a poter conoscere di questo famigerato risarcimento del danno da illegittimo esercizio della funzione amministrativa (anzi probabilmente vuol dire ammettere l’esatto contrario). Tant’è che le Sezioni unite parrebbero comunque essere andate nella antipodica direzione «*Anche quando si conclude che il risarcimento del danno deriva da lesione di un interesse legittimo ciò non ha influenza sulla qualificazione della situazione giuridica protetta (il diritto di credito al risarcimento dei danni), che da tale lesione sorge...In conclusione, ogni qualvolta sia accertata la sussistenza delle condizioni di risarcibilità, il privato titolare della situazione lesa è titolare anche di un diritto soggettivo al risarcimento del danno ingiusto...la cognizione del quale appartiene all’autorità giudiziaria ordinaria*» cfr. SS.uu. n. 19200/04, nonché n. 10180/04. Nella materia del risarcimento del danno da illegittimo esercizio della funzione, rinviamo alle monografie di D’ANTONIO S., *Teoria e prassi della tutela risarcitoria dell’interesse legittimo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2003; ZITO A., *Il danno da illegittimo esercizio della funzione amministrativa*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2003; nonché più recentemente si vedano TUCCARI F.F., *Annulamento dell’atto e processo amministrativo risarcitorio*, Napoli, Jovene editore, 2004; AGNINO F., *Risarcimento del danno e processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2005

Orbene, quella che abbiamo definito come la progressiva erosione dell'efficacia invalidante del vizio di violazione delle regole procedurali si rispecchia nella progressiva revisione della giurisprudenza sull'istituto partecipativo, attraverso un'opera manipolatrice degli articoli 7 e ss. della legge 241/90, divenute da *norme chiave* per l'istituto partecipativo, a norme idonee a vanificare la speditezza in nome della pubblicità.

Tale manipolazione si è svolta sia interpretando rigorosamente le categorie di atti salvate dalla applicazione dell'obbligo di comunicazione dalla norma stessa (le tipologie procedurali sottratte alla operatività della legge n. 241/1990, per effetto dell'articolo 13; gli atti disciplinati da speciali normative di settore; le altre deroghe espressamente formulate dal legislatore, basti pensare alla categoria degli atti necessitati, atti che per loro stessa indole mal si prestano ad un contraddittorio ampio o a quella degli atti normativi e generali) quindi ridimensionando i procedimenti che invece venivano astrattamente ricompresi nell'ambito di applicazione dalla normativa originaria. In quest'ultimo caso da un lato si sono enucleate, con pretesa di vera e propria *tipizzazione*, fattispecie al ricorrere delle quali la presunta invalidità venisse "*sanata*"<sup>12</sup>, dall'altro la natura delle situazioni giuridiche sottese all'istituto partecipativo è stata ricondotta alla categoria dei cd. *interessi meramente procedurali*.

Nelle pagine che seguiranno parleremo dei profili più problematici dell'istituto della partecipazione, tenendo ben presente quale sia lo scopo che l'istituto si prefigge ed evidenziando come il Legislatore della riforma della legge sul procedimento abbia teso *ampliare l'indagine giudiziale all'interesse sostanziale sotteso alla pretesa partecipativa*. Nell'indagine che segue non potrà prescindere da una nutrita analisi della casistica giurisprudenziale, onde dimostrare come l'inversione dell'*onus probandi* voluto dal secondo alinea del II comma dell'art. 21-*octies* sia andata nel verso voluto dalla più attenta e più recente giurisprudenza amministrativa e ne abbia, anzi, acuito la portata. Per quanto concerne il primo alinea, che verrà nella presente sede trattato in special modo per quanto attiene ai riflessi sulla mancata comunicazione di avvio relativamente ai procedimenti di natura vincolata, siamo dell'avviso che la modifica legislativa voluta dal Legislatore non comporti una sostanziale modificazione delle risultanze dell'ultima giurisprudenza che si è espressa *in subiecta materia*. L'indagine non potrà esimersi dal riguardare

---

<sup>12</sup> Il dibattito che si è ulteriormente sviluppato in ordine al requisito della *forma* della comunicazione, siccome richiesta dal successivo art. 8, non ci sembra meritevole di una trattazione a parte, dal momento che l'ammettere o meno che un provvedimento possa comunicarsi con una forma di pubblicità idonea piuttosto che con avviso personale, spesso si risolve nell'ammettere o meno che la comunicazione al soggetto non sia dovuta piuttosto che sia dovuta.



argomenti da molti anni oggetto di accanito dibattito giurisprudenziale e dottrinale, toccando punti controversi quali la categoria cd. della *irregolarità* e dello *scopo della norma*.

## ***II. Lo scopo dell'istituto partecipativo: tra principio del giusto procedimento e principio di partecipazione.***

Nell'istituto della partecipazione procedimentale convivono tradizionalmente due anime; da un lato l'istituto è stato ritenuto uno strumento di *tutela anticipata* del cittadino nei confronti della p.A. – come tale si porrebbe uno scopo tendenzialmente *individual-garantistico* – retaggio della funzione difensiva, figlia dei procedimenti amministrativi contenziosi o semi-contenziosi; dall'altro uno strumento volto ad ampliare il bagaglio di interessi all'esame della p.A. procedente – come tale si porrebbe uno scopo *general-pubblicistico*, che privilegi invece il *valore collaborativo* delle memorie, delle istanze e degli scritti che il privato potrà produrre in sede endoprocedimentale, laddove propriamente notiziato dell'avvio dello stesso.

Antecedentemente all'entrata in vigore della legge quadro, difatti, l'istituto partecipativo trovava riconoscimento limitatamente ad alcune discipline di settore di natura contenziosa o semicontenziosa, in cui il Legislatore, stante l'importanza degli interessi in gioco, aveva previsto facoltà di intervento in capo al privato. Ci riferiamo, ad esempio, ai procedimenti ablatori, di approvazione dei piani urbanistici ed ai procedimenti finalizzati alla irrogazione di sanzioni amministrative e disciplinari<sup>13</sup>. Pertanto, a ragione si è sostenuto che la finalità dell'istituto fosse *ab initio meramente difensiva* – la difesa del privato veniva, difatti, postergata al procedimento di riesame (quindi una perequazione delle posizioni successiva ed eventuale al già consumato esercizio di potere) – e che solo a seguito dell'entrata in vigore della 241/90 si potesse semmai a ragione affiancarvi il *fine collaborativo*<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> Non a caso, nei primi anni ottanta, possiamo ricordare da un lato la redazione della legge quadro sui provvedimenti sanzionatori, la legge n. 689 del 1981 – che riconosceva tra l'altro il diritto all'audizione personale in capo al ricorrente – dall'altro gli interventi della Corte costituzionale nel settore del pubblico impiego volti ad estendervi le garanzie previste dallo Statuto dei lavoratori.

<sup>14</sup> Per una ricostruzione storica della disciplina antecedente alla adozione della legge quadro sul procedimento amministrativo si rinvia a NIGRO M., *Il nodo della partecipazione*, in *Riv Trim di dir. e proc. civ.*, 1980, pagg. 231-232: «*La partecipazione procedimentale è un fenomeno di data antica ma, mentre ha avuto in passato una funzione meramente garantistica, viene esplicando sempre più una funzione comunitaria...vi è poi chi ha individuato una funzione sociale (o, per meglio dire, secondo il modello dello stato sociale) della partecipazione procedimentale, in quanto indirizzata alla individuazione delle attività sociale dello Stato,*

Tale differenziazione, seppure mitigata, ha ancora oggi una sua ragione d'essere in quanto la moderna dottrina vi fonda la distinzione fra ***principio del giusto procedimento*** (come reazione del privato nei confronti dei procedimenti, prima e dei provvedimenti, poi, che producano effetti restrittivi della propria sfera soggettiva) e ***principio di partecipazione*** strettamente inteso (riferito alla completezza della fase istruttoria e al miglioramento dei risultati della funzione)<sup>15</sup>.

Le due finalità avranno dunque un peso differente a seconda dell'archetipo procedimentale a cui di volta in volta la fattispecie verrà ricondotta, fermo il fatto che non si escludono necessariamente l'una con l'altra; nel senso che un procedimento amministrativo modernamente improntato ai principi di *ragionevolezza* e *proporzionalità*, dovrebbe garantire la completezza istruttoria e pertanto la partecipazione del privato dovrebbe pretendere di influenzare le scelte della p.A al punto di renderle più ragionate ed avvedute. In sostanza, maggiore *ragionevolezza nel procedimento* – ossia maggiore acquisizione di interessi – dovrebbe voler

---

*servendo a correggere in senso individualistico l'erogazione collettivistica di prestazioni, a ridare umanità e aderenza individuale alla produzione seriale di servizi».*

<sup>15</sup> Si rinvia al saggio di CLARICH M., *Garanzia di contraddittorio nel procedimento*, in *Diritto Amministrativo*, 2004, pag. 73 ss.; l'Autore, dopo aver rammentato come la dottrina abbia da sempre ricondotto il procedimento amministrativo a tre modelli idealtipici, i primi due corrispondenti al modello giustiziale (*justiellen Typus*) e al procedimento con funzione di tutela giuridica preventiva (*praventiv-rechtsschützende Verfahren*) – il terzo costituito dal modello a carattere politico (*Verfahren politischen Charakters*) – precisa che «*Si è andata così affermando, relativamente ai due primi due tipi di procedimenti amministrativi, la distinzione tra principio del giusto procedimento (due process of law) che vale essenzialmente per i procedimenti e i provvedimenti che producono effetti restrittivi della sfera giuridica soggettiva dei privati e principio di partecipazione, che ha un ambito di applicazione più ampio e che assegna ai privati che intervengono nel procedimento un ruolo prevalentemente collaborativo riferito alla completezza della fase istruttoria e al miglioramento dei risultati della funzione*». Vedasi pure CAVALLARO M.C., *Il giusto procedimento come principio costituzionale*, in *Foro Amministrativo* 2001, pag. 1837 ss. «*Per completare il discorso sul principio del giusto procedimento si deve ricordare che ne esistono due accezioni: la prima è quella di cui si è trattato, secondo la quale, in sintesi, il legislatore prevede e l'amministrazione provvede; la seconda accezione riguarda un profilo più strettamente procedurale, nel senso che il giusto procedimento mira a garantire una piena ed efficace partecipazione del privato al procedimento amministrativo. Più precisamente all'interno del procedimento amministrativo deve essere garantita ed assicurata la partecipazione del privato destinatario del provvedimento finale, al fine di anticipare al momento dell'esercizio dell'azione amministrativa le possibilità e gli strumenti di tutela del privato medesimo. Per lungo tempo questa seconda accezione non ha trovato puntuale accoglimento nel nostro ordinamento; così la dottrina ha tentato di dimostrare come il diritto di partecipazione del privato all'azione amministrativa potesse discendere dall'art. 3 l. 20 marzo 1965 n. 2248, all. E...Si è tradizionalmente ritenuto che tale diritto sussistesse esclusivamente nell'ambito dei procedimenti contenziosi...d'altra parte nella stessa direzione si è mosso il legislatore (sino al 1990) riconoscendo al privato possibilità di partecipazione solo nei procedimenti cd. semicontenziosi*».

dire maggiore *proporzionalità nella decisione* – ossia più attento indirizzo del pubblico potere<sup>16</sup>.

In tal senso si consideri come *tertium comparationis* lo *scopo del procedimento amministrativo*. Per varie ragioni, questo si è, nel suo complesso, progressivamente svuotato del suo originario contenuto di realizzazione dell'autorità nei confronti della libertà dell'individuo, spostandosi sempre più verso quello di contemperazione e composizione di interessi contrapposti. Se il *tertium comparationis* tra i due fini dell'istituto partecipativo siccome descritti, dicevamo, è dato dal fine ultimo del procedimento amministrativo, e se tale fine è quello di **comporre e non di imporre** l'interesse pubblico primario, giocoforza dovrà ritenersi che nella generalità dei casi i due scopi dell'istituto partecipativo debbano tendenzialmente coincidere nei termini *supra* spiegati. Il pubblico potere dovrebbe pertanto indirizzarsi nella via più *mite*, laddove per *mitezza* debba intendersi quella soluzione tendenzialmente più equidistante dagli interessi coinvolti<sup>17</sup>.

Questa soluzione conciliativa tra le due anime dovrebbe invero postulare sì un esercizio più avveduto del potere da parte della p.A., e che del pari la pretesa partecipativa del privato sia maggiormente responsabilizzata<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> FERRARA R., *Introduzione al diritto amministrativo*, Bari, Laterza, 2002 «Volendo evidenziare le relazioni di affinità/diversità fra il principio di ragionevolezza e il principio di proporzionalità, sembra possibile affermare che la ragionevolezza attiene e si riferisce al procedimento, all'iter procedimentale, e dunque soprattutto all'istruttoria del procedimento, mentre la proporzionalità in senso stretto riguarda il provvedimento, in quanto misura concreta e positiva della comparazione/ponderazione e del bilanciamento del fascio di interessi coinvolti dall'attività amministrativa proceduralizzata».

<sup>17</sup> DE FELICE S., *le ADR (Alternative dispute resolutions) nei confronti della pubblica Amministrazione*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it) : «Il procedimento (si rammenti l'analogia di Giannini tra procedimento e processo) viene visto non più come il luogo nel quale l'Autorità prevale e si afferma sulla libertà dei privati, ma come luogo e momento nei quali si incontrano e sintetizzano, o per meglio dire, si compongono, i diversi interessi compresenti, pubblici e privati, in modo da raggiungere l'interesse pubblico prevalente. Sicché il medesimo procedimento consente di anticipare la soglia di tutela del cittadino, ad una fase antecedente e più completa, quantomeno per aspetti tipicamente conoscibili soltanto in via amministrativa...lo stesso procedimento amministrativo in un'ottica garantistica, democratica, partecipativa e di dialogo, si pone come strumento di deflazione del contenzioso. E' paradossale tuttavia che l'esperienza abbia dimostrato come il principio di partecipazione degli interessati al procedimento abbia in buona misura creato nuovo contenzioso, sulla base di motivi di censura procedimentali che attengono proprio alla mancanza di comunicazione di avvio del procedimento...Lo stesso procedimento è quindi luogo di composizione di contrapposti interessi (primari e secondari), che si fondono in vista del perseguimento dell'interesse pubblico (massimizzazione dell'interesse pubblico)».

<sup>18</sup> DI CARLO D., *Il principio del contraddittorio nel diritto amministrativo, parte seconda : profili procedimentali*, in *Foro Amministrativo: TAR 2004*, pag. 514 : «In linea di massima lo strumento delle memorie si rivelerà tanto più incisivo quanto più sarà in grado di isolarsi da

***III. Fattispecie di esenzione dall'obbligo: il ruolo creativo della giurisprudenza nella tipizzazione dei casi; la progressiva erosione dell'art. 7; la particolarità dei procedimenti vincolati; i primi riferimenti al giudizio di rilevanza.***

L'art. 13, esclude l'applicabilità di tutto il Capo III della legge 241/90 agli atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e programmazione, ai procedimenti tributari, ai procedimenti in materia di sequestri di persona a scopo di estorsione e di protezione dei collaboratori di giustizia.

La dottrina ha poi escluso l'obbligo anche in tutti i casi di *procedimenti cd. riservati* in nome della sicurezza pubblica. A tale *genus* la giurisprudenza più recente del Consiglio di Stato, sovente riformando le decisioni dei giudici di *prime cure*, ha voluto ricondurre tutti quei ***sub-procedimenti meramente ricognitivi*** (controlli, accertamenti ed ispezioni) attraverso i quali la p.A. deciderà o meno di avviare il procedimento. Secondo i giudici di Palazzo Spada, nel caso, ad esempio, di accertamenti compiuti dalle Agenzie regionali per la prevenzione e la Protezione Ambientale in materia di immissioni rumorose, l'esenzione non violerebbe il diritto di difesa del cittadino, il cui esercizio sarà al più meramente postergato in sede di partecipazione al procedimento sanzionatorio e che comunque risulterebbe recessivo di fronte alla tutela del più meritorio principio della genuinità della prova<sup>19</sup>.

---

*una condizione meramente individualistica ed egoistica di richiesta di un vantaggio o di opposizione ad un pregiudizio, per perseguire invece il più ambizioso obiettivo della composizione degli interessi, pubblici e privati insieme. A conferma di questa impostazione, del resto, si pone il definitivo superamento dell'antica distinzione tra opposizioni nell'interesse proprio ed osservazioni nell'interesse pubblico, per cui oggi prevale l'idea della giusta composizione degli interessi. Di conseguenza, la partecipazione del privato condiziona l'agire pubblico a diversi livelli». E' intuibile, comunque che «Le osservazioni, assunzioni ed allegazioni dell'interventore sono normalmente ispirate a un interesse personale, pur quando valgano in definitiva a rendere più agevole la ricerca di soluzioni più convenienti per l'interesse pubblico»; si veda al riguardo LEDDA F., *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Diritto amministrativo*, 1993, pag. 147.*

<sup>19</sup> Così si sono espresse recentemente le sezioni V e VI del Consiglio di Stato in riforma di due decisioni del TAR Veneto. La sez. V, con decisione del 21 gennaio-5 marzo 2003, n. 1224, in riforma di TAR Veneto, sez. terza, 6 luglio 2001, n. 1988 ha ritenuto che «*il procedimento, che si è concluso con il provvedimento impugnato, abbia avuto inizio allorché si è verificata in concreto l'esigenza di cura dell'interesse pubblico perseguito, vale a dire dopo che l'amministrazione comunale ha avuto conoscenza, a seguito del rapporto dell'ARPAV, della situazione di effettivo inquinamento acustico denunciato dai cittadini abitanti nei pressi del cinematografo*». La sez. VI, n. 3269/04 in riforma della decisione del TAR Veneto, sez. terza, n. 4671/03 ha concluso : «*L'avvio del procedimento è dovuto tuttavia solo in relazione al vero e proprio inizio del procedimento, mentre va ribadito che l'art. 7 della legge n. 241/1990 non esclude che l'adempimento dell'obbligo possa, quando le circostanze ciò impongano per*

Il principio di diritto è esatto; da un lato il procedimento amministrativo non è stato ancora avviato, quindi non vi è da comunicare alcunché; dall'altro l'interessato non deve essere messo a conoscenza della denuncia del cittadino, tanto più laddove la stessa possa anche comportare un incidente in sede penale<sup>20</sup>.

Medesima soluzione dovrebbe riguardare anche i cd. **controlli a campione**, destinati ad un utilizzo crescente, direttamente proporzionale all'innalzamento del grado di semplificazione dei procedimenti amministrativi. In tema di procedure di gara i meccanismi di semplificazione, necessari ad assicurare la speditezza dell'azione, comportano fisiologicamente un enorme detrimento in tema di trasparenza dell'azione amministrativa; il che si traduce in una crescente richiesta di giustizia, come dimostra il contenzioso messo in atto dai concorrenti pretermessi che paventano mendacità nelle autocertificazioni altrui<sup>21</sup>.

Cionondimeno, sia consentito evidenziare l'opposto problema: il sacrificio della partecipazione in nome della segretezza comporta spesso la necessità di andare a dispiegare in sede contenziosa o para-contenziosa le proprie (pur giuste) ragioni, dal momento che nei procedimenti sanzionatori la fase procedimentale si risolve nella mera acquisizione dell'attività cognitiva pre-procedimentale e nell'emanazione della sanzione; la fase partecipativa pertanto, che, nelle intenzioni, avrebbe dovuto essere meramente postergata nel procedimento, viene invece del

---

*garantire la genuinità degli accertamenti della p.a., essere preceduto da controlli, accertamenti, ispezioni, svolti senza la partecipazione del diretto interessato, che sarà edotto di queste attività con la successiva comunicazione e sarà quindi messo in condizione di intervenire nella procedura e di contestare, se del caso, la veridicità o l'esattezza degli accertamenti compiuti e l'idoneità degli strumenti tecnici utilizzati»* (cfr. Consiglio di Stato sez. IV, ord. 10 dicembre 2002, n. 5518).

<sup>20</sup> «Non sussiste in capo all'amministrazione alcun obbligo di avviso dell'avvio del procedimento, tutte le volte in cui il potere amministrativo è esercitato per esigenza di ordine e sicurezza pubblica, per sanzionare violazioni della legge (in questo caso, penale) che impongono l'immediata reazione delle istituzioni» (TAR Aosta, 17 marzo 2004 n. 27).

<sup>21</sup> Il Testo Unico sulla semplificazione amministrativa, D.P.R. n. 445/00, dispone che le autocertificazioni devono essere controllate, anche a campione, ed in tutti i casi in cui sorgano fondati dubbi sulla loro veridicità. Il controllo può essere effettuato consultando direttamente gli archivi dell'amministrazione certificante oppure richiedendo alla medesima conferma scritta della corrispondenza di quanto dichiarato con le risultanze dei registri. Ci si è posti il problema della soggezione o meno della disciplina del controllo a campione all'obbligo *ex art. 7* legge 241/90; il TAR Lazio, 21 luglio 2003, n. 6376 ha ritenuto risolvere negativamente il problema in sulla considerazione che «Secondo la giurisprudenza amministrativa al riguardo, alla verifica della sussistenza dei requisiti prescritti per l'ammissione ad una gara e per l'aggiudicazione definitiva dei lavori da realizzare non si applica la normativa di cui agli artt. 7 e 8 L. 7 agosto 1990 n. 241, in quanto attività previste dal bando di gara che non configurano un procedimento autonomo del cui avvio sia necessario informare le ditte partecipanti quali destinatarie di esso» (Cfr. TAR Lazio, Sez. III, 19.5.1998 n. 1135, TAR Campania, sede di Napoli, 17.1.2001 n. 285, TAR Lombardia, sede di Milano, 26.2.2001, n. 1426).

tutto saltata e trasla nelle difese in sede giurisdizionale, para-giurisdizionale ovvero giustiziale, ad un punto in cui il danno potrebbe già essersi prodotto<sup>22</sup>.

Una ulteriore esenzione dall'obbligo di comunicazione di avvio prevista sin al livello normativo concerne i provvedimenti assistiti «*da particolari esigenze di celerità del procedimento*». Ci riferiamo ai casi di urgenza particolarmente qualificata dalla necessità di adottare una decisione necessaria ed indifferibile per la tutela di un interesse pubblico.

Altra cosa è invece la generale facoltà, di cui al comma II dell'articolo in esame, di adottare, *medio tempore*, **provvedimenti cautelari**. In tutti questi casi, difatti, la comunicazione di avvio non sarà del tutto mancante ma sarà semplicemente differita.

La giurisprudenza è intervenuta spiegando e mitigando il dato letterale dell'articolo. La presunzione legale assoluta di esonero (*recte*, di postergazione) concerne esclusivamente i **provvedimenti cautelari tipici** (quali, ad es. le procedure di fermo amministrativo)<sup>23</sup>.

Per quanto concerne i **provvedimenti cautelari atipici** ed i **procedimenti urgenti** in genere, non è inconsueto leggere massime che sostengono che un procedimento cautelare sarebbe esente *ex se* per cui, in

---

<sup>22</sup> Si pensi al locale che viene condannato alla chiusura temporanea sulla base di un rilievo erroneo in quanto compiuto non localizzando in modo circostanziato la fonte sonora, al concorrente che viene illegittimamente privato dell'appalto vinto sulla scorta di un erroneo controllo delle proprie autocertificazioni. E' il problema degli effetti prodotti *medio tempore*, dello stress e delle spese necessarie ad eliminarli. E' il problema, anche e soprattutto, della equivalenza del ristoro patrimoniale nel diritto amministrativo: non è detto che un eventuale accoglimento delle proprie doglianze, anche con una sospensiva che blocchi gli effetti pregiudizievoli del provvedimento, sia in grado di ristabilire realmente lo *status quo*, specie se nel frattempo la notizia ha avuto risalto sui *mass media*.

<sup>23</sup> Il Consiglio di Stato in merito ai provvedimenti di fermo amministrativo a concluso per la legittimità dell'omissione argomentando che «*l'art. 7, comma 2, l. 7 agosto 1990, n. 241, esclude la necessità dell'avviso di avvio del procedimento per i provvedimenti cautelari, e, tanto, senza necessità di una specifica motivazione sulle esigenze di celerità del procedimento (richiesta dal comma 1 del citato art. 7); ciò in quanto i procedimenti e provvedimenti cautelari sono urgenti per definizione e per presunzione legale assoluta. Essendo il fermo amministrativo una misura di natura cautelare, la stessa è intrinsecamente urgente e dunque non necessita di avviso di avvio del procedimento, ai sensi dell'art. 7, co. 2, l. n. 241/1990*». Così ha concluso la Sesta Sezione con la decisione n. 1441/2004, in riferimento ad una procedura di fermo adottata a distanza di più di due anni dalla rescissione del contratto con la p.A. e quindi, dalla maturazione del credito – richiamando, tra l'altro precedenti favorevoli univoci in tal senso : T.A.R. Sicilia, II, 8 aprile 2002, n. 904; Cass., I, 20 settembre 1999, n. 10127; C. Stato, commiss. spec., 12 gennaio 1998, n. 1404/1997. Il TAR Lazio sez. III *ter*, 8 marzo 2004 n. 2207 ha parimenti concluso che «*Non occorre la comunicazione di avvio del procedimento nei casi in cui debba essere adottato un provvedimento cautelare, per definizione assistito da motivi di urgenza*» (nella specie si trattava del fermo amministrativo rivolto a sospendere i pagamenti la cui mancata erogazione sarebbe stata altrimenti ascritta a mora dell'amministrazione erogatrice).

ossequio al principio di nominatività, il *nomen* dato dall’Autorità procedente giustificerebbe l’esonazione dalla (ovvero la postergazione della) comunicazione di avvio. Riteniamo invece di aderire alla interpretazione più garantista. Il giudice amministrativo deve esaminare quantomeno a livello di congruità-sufficienza-logicità la motivazione circa i presupposti di necessità ed urgenza adottati dalla p.A. ai fini, se non altro, di un sindacato di non manifesta irragionevolezza, così come li deve esaminare ai fini del sindacato sul fatto che ci trovi o meno di fronte ad un provvedimento cautelare e/o urgente così ritenuto dall’organo emanante pur in assenza di una espressa *ratio* normativa<sup>24</sup>.

Il che dovrebbe, a nostro avviso, tendenzialmente portare a riconoscere l’opposta esigenza della necessità della comunicazione nei casi in cui il procedimento, nel *concreto*, non si produca in tempi strettissimi e laddove non determini, *medio tempore*, la soggezione ad obblighi o divieti particolari. In sostanza, non può nominarsi un provvedimento urgente o cautelare se la situazione che si intende sovvertire sia in realtà una situazione cristallizzatasi da lungo tempo, *in primis* perché si tratterebbe di una sostanziale contraddizione in termini, come tale irragionevole, *in secundis* perché vulnererebbe il principio, di pari rango, di

---

<sup>24</sup> L’individuazione dei motivi d’urgenza attiene al merito dell’azione amministrativa, la valutazione degli stessi è comunque sindacabile sotto il profilo della ragionevolezza. Non bisogna infatti dimenticare che la comunicazione di avvio del procedimento è pur sempre la regola, mentre l’esonazione è l’eccezione. Di fatti, il Consiglio di Stato, sez. IV, 03-11-1998, n. 1429, ha ritenuto che «*la comunicazione di avvio del procedimento, a norma dell’art. 7 l. 7 agosto 1990 n. 241, è dovuta in relazione a ciascun procedimento e il relativo obbligo non è escluso dalla pretesa sussistenza di ragioni di urgenza che non risultano dall’atto e che comunque non sono di gravità tale da non consentire la comunicazione senza che risulti compromesso il soddisfacimento dell’interesse pubblico*». Si veda, più recentemente, la sentenza del TAR Liguria 17 maggio 2005, n. 676: «*Ha natura di principio fondamentale l’art. 7, l. n. 241 del 1990 per cui la comunicazione di avvio del procedimento amministrativo ai soggetti per i quali il provvedimento conclusivo produce effetti diretti deve essere effettuata anche per l’irrogazione di misure sanzionatorie, non presentando di per sé il procedimento sanzionatorio caratteristiche di urgenza tali da compromettere, con l’avviso di avvio, l’interesse pubblico perseguito. Anche l’ingiunzione di sgombero e di remissione in pristino dell’area demaniale marittima in concessione, da parte del comandante del porto, adottata senza comunicare l’avvio del relativo procedimento agli interessati, è illegittima, qualora non venga data contezza di particolari ragioni di celerità*». Può ben darsi l’esempio di archetipi procedurali in cui l’urgenza sia *in re ipsa*; si faccia il caso degli accertamenti condotti ex art. 4 D.L. n. 490/94 e 10 D.p.R. n. 252/98, laddove l’informativa prefettizia in materia di infiltrazioni mafiose nei pubblici appalti può ritenersi esentata dal predetto onere di comunicazione di avvio del procedimento in quanto «*si tratta di fattispecie nelle quali, in relazione agli interessi coinvolti, le esigenze di celerità sono in re ipsa, con la conseguenza che è legittimamente esclusa la partecipazione del privato al procedimento amministrativo*» (cfr. TAR Campania-Salerno, sez. I, n. 793 del 11 maggio 2005). Riteniamo dunque che la giustificazione della legittimità dell’omissione possa essere *aliunde* ricercata, ossia in quel principio di genuinità della prova che dovrebbe avere valenza superiore a quello di partecipazione.

affidamento del privato nel comportamento sino a quel momento tenuto dalla p.A..

Si voglia prendere in considerazione un recente indirizzo del Consiglio di Stato in tema di procedimenti di revisione della patente di guida. Il Consiglio di Stato non ritiene che *«il provvedimento in questione, in quanto volto a garantire la sicurezza della circolazione, rivesta di per sé, quelle caratteristiche di urgenza tali da escludere, in via di principio, l'obbligo della previa comunicazione, dal momento che il procedimento di revisione non si articola in tempi strettissimi ... e soprattutto, non determina, nelle more del suo svolgimento, il divieto di guida...Il coinvolgimento del soggetto interessato potrebbe allora apparire necessario per una migliore rappresentazione di tutti gli elementi che concorrono a configurare la condotta di quest'ultimo»* di tal ch   è lo stesso interesse pubblico a trarne immediata soddisfazione dal momento che *«la partecipazione del destinatario dell'atto finale alla fase istruttoria preordinata alla sua adozione permette alla p.A. di esercitare il proprio potere con la dovuta cognizione di tutti gli elementi di fatto e di diritto»*<sup>25</sup>.

In precedenza, taluni giudici di merito, avevano negato l'obbligo di comunicazione ritenendo che lo scopo generale della norma che abilita la p.A. alla revisione fosse dato dalla tutela preventiva dell'interesse pubblico alla sicurezza del traffico, in ci   ritenendo pacifico che la natura prettamente cautelare e/o urgente del provvedimento sopravanzasse l'esigenza partecipativa che invece si sarebbe resa necessaria in caso di procedimento sanzionatorio.

Nonostante l'elevata operativit   dell'esenzione sin a livello di limite normativo, la giurisprudenza    intervenuta successivamente mitigando ancora notevolmente la portata generale dell'obbligo. Nell'ambito della generale rivisitazione del vizio di forma si    detto pi   volte che l'obbligo in

---

<sup>25</sup> In senso conforme v. TAR Marche 8 luglio 2003, n. 893 *«Anche i provvedimenti con i quali    disposta la revisione della patente di guida per inidoneit  , devono essere preceduti dall'avviso dell'inizio del procedimento, sia perch   espressione d'esercizio d'attivit   discrezionale (art. 128 Codice della Strada), sia perch   non appaiono esservi ragioni di celerit   od urgenza che ne giustifichino l'esclusione»* (cfr. TAR Emilia Romagna, sez. Parma 31 agosto 1999 n. 547; TAR Marche, 7 marzo 2002, n. 217). Il TAR Veneto, terza sezione, n. 579/04 pur ritenendo non dovuta la comunicazione di avvio in quanto trattasi di procedimento amministrativo di natura cautelare, conclude poi pur sempre per l'annullamento del provvedimento amministrativo essendo irragionevole che l'attivit   amministrativa sia stata esercitata ad eccessiva distanza di tempo : *«Va esercitato nei limiti del generale criterio di ragionevolezza avuto riguardo alla natura prettamente cautelare del provvedimento, finalizzato alla tutela (preventiva) dell'interesse pubblico alla sicurezza della circolazione stradale...indicazione ancor pi   necessaria nella fattispecie in esame (ove il verbale della polizia non contiene alcun riferimento ad un'eventuale inaffidabilit   della sua condotta), al fine di poter escludere che l'adottato provvedimento abbia inteso applicare una sanzione, anzich   essere mirato a tutelare (in via cautelativa) l'interesse pubblico alla sicurezza della circolazione stradale»*.



esame non vada inteso nel senso formalistico ma nel senso sostanzialistico; da ciò si è affermata l'essenzione in tutti i casi in cui il privato venga a conoscenza *aliunde* dell'avvio di un procedimento amministrativo che lo vedrà necessariamente coinvolto<sup>26</sup>.

Logico corollario è che tanto meno la comunicazione sarà dovuta : in tutti quei procedimenti per i quali sia normativamente previsto un qualche atto equipollente attraverso il quale sia possibile realizzare la partecipazione dell'interessato<sup>27</sup>; laddove si sia comunque avuta una fattiva

---

<sup>26</sup> Consiglio di Stato sez. IV, 15 giugno 2004 n. 4018 «*Secondo indirizzi del tutto consolidati e dai quali il Collegio non ritiene di doversi discostare - le norme in materia di partecipazione al procedimento amministrativo di cui agli artt. 7, 8 e 10 L. 7 agosto 1990 n. 241 non vanno applicate meccanicamente e formalisticamente nel senso che sia necessario annullare ogni procedimento in cui sia mancata la fase partecipativa, ma vanno interpretate nel senso che non sono annullabili i procedimenti che hanno comunque raggiunto lo scopo cui la comunicazione di avvio tende, in quanto, in caso contrario, si farebbe luogo ad una inutile ripetizione del procedimento, con aggravio sia per l'Amministrazione sia per l'interessato*». (cfr., ad es. Sez. IV 2.1.1996 n. 3). In questa prospettiva va dunque considerato che il canone fondamentale della conservazione degli atti giuridici, operante in tutti i settori dell'ordinamento, assume, nel diritto amministrativo, una valenza rafforzata in relazione alle specifiche regole di economicità dell'azione amministrativa e del divieto di aggravio del procedimento il che comporta appunto – in termini formali - la possibilità di una sanatoria dell'omissione quando lo scopo partecipativo sia stato *aliunde* conseguito (cfr. Consiglio di Stato, sez. V 3.2.2000 n. 661). Si veda, più di recente, TAR Lombardia, sez. IV, 27 maggio 2005, n. 1150 : «*La mancata comunicazione formale dell'avvio di un procedimento da parte dell'Autorità per l'Energia elettrica e gas non inficia la validità del provvedimento finale, ove gli interessati ne abbiano avuto egualmente conoscenza e siano stati posti in condizione di interloquire, anche per il tramite delle associazioni di categoria, perché deve ritenersi che, in tale ipotesi, lo scopo partecipativo sia stato comunque raggiunto, sicché la relativa violazione assume un rilievo meramente formale*»; la sentenza sembra essersi spinta ad accertare l'inconferenza del vizio anche nei casi in cui la partecipazione del privato al procedimento sia avvenuta per il tramite di un ente collettivo esponenziale.

<sup>27</sup> Si veda la recente decisione del Consiglio di Stato, Sez. IV, 3 maggio 2005, n. 2136 : «*La legge 7 agosto 1990 n. 241, deve considerarsi legge generale "sul procedimento" e non "del procedimento". Ciò implica, pertanto, che dinanzi ad una specifica normativa di settore che comunque preveda e garantisca la partecipazione dei privati interessati al procedimento, la disciplina generale di cui alla legge 7 agosto 1990 n. 241 non trova applicazione non torva applicazione (nella specie il Collegio ha rilevato che la circostanza che il procedimento di autorizzazione degli elettrodotti ex RD 11 dicembre 1933, n. 1775, non preveda la pubblicità mediante comunicazione personale, non determina alcuna diminuzione delle garanzie dei soggetti incisi dalla potestà ablatoria dell'amministrazione, dal momento che la diversità tra le due discipline è funzionale alla diversa portata delle disposizioni, delle quali l'una è diretta a disciplinare il particolare tipo di procedimento preordinato alla realizzazione degli elettrodotti, l'altra a regolamentare il procedimento amministrativo nella sua generalità*». Tale orientamento può ritenersi costante ed ha avuto molteplici applicazioni in materia espropriativa, segnatamente in riferimento agli articoli 10 e 11 della legge 22 ottobre 1971, n. 865 (ora D.P.R. 8 giugno 2001, n. 327). Sul punto si veda Adunanza Plenaria, 15 settembre 1999, in *Giur.it*, 2000, 412, con nota di VERZARO, *il principio del giusto procedimento nelle procedure di esproprio*; in *Dir. Proc. Amministrativo* con nota di GILI, *Partecipazione al procedimento espropriativo ovvero garanzie e della celerità*; in *Urbanistica e Appalti*, 1999, 1200, con nota di

collaborazione del privato ancorché individualmente non notiziato<sup>28</sup>; quando sia una conseguenza di altri procedimenti o atti già conosciuti ed a maggior ragione quando il procedimento stesso consegua ad una istanza del privato<sup>29</sup>.

I criteri su esposti vanno comunque temperati con altri criteri che la giurisprudenza ha avuto, al pari, modo di individuare.

Innanzitutto, se si dice che la partecipazione deve essere intesa non in senso formale ma sostanziale, si deve anche ammettere che il provvedimento dovrà necessariamente essere annullato in tutti i casi in cui l'avvio non venga comunicato con i tempi e le modalità idonee a consentire la partecipazione effettiva del soggetto<sup>30</sup>. Pertanto, forma e tempo della

---

DAMONTE, *La Plenaria chiarisce i rapporti tra la legge 241/90 e il procedimento espropriativo*; in *Giornale di diritto amministrativo*, 2000, 162, con nota di CARANTA, *Giusto procedimento ed espropriazione*; in *Foro Italiano*, 2000, III, 26 con nota di FERRARA R., *procedimento amministrativo e partecipazione: appunti preliminari*.

<sup>28</sup> Nel primo senso cfr ad es. Sez. V 9 agosto 1996 n. 999, nel secondo Sez. V 26 settembre 1995 n. 1364; 2 febbraio 1996 n. 132; 24 febbraio 1996 n. 232, 22 maggio 2001 n. 2823.

<sup>29</sup> si veda Consiglio di Stato sez. V, 21 novembre 2003, n. 7544 : « *le norme in materia di partecipazione al procedimento amministrativo non vanno applicate necessariamente e formalmente, ma debbono essere interpretate in base ad un criterio di realistica valutazione sulla effettiva conoscenza o conoscibilità di una sequenza e dei suoi effetti lesivi. E' stato, pertanto, precisato che l'esigenza di informazione del destinatario dell'azione amministrativa, che ai sensi dell'art. 7 si realizza attraverso la comunicazione dell'avvio del procedimento e l'instaurazione del contraddittorio, non sussiste ogni qualvolta lo stesso destinatario ne sia già informato, ossia allorché il procedimento consegua ad una sua istanza o gli siano noti gli elementi salienti, oppure sia una conseguenza di altri procedimenti o atti già conosciuti*». Anche in materie comportanti effetti restrittivi sullo *status personae*, il Consiglio di Stato ha avuto modo di affermare che «*l'obbligo di detta comunicazione non sussiste nel caso di procedimenti avviati ad istanza dello stesso interessato, qual è quello di cui ci occupa, nel quale il procedimento ha avuto inizio proprio con la richiesta di rinnovo del permesso di soggiorno da parte dello stesso*». (cfr. sez. IV, n. 3571/2004). Invero ci sentiamo di sposare l'opposto orientamento considerando, come ha avuto modo di fare il T.A.R. Campania, (cfr. 10 gennaio 2000, n. 28) come : «*L'art. 8 L 241/1990 impone alla P.A. un obbligo generale di dare notizia dell'avvio del procedimento, non operando alcuna distinzione tra quelli iniziati d'ufficio e quelli a istanza di parte. Anche nei procedimenti a istanza di parte va infatti soddisfatta, l'esigenza di conoscenza della persona del responsabile del procedimento e dell'ufficio, ove si può prendere visione degli atti, così da consentire la partecipazione dell'interessato, nell'interesse anche della stessa Amministrazione procedente*». Sembra essere andata in tal senso anche la novella legislativa, che ha previsto all'art. 8 comma 2 della l. n. 241/90, l'aggiunta del comma *c-ter*), recante l'obbligo, per il responsabile del procedimento, di fornire, contestualmente alla comunicazione di avvio «*nei procedimenti ad iniziativa di parte, la data di presentazione della relativa istanza*».

<sup>30</sup> Si veda in tal senso TAR Toscana, sez. III, 25 luglio 2001, n. 1247 «*Poiché la possibilità di partecipazione al procedimento amministrativo deve essere assicurata non solo formalmente, ma anche sostanzialmente, è necessario non solo che la comunicazione di avvio del procedimento sia data con congruo anticipo rispetto all'adozione del provvedimento finale, ma anche che l'amministrazione emani l'atto definitivo solo dopo che sia stata data all'interessato la possibilità di intervento, e senza predisporre, aprioristicamente, il contenuto dell'atto definitivo. Deve pertanto ritenersi illegittimo l'atto di revoca di concessione di suolo pubblico*

comunicazione integrano i requisiti circa la legittimità o meno della stessa, di modo che il *quomodo* della comunicazione equivalga, quanto agli effetti invalidanti sul provvedimento, all'*an* della stessa.

Inoltre, si è sempre prestata una particolare attenzione a quei procedimenti che comportino l'adozione di **atti restrittivi della sfera giuridica dei privati**. In tali casi, come abbiamo detto *supra*, la *ratio* difensiva è preponderante, essendo volta ad assicurare all'interessato la facoltà di prospettare fatti e ragioni in suo favore che anche l'amministrazione stessa ha interesse a prendere in considerazione prima di sentirseli eventualmente esporre in sede contenziosa o para-contenziosa. Il che si evidenzia maggiormente in tutti i **procedimenti di secondo grado** di revisione o di riesame che conducano, rispettivamente all'annullamento o revoca, ovvero alla conferma, riforma, rimozione, dei provvedimenti di primo grado, che avevano invece cristallizzato una posizione giuridica del privato, specie quando la stessa sia particolarmente qualificata<sup>31</sup>.

L'omissione ha efficacia invalidante, ad esempio, nei procedimenti sfociati nella revoca dell'aggiudicazione di appalti ottenuti in forza di precedente giudicato<sup>32</sup> ovvero in tema procedimenti sfociati nella declaratoria di decadenza dall'abilitazione all'esercizio di una professione<sup>33</sup>.

---

*predisposto e firmato un giorno dopo l'avvenuta notifica della comunicazione di avvio del procedimento, non rilevando che detto provvedimento definitivo sia stato notificato solo successivamente, atteso il decorso del tempo necessario per la eventuale difesa del ricorrente». Si veda in tal senso TAR Toscana, sez. III, 25 luglio 2001, n. 1247». Più di recente, si veda TAR Sardegna, sez. II, 27 maggio 2005, n. 1272 : «L'art. 7, l. 7 agosto 1990, n. 241 impone di garantire l'effettività del momento partecipativo, assicurando un tempestivo contraddittorio nella fase di avvio del procedimento ablatorio, prima che le scelte divengano irreversibili; pertanto, l'eccessiva brevità del termine concesso in concreto per la partecipazione al procedimento e per le attività ad essa propedeutiche priva di significato la comunicazione di avvio del procedimento, determinando il rispetto solo formale delle garanzie partecipative ed istaurando un contraddittorio meramente apparente e perciò non sufficiente a considerare adempiuto l'obbligo di comunicazione».*

<sup>31</sup> Si veda ora l'art. 21-*quiquies* della legge n. 241/90, così come introdotto dalla legge n. 15/05, che sancisce l'indennizzabilità del privato nei casi di revoca di provvedimento amministrativo ad efficacia durevole.

<sup>32</sup> «Nel caso che un'impresa sia stata dichiarata aggiudicataria di un appalto pubblico in conseguenza di un precedente giudicato, il successivo provvedimento di revoca dell'aggiudicazione richiede la previa comunicazione dell'avviso di inizio del procedimento ai sensi dell'art. 7, l. 7 agosto 1990 n. 241» (TAR Sicilia 4 marzo 2004 n. 408).

<sup>33</sup> «E' illegittimo il provvedimento con il quale l'amministrazione ha ommesso di comunicare ad un insegnante l'avvio del procedimento volto alla dichiarazione di decadenza dei diritti conseguenti alla sua partecipazione alla sessione riservata al conseguimento dell'abilitazione all'insegnamento, sfociato poi nella declaratoria di decadenza dall'abilitazione: in proposito, poiché l'art. 7, legge n. 241/90 ha recepito nell'ordinamento un nuovo criterio di regolamentazione dell'azione dei pubblici poteri, incentrato sulla valorizzazione della partecipazione dei soggetti diretti interessati al procedimento e sulla anticipata composizione

\*\*\*

Diverso è invece il caso dei *procedimenti che intervengono in un rapporto amministrativo*, ossia procedimenti diversi da quelli di secondo grado, in quanto non presuppongono un nuovo procedimento che abbia ad oggetto quello di primo grado, ma invece si limitano a produrre effetti fisiologici sul rapporto in essere. Qui il discorso si fa particolarmente spinoso e si fonda con quello relativo alla efficacia più o meno invalidante della omissione nei procedimenti *vincolati*.

Alcune premesse dovrebbero rendere più comprensibile un discorso che può non apparire sempre chiaro. La p.A. può intervenire sul rapporto in corso con effetti sostanzialmente novativi senza necessariamente porre in essere un procedimento di secondo grado. Si tratterà di casi in cui l'intervento si rende necessario – *id est* un esercizio di poteri con *discrezionalità vincolata* – in base ad una nuova valutazione degli stessi interessi pubblici già in gioco, resa necessaria dalla sopravvenienza ovvero dalla scoperta di fatti precedentemente non conosciuti<sup>34</sup>.

A tal punto, il nodo della questione può essere sintetizzata nei seguenti termini: se la p.A. agisce nell'ambito di una attività normativamente vincolata, non si vede come la partecipazione del privato possa indirizzarla in altro senso né, pertanto, perché l'avvio di detta attività debba essergli comunicata. Ragionando in questi termini si comprenderà come non sia dovuto comunicare alcunché, ad esempio, ad un dipendente

---

*dei possibili conflitti, deve riconoscersi dignità di regola giuridica generale, con conseguente natura eccezionale di ogni disposizione derogatoria che lo escluda o lo limiti, al godimento di tale diritto e va affermata la piena espansione del principio in esame anche nel caso di procedimenti cd. di secondo grado (annullamento, revoca, decadenza) incidenti su posizioni giuridiche soggettive originate da un precedente atto, oggetto della nuova determinazione di ritiro».* (TAR Campania, Napoli, sezione II, sentenza 4 maggio 2004, n. 7837, conforme: TAR Calabria Catanzaro, sez. II, sentenza 5 dicembre 2002, n. 3184).

<sup>34</sup> La differenza venne spiegata con, riteniamo, ineguagliata chiarezza da GIANNINI M.S., *Istituzioni di diritto amministrativo*, vol. II, pag. 552, Milano, Giuffrè, 1993 : «*La distinzione tra i procedimenti di secondo grado e i procedimenti che intervengono in un rapporto amministrativo risiede dunque in questo: che i secondi sono estrinsecazione della stessa potestà dell'amministrazione in base alla quale è stato adottato l'atto costitutivo del rapporto: gli interessi pubblici che si tutelano e si valutano sono gli stessi, anche se con diversi segni (positivo-negativo) e con diverse intensità e/o complessità. I primi sono invece manifestazione di potestà generali che l'amministrazione possiede per dar ordine alla propria attività, ossia di potestà che non sono volte alla cura di questo o di quell'interesse pubblico positivo, bensì alla cura di quell'interesse di ambito generale, che l'amministrazione ha in ordine ad un corretto, ordinato e pertinente svolgimento della propria attività...i procedimenti che intervengono nel rapporto amministrativo appartengono alla stessa categoria a cui appartengono i procedimenti che hanno costituito il rapporto; talora sono regolati dalle norme in modo minuziosissimo, come per esempio avviene nel rapporto d'impiego pubblico, per gli atti modificativi del rapporto (promozioni aspettative, congedi) altre volte assumono anch'essi carattere generale, ma ciò non deve farli confondere con i procedimenti di secondo grado, come invece talora è accaduto, perché restano sempre esercizio di potestà o di poteri attinenti al rapporto».*

incaricato di svolgere mansioni superiori, in riferimento al procedimento volto a porre fine allo svolgimento di dette mansioni<sup>35</sup>, oppure al titolare di una licenza che non la attivi nei tempi di legge, in riferimento al procedimento di revoca-ritiro della stessa, ovvero, ancora, al titolare di una autorizzazione alla escavazione su un bene vincolato, in riferimento al ritiro della stessa per decorso del termine inizialmente concesso, comprensivo del recupero del bene stesso.

Questi particolari procedimenti sono procedimenti vincolati ma, ovviamente non esauriscono la categoria degli atti vincolati. Ci riferiamo a questa tipologia solo per comprendere come, in realtà, un procedimento apparentemente di secondo grado, come tale bisognoso di comunicazione di avvio, in realtà possa essere semplicemente un procedimento meramente incidente su di un rapporto in essere, in cui la p.A. deve necessariamente agire, in cui pertanto non sia dovuta comunicazione di sorta.

Non è comunque vero che il procedimento vincolato sia di per sé immune dall'applicazione dell'art. 7 legge n. 241/90. La giurisprudenza ha difatti ravvisato più volte come possa parlarsi propriamente di attività vincolata solo in quei casi in cui alla p.A. *non sia richiesto un accertamento dei presupposti di fatto per l'esercizio del potere*, altrimenti residuerebbe un significativo margine di errore che l'intervento del privato in sede partecipativa potrebbe fugare. Si consideri poi che la partecipazione potrebbe contribuire ad individuare anche la *normativa in concreto applicabile*. Sicché essa rilevarebbe, alla fine, in sede di indagine tanto sui presupposti fattuali che su quelli giuridici.

Da ciò, si è detto, l'obbligo di comunicazione di avvio del procedimento sarebbe inoperante solo ed esclusivamente nei *provvedimenti interamente vincolati*, laddove il fatto si appalesi nella sua evidente neutralità ai fini dell'esercizio del potere, tanto da non potere comunque rendere passibile la fattispecie di un inquadramento giuridico differente e, quindi, il provvedimento di un contenuto dispositivo difforme da quello in concreto adottato<sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup> Il TAR Campania, invero, in fattispecie analoga ha recentemente ritenuto non doversi alcuna comunicazione, sul diverso presupposto, di natura soggettiva, per cui il sostituto non sia destinatario diretto dell'atto, passibile di pregiudizio (cfr. TAR Campania – Napoli, sez. V, 8 luglio 2004, n. 9998, in *I Tribunali amministrativi regionali*, 2004 pag. 1722 ss., con nota di MAZZIA F., *Non va comunicato l'inizio del procedimento che pone fine all'assegnazione del pubblico dipendente a mansioni superiori*).

<sup>36</sup> Rileva giustamente ALESIO M., *La comunicazione di avvio del procedimento negli atti vincolati*, in nota a Consiglio di Stato sez. V, 23 febbraio 2000, n. 948, sul sito [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it) che questo terzo orientamento, definito intermedio e diffusosi negli ultimi anni, tende a sopravanzare i due opposti orientamenti risalenti, strettamente correlati a due visioni antipodiche delle finalità partecipative. Propende per l'inutilità della comunicazione chi ritiene che la *ratio* marcatamente collaborativa della partecipazione comporterebbe che l'amministrato

Perché tali considerazioni siano più comprensibili, si veda come il Consiglio di Stato ha risolto (differentemente) alcuni casi in cui questa commistione tra procedimenti risultava più intricata. Nel primo caso una Amministrazione comunale decide di revocare una precedente concessione di passo carraio essendo, per effetto delle avvenute trasformazioni dell'immobile oggetto del precedente provvedimento concessorio, venuti meno i requisiti legali previsti e pertanto essendo venute meno le particolari condizioni che limitavano l'uso pubblico dell'area. Il Consiglio di Stato si esprime in favore della ricostruzione offerta dalla p.A. evocata in giudizio, ritenendo che l'utilizzazione del termine revoca sia improprio e che il procedimento non possa qualificarsi come di secondo grado (nel qual caso sarebbe invece sì occorsa comunicazione di avvio), ma come atto dovuto e vincolato, essendo venuto meno il presupposto legittimante dell'originaria concessione. Una volta identificato correttamente l'atto, in base al suo contenuto vincolato, al di là del *nomen iuris* impropriamente dato dalla Amministrazione procedente, l'obbligo di previa comunicazione di avvio sarebbe giustificato solo nel caso in cui la partecipazione sia effettivamente idonea ad incidere in sede di indagine in ordine ai presupposti fattuali e giuridici, cosa che nella fattispecie non può ritenersi dal momento che *«l'accertamento dei presupposti fattuali del nuovo atto non presenta alcuna incertezza istruttoria ed ha struttura rigorosamente oggettiva, senza rilievo apprezzabile di valutazioni tecniche od a carattere scientificamente opinabile»*<sup>37</sup>.

---

interessato nulla apporterebbe ad un procedimento vincolato (cfr. TAR Lazio, sez. II, 11 marzo 1997, n. 489). Propende per la necessità della comunicazione predetta, chi intende la partecipazione come strumento in grado di *«consentire una più attenta analisi degli interessi sia pubblici che privati, coinvolti nel procedimento, oltre che per conseguire una gestione concordata o consentita del potere amministrativo»* (cfr. TAR Liguria, sez. I, 27 maggio 1995, n. 176). Il terzo orientamento intermedio, oramai giustamente definito preponderante e che si avrà modo di analizzare *infra*, si sviluppa come un troncone del primo (di cui condivide la visione circa la *ratio* collaborativa dell'istituto partecipativo) e ritiene che *«Nel caso di provvedimenti vincolati, occorre, invece, distinguere: qualora i fatti che costituiscono il presupposto di tali atti e la loro valutazione siano pacifici ed incontestati da parte del privato, appare superfluo ogni spazio di intervento da parte del cittadini incisi... Quando al contrario la partecipazione del privato appare senza dubbio proficua, potendo il soggetto destinatario dell'azione amministrativa far rilevare elementi tali da indurre l'Amministrazione a recedere dall'adozione del provvedimento restrittivo, è necessario l'avviso di avvio del procedimento»* (Consiglio di Stato, sez. IV, n. 168 del 17.02.1998).

<sup>37</sup> Si aggiunga che l'eventuale annullamento non recherebbe, nella fattispecie, alcuna utilità pratica, stante l'obbligo giuridico di rendere effettivo l'uso pubblico dell'area interessata, che il fatto materiale da cui è derivato il provvedimento adottato dall'amministrazione comunale è stato originato da un comportamento volontario dagli stessi ricorrenti, pienamente consapevoli (in base al principio dell'autoresponsabilità) (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 20 febbraio 2001, n.). La presa di posizione del Consiglio di Stato segue un orientamento decennale, secondo il quale il ritiro di un atto inefficace non costituisce revoca in senso tecnico e pertanto non richiede

In un secondo caso, di fronte ad un trasferimento per incompatibilità ambientale di personale militare, posto in essere senza la previa comunicazione di avvio, il Consiglio di Stato si è invece espresso in favore della ricostruzione offerta dal privato, ritenendo che, pur trattandosi di un atto ampiamente discrezionale non suscettibile di accordo, la partecipazione procedimentale del privato avrebbe potuto comunque contribuire a far emergere diversi dati fattuali ed influire, in tal modo, se non proprio sull'*an* del provvedimento, quantomeno sul suo contenuto dispositivo<sup>38</sup>.

#### ***IV. Il giudizio sulla rilevanza dell'interesse partecipativo: la "giuridicizzazione" dell'interesse legittimo e del risultato.***

Riteniamo che dall'esame della giurisprudenza che abbiamo condotto risulti evidente come sia oramai da tempo acquisito che la mancata comunicazione dell'avvio non sia di per sé produttiva di effetto invalidante se a ciò non sia seguita una apprezzabile ***lesione dell'interesse sostanziale sotteso***. E' anche vero che detta lesione, al di là delle presunzioni elaborate dalla giurisprudenza per ogni singola categoria provvedimentale sopra esaminata, andrà altresì vista ed analizzata *case by case*. Le *regole della partecipazione* che abbiamo sintetizzato, siccome elaborate dalla giurisprudenza, sono dunque, se volgiamo, indici sintomatici, spie dell'illegittimità dell'atto, che guidano il giudice nel discernimento del caso concreto rimesso alla sua analisi, ma che tale analisi non esauriscono. Tali regole non potranno essere interpretate ed applicate

---

alcuna motivazione né in ordine all'interesse pubblico, che è *in re ipsa* dal momento che la rimozione di atti inefficaci costituisce espressione di efficienza amministrativa, né in ordine alla valutazione di interessi di soggetti amministrati, che non sono coinvolti da atti privi di efficacia (vedasi, per tutti, Consiglio di Stato, sez. V, 10 settembre 2003, n. 875)

<sup>38</sup> «*La partecipazione del dipendente al procedimento con la presentazione di memorie, osservazioni e documenti, può consentire l'effettivo chiarimento dei fatti e comportamenti riferibili al dipendente e che hanno determinato la presunta incompatibilità, facendo emergere fatti e circostanze, altrimenti ignote o non precisamente note all'Amministrazione, che ben possono essere determinanti non solo per l'effettiva adozione del provvedimento di trasferimento, ma possono incidere quanto meno sulla individuazione della nuova sede cui destinare il dipendente...Per completezza deve escludersi, altresì, che la comunicazione dell'avvio di procedimento potrebbe rilevarsi inutile in quanto il contenuto del provvedimento di trasferimento per incompatibilità ambientale non si presterebbe ad essere oggetto di accordo. In realtà è vero che in accoglimento delle osservazioni e proposte presentate dagli interessati, a cui è stata data la comunicazione dell'avvio del procedimento, possono raggiungersi tra P.A. e interessati accordi circa il contenuto dell'adottando provvedimento o accordi sostitutivi del provvedimento; ma tali accordi non rappresentano lo scopo della partecipazione collaborativa prevista dall'art. 7 della legge n. 241 del 1990, bensì sono l'ulteriore effetto della partecipazione che, come visto, in primo luogo ha principalmente l'obiettivo di conoscenza» (cfr. Consiglio di Stato, 7 novembre 2001, n. 5718).*

in modo “*formalistico ed acritico*”. Saranno ***i principi di ragionevolezza, proporzionalità, logicità ed adeguatezza*** a governare la fase cognitiva perché, per dirla con le parole del Consiglio di Stato, forniranno «*un canone interpretativo di portata generale...per definire la rilevanza della riscontrata difformità tra l'atto amministrativo e le regole che ne disciplinano l'emanazione. L'accertato contrasto tra la fattispecie concreta ed il paradigma astratto delineato dalla norma non determina, per ciò solo, l'invalidità dell'atto. L'illegittimità può essere affermata solo quando la violazione della regola provoca una lesione dell'interesse, ancorché meramente strumentale, perseguito dal ricorrente*»<sup>39</sup>.

In tal senso trovano conferma i discorsi che abbiamo fatto all'inizio della Nostra ricerca. L'*oggetto dell'indagine* del giudice amministrativo non è più l'atto amministrativo. Egli indagherà invece da un lato l'interesse sostanziale sotteso all'interesse legittimo che si assume lesa nelle prospettive del privato, dall'altro il risultato amministrativo che si assume raggiunto nella prospettiva della p.A.. Cercherà pertanto di mediare fra le contrapposte prospettive rinvenendo nella ragionevolezza, proporzionalità, logicità ed adeguatezza del risultato e del modo in cui esso sia stato raggiunto se l'interesse del privato risulti sacrificabile, o per dirla in altro verso, se l'azione della amministrazione sia effettivamente esente da censure.

E con ciò si spiega perché questo giudice sia stato dotato di maggiori poteri di discernimento, tanto istruttori quanto risarcitori. E' questo che vogliamo dire quando affermiamo che ***l'interesse legittimo ed il risultato sono stati giuridicizzati***. Vogliamo dire che le due situazioni sono, al contempo, ***la causa e l'oggetto del processo amministrativo e che sono sindacabili da parte del giudice amministrativo***.

Dal punto di vista pratico, a nostro avviso, questo ampliamento dei poteri del giudice amministrativo all'interesse sostanziale, porterà ad un progressivo ripensamento del vizio di violazione di legge e dell'eccesso di potere, nel senso che l'indagine del giudice andrà sempre più ad involgere i vizi propri dell'atto e gli aspetti sostanziali del rapporto. La violazione di legge, già intesa come vizio residuale, sarà ulteriormente ridimensionata

---

<sup>39</sup> L'affermazione è ormai pacifica in giurisprudenza : le regole della partecipazione, anche al di fuori dei limiti definiti, «*non possono essere interpretate ed applicate in modo formalistico ed acritico*», ma vanno lette «*alla luce dei criteri generali che governano lo svolgimento dell'attività amministrativa ed individuano i contenuti fondamentali del rapporto tra esercizio della potestà pubblica e tutela delle posizioni delle parti interessate: ragionevolezza, proporzionalità, logicità ed adeguatezza.*» (cfr. Consiglio di Stato, 20 febbraio-22 maggio 2001, n. 2823.)



laddove occorrerà, quando si tratti di violazioni formali o procedurali che riguardino l'esercizio di una attività vincolata della p.A. (i due vizi vengono parificati dall'art. 21-*octies*) ovvero che si tratti del vizio di omessa comunicazione di avvio del procedimento, che il privato fornisca quantomeno un principio di prova circa la possibilità che il contenuto dell'atto (dispositivo o anche motivo, a seconda dei casi) avrebbe potuto essere differente (salva comunque la diversa ripartizione dell'*onus probandi* voluto dai due alinea)<sup>40</sup>.

***V. la natura della situazione vantata: la tesi che propende per la configurabilità di situazioni di diritto soggettivo; la tesi che propende per gli interessi meramente procedurali; il rapporto di soggezione del potere partecipativo rispetto al potere; la prova di resistenza; la Nostra scelta per l'interesse legittimo.***

Veniamo ora alla qualificazione giuridica della situazione giuridica connessa all'istituto partecipativo, che abbiamo fino ad ora genericamente chiamato *pretesa* (ZITO), *interesse* o *situazione*.

Innanzitutto, seguendo il nostro ragionamento, si dovrà concludere che non è la *mera facoltà* di partecipare, quanto piuttosto *l'interesse manifestato con la partecipazione* ad influire sull'esito della procedura (ossia sull'esito del procedimento prima e sull'interesse a ricorrere nelle sedi giurisdizionali poi). Al giudice amministrativo è rimesso il sindacato sulla *rilevanza* di detto interesse.

Il *giudizio di rilevanza* non dovrebbe pertanto essere un giudizio teso a verificare *ex ante* se le istanze del privato sarebbero state idonee ad indirizzare il potere in altro senso; questo al più si vedrà in caso di decisione di riaprire il procedimento, in quanto, ovviamente, la mancata comunicazione di avvio non consuma il potere della Amministrazione. Il giudizio di rilevanza è, tanto più nelle forme introdotte dal 21-*octies*, un giudizio da compiersi *ex post*, laddove il giudice, da un lato prende atto del

---

<sup>40</sup> In prospettiva, dovrebbe aversi un progressivo proliferare delle figure sintomatiche. Si pensi all'eccesso di potere per violazione della prassi, per la violazione del circolare, ovvero da lesione di aspettativa legittima. A nostro modo di vedere, la categoria dell'affidamento legittimo, ora finalmente consacrata nel nostro ordinamento per l'effetto del doppio richiamo contenuto negli art. 1 e 21-*quinquies* innalzerà finalmente l'interesse del privato alla dignità di un diritto soggettivo dell'ordinamento amministrativo (il cui sindacato sarà rimesso definitivamente ed esclusivamente al giudice amministrativo); verrà superato, in alcune situazioni, il dogma della legalità a favore dell'aspettativa qualificata. Anche di fronte a situazioni giuridiche soggettive che comportino una obiettiva esigenza di revisione, anche per ragioni di giustizia sostanziale e pari trattamento con altri soggetti beneficiari di un simile rapporto, l'operatore amministrativo dovrà arrestarsi, laddove detta revisione comporti una modifica *in peius* circa una situazione giuridica particolarmente qualificata, per avervi il privato giustamente fidato, stante altresì l'efficacia durevole del rapporto in corso.

mancato inoltro della comunicazione al privato, quindi, sulla scorta delle giustificazioni e delle prove addotte in giudizio dalla p.A. resistente, valuta se detto vizio sia stato *aliunde* sanato, ossia valuta la *resistenza* della motivazione addotta dalla p.A. di fronte alla lesione della situazione partecipativa avutasi. Questa sorta di *prova di resistenza* del *risultato* nei confronti dell'*istituto partecipativo*, della *speditezza* nei confronti della *collaborazione*, della *economicità* nei confronti della *trasparenza*, del *buon andamento* nei confronti dell'*imparzialità*, va ovviamente fatta tenendo come parametro l'*interesse sostanziale* che il privato avrebbe voluto veicolare in sede procedimentale per il tramite del proprio *potere partecipativo*. Va pertanto compiuta obbligatoriamente *ex post*, *sulla scorta della valutazione circa la recessività di detto interesse, che la p.A. fornisca in sede processuale*. Tanto più che questa sorta di possibilità per la p.A. di dimostrare l'avvenuta "*sanatoria*" (con i limiti che diremo poi) del difetto motivo sembra essere proprio ciò che ha inteso il Legislatore con l'introduzione dell'art. 21-*octies*<sup>41</sup>.

Se ciò che il privato ha da dire, pur *pertinente* all'*oggetto* del procedimento, non è anche *rilevante*, nessuna comunicazione gli sarà dovuta e, specularmente, egli non avrà alcun interesse ad agire, essendo in difetto del presupposto della *concretezza*<sup>42</sup>. La rilevanza è difatti un *quid pluris* rispetto alla *pertinenza* all'*oggetto* che il successivo art. 8 richiede ai fini della motivazione circa la valutazione da parte della p.A. delle memorie e degli scritti presentati dal generico interveniente; la rilevanza si presume in ragione del fatto che il provvedimento definitivo sarà destinato

---

<sup>41</sup> Con ciò anticipiamo in gran parte le considerazioni di cui *infra* circa la impossibilità di ricondurre il tipo di giudizio cognitorio voluto dal nuovo art. 21-*octies*, comma 2, II alinea in merito al vizio da omessa comunicazione di avvio nei procedimenti discrezionali (e per quanto attiene il primo alinea nell'ambito dei procedimenti vincolati) all'interno del cd. vizio di irregolarità, che invece presuppone un giudizio *ex ante*. Il termine *sanatoria* (o convalida, anche se la terminologia non ci soddisfa particolarmente) è incompatibile con la *ratio* stessa della categoria della *irregolarità* e richiama invece proprio teorie ed istituti come quelli del cd. *raggiungimento dello scopo* o *della prova di resistenza*.

<sup>42</sup> A conferma della tesi qui sostenuta, sta proprio il fatto che se l'interesse del soggetto illegittimamente pretermesso risulti poi ragionevolmente del tutto inidoneo a modificare l'esito del procedimento, la violazione del disposto normativo di cui all'art. 7 della legge n. 241/90 rimarrebbe comunque *tamquam non esset*. Il soggetto escluso dovrebbe difatti rimanere privo di ogni legittimazione processuale, essendo l'interesse in capo allo stesso appuntato pur sempre *qualificato* e *differenziato* ma *sine dubio* privo del requisito della *concretezza*. «*La comunicazione di avvio del procedimento va dunque letta in chiave strumentale e servente rispetto alla ponderazione degli interessi : in modo, cioè, da favorire la qualità dell'intervento, si da renderlo idoneo a vincolare il più possibile l'esercizio del potere di scelta amministrativa*», si veda per tutti COGNETTI S., *Partecipazione al procedimento e ponderazione degli interessi*, Relazione al Convegno di Macerata 21-22 giugno 1996, su *L'attuazione della legge 241/90*, in *Atti del Convegno* (a cura di SCIULLO), Milano, 1997, pag. 15 ss.

a produrre effetti nei confronti del soggetto ed è pertanto opportuno che lo stesso abbia la facoltà di anticipare in sede pre-contenziosa le difese e le osservazioni che dovrebbero invece essere postergate in sede giurisdizionale.

Tant'è che la partecipazione del privato al procedimento è, a nostro sommo avviso, tanto più un *potere strumentale alla situazione sostanziale sottesa* che non invece un vero e proprio diritto.

Siamo ben consci delle difficoltà di inquadramento sistematico, come del resto della natura spuria di queste situazioni giuridiche e delle ben note difficoltà che si riscontrano in dottrina circa la sussunzione delle stesse sotto un categoria unitaria, è ben conscia la giurisprudenza. La suprema Corte, con la sentenza n. 157/03 non ha mancato di segnalare come: «*Tali interessi, di partecipare al procedimento, di vederlo concluso tempestivamente e senza aggravamenti, di poter accedere ai documenti in possesso dell'Amministrazione, di vedere prese in esame le osservazioni presentate, di veder motivata la decisione che vanifica l'aspettativa, costituirebbero, secondo una lettura estrema, veri e propri **diritti soggettivi**, tutelati in quanto tali, e non situazioni strumentali alla soddisfazione di un interesse materiale che verrebbe quindi protetto sub specie di **interesse legittimo***».

Orbene, ciò detto, la riconduzione della pretesa partecipativa al **diritto soggettivo** non ci soddisfa, nonostante l'espressa qualifica in questi termini sia stata data dall'art. 10 della legge n. 241/90, nella nuova rubrica voluta dalla novella legislativa (la legge n. 15/05 ha infatti rubricato l'articolo «*Diritti dei partecipanti al procedimento*»).

Innanzitutto essa ci appare rispondente ad un visione del procedimento amministrativo come luogo di composizione più di un *rapporto obbligatorio* che non di un *rapporto amministrativo*<sup>43</sup>. In tal modo la situazione partecipativa si distacca enormemente dall'interesse materiale connesso al bene della vita; esso resta sì nel procedimento ma “*ai margini, come punto di riferimento storico*”. Così ragionando ci sembra che l'illegittima compromissione della situazione partecipativa divenga risarcibile *ex se*, avendosi alla fine una condizione di mera *illiceità del*

---

<sup>43</sup> In dottrina, sulla riconducibilità del procedimento amministrativo ad un rapporto obbligatorio, si rinvia a CASTRONUOVO C., *Responsabilità civile per la pubblica amministrazione*, in *Jus*, 1998, pag. 647 ss, SIRACUSANO P., *Ruolo creativo del giudice e principio di legalità nella responsabilità civile da illegittimo esercizio del potere discrezionale*, in *Diritto Pubblico*, 2003, pag. 533 ss.; *contra* ci sembrano le posizioni di ZITO A., *Il danno da illegittimo esercizio della funzione amministrativa – riflessioni sulla tutela dell'interesse legittimo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2003, pag. 132 ss., e di DE LUCIA L. *Procedimento amministrativo e interessi materiali*, in *Diritto amministrativo*, 2005, pag. 94 ss.

*comportamento* tenuto dalla p.A. e non di vera e propria *illegittimità del provvedimento*.

Si apre però in tal modo la via di una tutela della situazione partecipativa totalmente avulsa dalla tutela dell'interesse materiale sottostante al procedimento, il che non ci sembra proprio andare nel senso della riforma né nel senso delle riflessioni della giurisprudenza<sup>44</sup>.

Pur consci del parziale ripensamento voluto di recente dalla Plenaria, in termini di pregiudiziale amministrativa, l'interesse legittimo era e rimane intimamente legato all'interesse materiale che lo anima, e per esso tramite al bene della vita anelato. E' la lesione di detto interesse che *muove* il giudizio cassatorio (che altro non è, secondo noi, che un giudizio risarcitorio in forma specifica) e, quindi, quello risarcitorio.

Che il giudice debba limitarsi a constatare una lesione del "*diritto a partecipare*" che comporti *ex se* tutela risarcitoria, senza andare ad analizzare la conferenza o meno del contributo partecipativo del privato, senza andare ad analizzare l'interesse materiale che sostanzia detto interesse e che ne dà quel requisito di concretezza che legittima il privato a ricorrere nelle sedi giurisdizionali, non ci sembra avere un senso<sup>45</sup>. Anche la giurisprudenza che si è mostrata più aperta all'ingresso nel procedimento amministrativo della responsabilità da cd. "*contatto amministrativo*" *sub specie* di responsabilità contrattuale, non ha mancato di sottolineare come

---

<sup>44</sup> Si vedano per esempio i contributi di ZITO A., *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1996 e DALFINO E. – PACIONE L., *Basi per il diritto soggettivo di partecipazione nel procedimento amministrativo*, in FI, 1992, V, col. 382 ss.; più di recente, PASSONI M., *Quale tutela per le situazioni giuridiche partecipative?*, in nota a TAR Lazio, Roma, sez. II-bis, 18 maggio 2005, n. 3921, in *Urbanistica e appalti*, 2005, 1191 ss. secondo il quale: «*Il vantaggio di una simile ricostruzione si rivela duplice: innanzitutto, trattandosi di situazione soggettiva non legata alla soddisfazione dell'interesse al bene, non sarebbe necessario attendere la conclusione del procedimento per riconoscere la tutela; inoltre sarebbe possibile accedere ad una tutela risarcitoria in forma specifica, soddisfacendo in modo tempestivo, ossia prima della conclusione della procedura, il diritto a prendere parte alla procedura*». In poche parole questa dottrina giustificerebbe il vantaggio dell'inquadramento sistematico della posizione partecipativa *sub specie* del diritto soggettivo perfetto con la possibilità di riconoscere al privato una sorta di tutela cautelare in corso di procedimento, per la via della tutela risarcitoria in forma specifica del diritto soggettivo, ovvero alla tutela risarcitoria al termine del procedimento, in caso di definitiva presa d'atto della irreversibilità dello *status* prodotti.

<sup>45</sup> Ci piace ricordare, in proposito, il pensiero, sempre attuale, di LEDDA F. *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Rivista Trimestrale di diritto amministrativo*, fascicolo n. 1, 1993 pag. 1 ss. «*In generale, dovrebbe evitarsi il riferimento situazioni di diritto e di obbligo quando si tratti di questioni che direttamente riguardano innanzitutto la legittimità e la validità dell'atto (come quella che effettivamente sorgerebbe nel caso di omessa valutazione); inoltre può osservarsi che tra il contenuto del diritto e quello dell'obbligo non si ha corrispondenza piena, poiché il diritto come si vedrà, non è limitato alla effettiva pertinenza all'oggetto del procedimento, che invece condiziona l'operatività dell'obbligo imposto all'amministrazione*».

la tradizionale ricostruzione in termini di responsabilità aquiliana voluta e fatta propria dalle SS.UU. con la arcinota sentenza n. 500/99, e per essa la ritenuta immanenza del bene della vita all'interesse materiale, era e resti perfettamente attuale<sup>46</sup>.

Tutto ciò deve, a nostro sommosso avviso, indurre dunque a *disconoscersi che il privato abbia un vero e proprio diritto partecipativo*. Non sfugga poi quanto detto abbondantemente *supra* in merito alla finalità dell'istituto partecipativo. La comunicazione di avvio è, nella logica del procedimento amministrativo, finalizzata precipuamente a fornire la soddisfazione del pubblico interesse, soddisfazione che presuppone la maggior completezza possibile dell'istruttoria, e quindi a fornire una garanzia difensivo-collaborativa nei confronti del privato istante<sup>47</sup>. In ciò la situazione partecipativa condivide la cd. *in-autonomia*<sup>48</sup> che è propria

---

<sup>46</sup> Cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, decisione n. 1945/03, l'interesse legittimo si riferisce non più direttamente al bene della vita ma solo "*a fatti procedurali*"; rimane astrattamente la possibilità di risarcimento, per via extracontrattuale, "*del danno pieno, subito per effetto del mancato conseguimento del bene della vita*" anche in forma specifica, ma nella concreta dinamica del processo amministrativo sarà "consigliabile" inferire "*la responsabilità*" unicamente a quella "*contrattuale*", con tutte le "*molteplici conseguenze con riferimento, in particolare, alla distribuzione tra le parti dall'onere di provare la colpa, al termine di prescrizione, al calcolo di interessi e rivalutazione, nonché (...) alla possibilità di concedere il risarcimento anche a prescindere dal giudizio prognostico sulla spettanza del bene della vita*". Portando la riflessione ai suoi estremi, si dovrà aderire alla tesi che: "*in ipotesi connotate dalla persistenza in capo all'amministrazione di significativi spazi di discrezionalità amministrativa pura, esclude l'indagine del giudice sulla spettanza del bene della vita, ammettendo il risarcimento solo dopo e a condizione che l'Amministrazione, riesercitato il proprio potere, come le compete per effetto del giudicato, abbia riconosciuto all'istante il bene della vita: nel qual caso, il danno ristorabile non potrà che ridursi al solo pregiudizio determinato dal ritardo nel conseguimento del bene anelato*".

<sup>47</sup> In materia di revoca di incarichi dirigenziali il TAR Campania-Napoli sez. VII n. 7184, 27 maggio 2005 ha statuito che «*L'art. 7, l. 7 agosto 1990 n. 241 costituisce una specifica norma di garanzia nei confronti dei soggetti nei cui confronti le determinazioni provvedimenti dell'amministrazione sono destinate a produrre i propri effetti, soggetti che avvalendosi delle previsioni di cui alla legge n. 241/90, possono prendere visione degli atti del procedimento e prospettare al riguardo proprie valutazioni e considerazioni di cui l'Amministrazione deve tener conto prima di adottare la decisione finale, sia nell'interesse personale degli stessi soggetti interessati, sia anche nell'interesse della stessa organizzazione ad una più completa ed adeguata rappresentazione degli elementi decisionali necessari per assumere determinazioni sull'ottimale allocazione delle risorse dirigenziali a disposizione*».

<sup>48</sup> L'espressione sembra attribuibile a GIANNINI M.S., *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1963-64: "*L'interesse legittimo, quanto situazione giuridica soggettiva attiva e di vantaggio, ha un'esistenza propria ed autonoma; la sua realizzazione è però inautonoma. Con più precisione esso si realizza autonomamente con atti che producono effetti preparatori o preliminari o interlocutori (domande, istanze, repliche e domande incidentali in procedimenti, et c.); ma quanto agli atti produttivi di effetti definitivi e finali, cioè in sostanza agli atti decisori aventi natura di manifestazioni di volontà in senso pieno, l'interesse legittimo si realizza inautonomamente, con l'atto di esercizio della potestà che spetta ad altra figura soggettiva. Questo è un tratto del tutto tipico dell'interesse legittimo; esso si*

dell'interesse legittimo, quell'intima correlazione con il potere che non ha invece nulla a che fare con la *pienezza* di tutela che consegue alla riconosciuta *autonomia* del diritto soggettivo perfetto.

Il giudice che valuta la *rilevanza* dell'interesse sostanziale che il privato avrebbe potuto portare in sede endoprocedimentale, si occupa in realtà di valutare né più né meno se nella fattispecie rimessa al suo sindacato si sia avuto un *difetto istruttorio* che sia poi traslato poi in una *omessa motivazione* sul punto; se il privato fosse stato messo in condizione di partecipare avrebbe potuto palesare in sede procedimentale un interesse che sarebbe stato comunque valutato dalla p.A.; indipendentemente dal fatto che sarebbe stata o meno condivisa la prospettazione del privato, la stessa p.A. avrebbe comunque dovuto motivare circa la recessività di detto interesse<sup>49</sup>.

---

*realizza non per atto del suo titolare, ma per atto altrui; mentre al diritto soggettivo corrisponde la figura soggettiva del dovere o dell'obbligo, all'interesse legittimo corrisponde la situazione soggettiva della potestà*". La definizione di interesse legittimo che ha avuto più fortuna ci sembra essere quella di CASSETTA E., in *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2001, pag. 276: "*L'interesse legittimo può essere definito come la situazione soggettiva di vantaggio, costituita dalla protezione giuridica di interessi finali che si attua non direttamente ed autonomamente, ma attraverso la protezione indissolubile e immediata di un altro interesse del soggetto, meramente strumentale alla legittimità dell'atto amministrativo e soltanto nei limiti della realizzazione di tale interesse strumentale*". Ci sembra che questa "definizione tradizionale" tendenzialmente faccia proprio della "inautonomia" il tratto distintivo che rende l'interesse legittimo un *quid minoris* del diritto soggettivo; ci piace di più immaginare l'interesse legittimo come il vero e proprio *diritto soggettivo dell'ordinamento amministrativo* (ROMANO A.); del resto è pur sempre vero che "*L'interesse legittimo – diversamente dal diritto soggettivo – assolve ad una fondamentale funzione di equilibrio e di integrazione fra regimi giuridici tendenzialmente contrapposti, riguardo all'esigenza di temperare la salvaguardia dell'interesse del privato, meritevole di tutela, con il pieno soddisfacimento dei fini autonomamente perseguiti dall'amministrazione pubblica. Col tramite di questa figura, si è garantita – e tuttora si garantisce – una forma particolare e assai avanzata di tutela giuridica dell'amministrato, che non è incompatibile con (ma presuppone) l'esercizio di potestà discrezionali*" – COGNETTI S., *Profili sostanziali della legalità amministrativa – indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, Milano, Giuffrè, 1993, pag. 197.

<sup>49</sup> Si rinvia a COGNETTI S., *Quantità e qualità della partecipazione*, cit., pag. 90: «*La omessa comunicazione...può rilevare giuridicamente come fonte di illegittimità (del provvedimento successivamente emanato) ove essa possa costituire un efficace elemento di riscontro nella verifica giurisdizionale del vizio di eccesso di potere: sia con riferimento alle vicenda specifica della ponderazione degli interessi, sia anche, riguardo a quella più generale relativa alla determinazione delle premesse di fatto all'esercizio de potere. Ciò si verificherà se e in quanto tale omissione nei riguardi di un soggetto titolare di un interesse sostanziale di indubbia rilevanza (come emblematicamente è quello che lo legittimerà ex post a ricorrere in via giurisdizionale) possa costituire tanto causa quanto l'effetto (lungo entrambe le direttrici del rapporto di causalità) di una insufficiente quanto irragionevole ed ingiustificata considerazione dell'interesse in parola nella ponderazione finale da parte dell'autorità amministrativa decidente*».

Tutto ciò per dire che è sempre il medesimo interesse sostanziale che muove tutta la procedura e che le situazioni partecipative altro non sono se non *poteri di impulso ovvero di reazione strumentali a detto interesse*. Il discorso è più agevolmente comprensibile laddove si consideri la connessione tra il primo processo amministrativo che ha ad oggetto l'atto viziato dall'omessa comunicazione e quello, eventuale, successivo e comunque "*lontano*" che avrà invece ad oggetto l'impugnazione dell'atto emesso dalla p.A. a seguito dell'*emendatio* del vizio, a seguito, cioè, del riesercizio del potere previa comunicazione di avvio ed acquisizione istruttoria delle deduzioni del privato. Nulla vieterà difatti alla p.A. di riesercitare il potere proprio nella medesima direzione; la differenza è, ovviamente, che in tal ultimo caso Ella dovrà espressamente motivare sulla reiezione delle istanze del privato e questi avrà la possibilità di ricorrere nuovamente per via giurisdizionale lamentando l'eccesso di potere *nella* motivazione.

Dobbiamo sempre tenere presente il fatto che, nella fase pre-contenziosa, l'intervento del privato resta comunque, sebbene strumentale, *non necessario* al corretto esercizio diritto di difesa, in quanto non preclude un successivo ricorso giurisdizionale, para-giurisdizionale oppure anche meramente giustiziale.

Questa ricostruzione dell'istituto può indurre ad una visione diametralmente opposta da quella prospettata dalla dottrina che ritiene debba trattarsi di veri e propri diritti partecipativi; può ciò indurre a parlare di lesioni di *meri interessi partecipativi* (o procedimentali). In realtà così non è, dal momento che il primo giudice, colui che si troverà ad conoscere dell'annullamento dell'atto per la mancata comunicazione, dovrà anche andare ad esaminare *se tale interesse sarebbe stato rilevante al punto di avere una «incidenza causale nel provvedimento finale»<sup>50</sup>* e, quindi, ad un indirizzo più avveduto del pubblico potere. In sostanza egli sarà il giudice che esaminerà, *ex post*, la rilevanza dell'interesse sostanziale del privato ai fini di un migliore conseguimento dell'interesse pubblico; altro giudice, a seguito dell'eventuale riesercizio del potere, ne valuterà la legittimità prendendo a parametro proprio quell'interesse che la p.A. avrà (evidentemente, se ha deciso di riesercitare il potere in senso conforme al primo episodio di esercizio) valutato come recessivo. Ma si tratterà di un

---

<sup>50</sup> «L'omissione della comunicazione di avvio del procedimento comporta l'illegittimità dell'atto conclusivo soltanto nel caso in cui il soggetto non avvisato possa provare che, ove avesse potuto tempestivamente partecipare al procedimento stesso avrebbe potuto presentare osservazioni ed opposizioni connotate dalla ragionevole possibilità di avere una incidenza causale nel provvedimento finale» (cfr. Consiglio di Stato, sez. IV decisione I giugno-I ottobre 2004, n. 6383, in *Guida al diritto*, n. 44, pag. 65 ss. con nota di SCISCIOLI P., *Avviso obbligatorio solo se incide sul contenuto del provvedimento finale*).

interesse che il primo giudice dovrà comunque aver perlomeno “*visto in lontananza*”. La cognizione del secondo giudice sarà arricchita, oltre che dalle altre censure proprie del provvedimento gravato, proprio dalla motivazione che la p.A. avrà dato circa la recessività di detto interesse.

Riassumendo, non si tratta, in entrambi i giudizi, che della ponderazione del *medesimo interesse sostanziale*. Il primo giudice valuta se, in base ad un giudizio prognostico *ex post*, detto interesse non sarebbe stato indifferente ai fini dell’esercizio del potere; egli lo vede, come detto, in lontananza, ne ha cognizione solo in quanto e solo nei limiti prospettati dal privato (e, oggi, a seguito della novella, nei limiti della giustificazione offerta in giudizio dalla p.A.) ai fini della giustificazione circa l’eccesso di potere per difetto istruttorio; né la p.A. avrà, nel provvedimento impugnato, dato alcuna giustificazione circa la mancata comunicazione; tale giudice pertanto non avrà alcuna motivazione a cui parametrare il suo giudizio. Il secondo giudice – quello competente a valutare l’eventuale nuovo ricorso giurisdizionale in sede di eventuale riesercizio del potere – invece, acquisisce sia questo interesse, sia i motivi per cui la p.A. lo ha giudicato recessivo di fronte all’interesse pubblico; egli sindacherà pertanto un eccesso di potere che viene parametrato sulla motivazione del provvedimento riadottato dalla p.A. ed è, quindi, *nella* motivazione stessa adottata dalla p.A..

Il *giudizio sulla rilevanza dell’interesse* che il privato avrebbe apportato è dunque un *giudizio sostanziale*. Se così è, si capisce perfettamente perché si dice che sia proprio l’interesse sostanziale ad essere divenuto l’oggetto del processo amministrativo. Il giudizio di rilevanza è un giudizio di comparazione tra due opposte esigenze, di speditezza e di risultato da un lato, di partecipazione dall’altro. I poteri di partecipazione al procedimento nei confronti della potestà della p.A. si collocano in una situazione di soggezione strumentale all’interesse sostanziale che deve essere veicolato nel procedimento. Si tratta pertanto di *situazioni intimamente legate all’interesse sostanziale che verrà in seguito attivato con l’interesse legittimo all’annullamento del provvedimento amministrativo che detti poteri abbia a monte illegittimamente compresso*<sup>51</sup>. Ciò, ne siamo consapevoli, postula una retrodatazione del

---

<sup>51</sup> CASSETTA E., Manuale di diritto amministrativo, Milano, Giuffrè, 2001, pag. 278 : «*Accanto a quelli ora descritti (i tradizionali poteri di reazione, il cui esercizio si caratterizza nei ricorsi amministrativi e nei ricorsi giurisdizionali, volti ad ottenere l’annullamento dell’atto amministrativo) possiamo poi aggiungere i poteri di partecipare al procedimento amministrativo: i documenti e le osservazioni che rappresentano il punto di vista del cittadino devono essere presi in considerazione dell’amministrazione procedente. Il titolare può così stimolare l’azione amministrativa, istaurando un dialogo che si conclude con l’emanazione del provvedimento...L’interesse legittimo, in ogni caso, sorge non già tutte le volte in cui, anche in*



momento della nascita dell'interesse legittimo, ed una correlazione all'interesse strumentale, materiale, finale che dir si voglia, che lo sottende e che lo aggancia al bene della vita, e ne svuota la tradizionale correlazione al potere presupponendone un inquadramento dinamico e non più meramente statico<sup>52</sup>.

---

*modo secondario ed indiretto, un soggetto venga in qualche modo implicato nell'esercizio di un potere, bensì quando (e soltanto quando) la soddisfazione del suo interesse dipende dall'esercizio di un potere; d'altro canto occorre una norma che tuteli la situazione del privato in modo non generico e, dunque, non è sufficiente una disposizione che semplicemente assicuri la partecipazione ad un procedimento. Né si può ritenere che, per il solo motivo della partecipazione procedimentale, l'interesse procedimentale si trasformi in interesse legittimo e, di conseguenza, consenta al suo titolare di ricorrere in giudizio. La possibilità della trasformazione della partecipazione procedimentale in legittimazione processuale è stata invero sostenuta in dottrina e il criterio è stato anche applicato in giurisprudenza in tema di interessi diffusi: tale criterio non sembra però corretto proprio perché, a tacere della smisurata estensione della legittimazione processuale che esso determinerebbe, l'interesse legittimo è tale in quanto rappresenti la situazione di un soggetto nei confronti di un potere, gli effetti del cui esercizio lo interessino direttamente. La mera partecipazione non muta la natura di una situazione che originariamente non posseda quei caratteri».*

<sup>52</sup> Secondo TRAVI A, *Interessi procedimentali e «pretese partecipative» : un dibattito aperto* (A proposito di due contributi di Duret e Zito) in *Diritto Pubblico* 1997, 540 ss., anche la partecipazione procedimentale è un bene della vita; ciò escluderebbe in origine la possibilità di configurare situazioni a carattere procedurale distinte dall'interesse legittimo, in quanto l'esistenza di un bene sottostante, elemento caratterizzante dell'interesse legittimo, sarebbe presente anche nell'interesse procedimentale. Ancora TRAVI A., in *Lezioni di giustizia amministrativa*, Giappichelli, 2000, pagg. 69 ss: “*nel suo intervento la Cass. ha riconosciuto espressamente la natura sostanziale dell'interesse legittimo e ha rilevato la coerenza tra tale natura sostanziale e la possibilità del risarcimento, nel caso di lesione da parte dell'amministrazione...l'interesse legittimo è figura di diritto sostanziale...non sorge per effetto della sua lesione ad opera di un potere dell'amministrazione e non assume rilevanza solo quando si verificano i presupposti per l'impugnativa; è configurabile già nel momento in cui ha inizio il procedimento amministrativo e forse ancor prima, quando si realizzino i presupposti per il procedimento (si pensi ancora al caso del silenzio rifiuto). Perché nasca un interesse legittimo non è sufficiente che vi sia un'astratta titolarità di un potere, né è necessario che un potere sia già stato esercitato: bisogna che sussistano le condizioni in presenza delle quali l'esercizio del potere sia doveroso...in questo quadro viene meno la necessità di subordinare l'azione per danni al previo annullamento del provvedimento amministrativo. Tale necessità si ricavava, secondo l'interpretazione precedente, dall'esigenza di ripristinare la posizione originaria di diritto soggettivo, “degradata” dal provvedimento amministrativo in interesse legittimo; solo il diritto soggettivo, infatti poteva essere risarcito. Ma nel momento in cui si riconosce la risarcibilità dell'interesse legittimo, viene meno anche la necessità dell'annullamento del provvedimento lesivo: per il risarcimento dei danni è richiesto l'accertamento della illegittimità del provvedimento, non più il suo annullamento”.* Quindi, a pag. 75: “*l'interesse cd. materiale non va considerato come elemento pregiudiziale, estraneo all'interesse legittimo, ma costituisce la componente essenziale di quest'ultimo, perché identifica proprio il bene della vita cui l'interesse legittimo è funzionale*”; in alternativa, secondo la dottrina maggioritaria, “*l'interesse materiale costituirebbe solo un presupposto di fatto, o il substrato economico dell'interesse legittimo; quest'ultimo, a sua volta, si caratterizzerebbe come posizione strumentale rispetto all'interesse materiale. Ma in questo modo il bene della vita, nell'interesse legittimo, rimarrebbe ancora in ombra (perché in*

## **VI. Vizi formali e vizi sostanziali: l'irregolarità; la teoria dello scopo della norma.**

La categoria del vizio formale, che parrebbe essere stata consacrata nel nostro ordinamento dall'entrata in vigore della legge 15/05, non è una vera e propria novità, ma si era, come visto, da tempo andata formando in giurisprudenza. Gran parte delle norme sul procedimento sono state progressivamente ricondotte a questa generale categoria che a sua volta sussume sia quella che chiameremo dei vizi di *irregolarità* (o vizi formale per marginalità della violazione), sia quei vizi inidonei ad influire sulla validità degli atti o perché gli stessi abbiano *aliunde* perseguito lo scopo, o perché trattasi di fattispecie in cui il contenuto dispositivo del provvedimento non avrebbe comunque essere differente (cd. irrilevanza)<sup>53</sup>. Tratteremo brevemente e senza pretesa di esaustività delle principali ipotesi.

**VI.1 L'irregolarità.** Non può sfuggire la delicatezza di un istituto che si è sempre prestato a difficili inquadramenti categorici. Per quanto ci interessa, parleremo succintamente della irregolarità per evidenziare come non sia possibile riferirla al primo alinea dell'art. 21-*octies* II comma, che stiamo qui considerando in special modo per quanto attiene al vizio di omessa comunicazione di avvio del procedimento negli atti a contenuto

---

*definitiva sarebbe distinto dalla posizione giuridica garantita dall'ordinamento) o tutt'al più, si tradurrebbe solo in una serie di utilità secondarie e puramente strumentali". Sul punto vedasi altresì NIGRO M., in Giustizia amministrativa, VI ed., Il Mulino, Bologna, 2002, cap. V, in particolare pag. 116: «Secondo una opinione alla quale ho ritenuto in passato di aderire, l'interesse legittimo nasce solo al momento in cui l'interesse materiale viene leso dall'atto amministrativo...concepito invece l'interesse legittimo come una posizione di vantaggio costituita dalla stessa norma regolativa del potere, istituito cioè un collegamento immediato, e voluto (dalla stessa norma), fra norma ed interesse materiale, la nascita dell'interesse legittimo va collocata molto più indietro, va collocata addirittura al momento in cui l'interesse materiale – preso in considerazione astrattamente dalla norma regolativa del potere insieme con il potere stesso e con le modalità di esercizio del medesimo – si appunta concretamente in capo ad un soggetto».*

<sup>53</sup> Si veda CERULLI IRELLI V., *Note critiche in materia di vizi formali degli atti amministrativi*, in *Diritto Pubblico* n. 1/04, pag. 195: «La specie delle violazioni formali si riscontra nell'esperienza positiva, secondo una differente tipologia: in primo luogo, si è detto, si individuano quelle figure di violazioni la cui natura formale si ravvisa nel carattere minimale dell'anomalia, dalla quale deriva la mera irregolarità dell'atto. In secondo luogo, si individuano quelle violazioni, qualificabili come formali in quanto inidonee, in concreto, ad alterare lo scopo cui è in astratto preordinata la norma violata e quindi inidonee a qualificare l'atto siccome invalido (ma neppure irregolare stante l'assoluta irrilevanza dell'anomalia). Infine può individuarsi quella categoria di violazioni che, in concreto, non hanno influito sul contenuto dispositivo del provvedimento amministrativo adottato, il quale, ancorché imperfetto, non avrebbe comunque potuto essere diverso. L'anomalia attiene cioè ad una fattispecie provvedimentale «senza alternative», il cui contenuto è rimasto indifferente alla violazione».

vincolato. Si tratta infatti di una categoria a cui sono state generalmente ricondotte quelle violazioni di regole procedurali circa, ad esempio, l'*indicazione del termine entro il quale ricorrere* e della *stessa Autorità a cui ricorrere*, l'*omessa individuazione del soggetto responsabile del procedimento amministrativo*. Qui non avremo effetti invalidanti in quanto il soggetto ricorrente potrà, ad esempio, al più beneficiare dell'errore scusabile ed essere rimesso nei termini per l'impugnativa nei confronti dell'autorità competente, ovvero perché l'atto sia comunque indubbiamente *aliunde* riferibile al soggetto *ex lege* deputato che ne potrà assumere la paternità sostanziale mediante ratifica.

Ben altri problemi si pongono nei casi in cui la violazione investa un istituto, quale quello partecipativo, involgente interessi, come abbiamo avuto modo di precisare, di *natura sostanziale*, che presuppongono, specie a fronte della modifica legislativa, una pregnante indagine del giudice amministrativo sulla rilevanza del vizio nella concreta dinamica procedimentale. Nei casi di irregolarità l'atto nasce infatti *ab origine* valido ed efficace, in quanto si presume, fino a prova contraria, che il vizio non rilevi, o perlomeno che non sia così rilevante da comportarne l'annullabilità (ossia l'illegittimità); *l'irregolarità pertanto non comporta la necessità di sanatoria alcuna da parte della p.A. che ha emanato l'atto, essa non influisce sul rapporto amministrativo privato-p.A.; il giudizio sulla rilevanza del vizio, per vincere la presunzione di legittimità dell'atto, andrà fatto solamente sulla base dell'atto amministrativo: il giudice, avendo come parametro di riferimento l'atto astrattamente conforme alla fattispecie normativa, dovrà valutare se l'atto emanato dalla p.A. abbia vizi idonei a farlo uscire dal limbo della mera irregolarità per portarlo in quello della invalidità (sub specie nullità-inesistenza), dovrà valutare se le mancanze siano tali da non consentire all'atto di assurgere a valida esternazione di potere.*

Si pensi al caso di scuola della indecifrabilità o della incompletezza della sottoscrizione autografa dell'autore dell'atto; essa non comporta invalidità dell'atto, almeno sino a quando l'interessato non dimostri la falsità della firma (dal ché, invero, discenderà la nullità-inesistenza dell'atto per essere stato adottato in carenza di potere derivante da incompetenza assoluta)<sup>54</sup>. Si pensi, ancora, all'adozione di un atto oltre il termine stabilito con la comunicazione di avvio, ovvero dalla disciplina

---

<sup>54</sup> Cfr. Cass. 20 gennaio 1994, n. 522 : «Non ricorre la nullità dell'atto amministrativo per carenza del requisito soggettivo, quando dallo stesso atto risulti la qualità (di organo della persona giuridica pubblica) dell'autore della sottoscrizione e, pertanto, sebbene risulti indecifrabile o incompleta, detta qualità debba ritenersi oggettivamente certa, a meno che non vengano dimostrate da colui che le allega la non autenticità della sottoscrizione o l'insussistenza della indicata qualità».

regolamentare di settore, ovvero ancora oltre il termine comunque comminato dall'art. 2 l. 241/90<sup>55</sup>; anche in questo caso la violazione delle regole procedurali non comporterà l'illegittimità dell'atto laddove al dato formale della violazione del termine non si sia accompagnato anche il dato sostanziale della capacità del ritardo di influire sulla pretesa sostanziale del privato<sup>56</sup>.

L'ultima osservazione ci permette di fare un passo in avanti. La fattispecie irregolare, come abbiamo visto, non è unitaria ma si presenta con molte sfaccettature, ognuna delle quali comportante un apposito rimedio. Possiamo immaginare, in una scala di valori, una *gamma di irregolarità* che vanno dalla più debole alla più forte, dalla più marginale a

---

<sup>55</sup> La suprema Corte, nell'ambito dei procedimenti sanzionatori riconducibili alla legge n. 689/81 ha da tempo sancito l'equipollenza del vizio *de quo* a quello di legittimità dell'atto, spingendosi addirittura ad affermare che, qualora non previsto, "con riguardo allo specifico procedimento", un apposito termine, debba farsi applicazione della normativa della l. 241/90, espressamente qualificata di carattere generale. Si veda ad esempio la pronuncia n. 4204/99, secondo la quale «*deve farsi applicazione della normativa della l. n. 241/90, sui termini imposti alla p.A. nell'ambito del procedimento amministrativo, e segnatamente della norma dell'art. 2 di detta legge che, imponendo alla p.A. l'obbligo di concludere ogni procedimento entro il termine di trenta giorni, se non sia previsto, con riguardo allo specifico procedimento, un apposito altro termine, implica che l'osservanza del termine stesso (sia quello generale di trenta giorni o quello specificamente previsto) integri un requisito di legittimità del provvedimento amministrativo, con la conseguenza che la sua inosservanza configura una violazione di legge, comportante l'annullamento dell'ordinanza-ingiunzione*» (cfr. Cass. n. 4042 del 21/03/01). Al contrario, l'ultimo orientamento del giudice ordinario ci sembra nel senso di valorizzare, anche in questo caso, il dato sostanziale sul dato formale, lasciando al discrezionalità del giudice ogni valutazione circa la congruità o meno del termine, nel caso in cui esso non sia espressamente previsto; si veda in tal senso ad esempio la recente sentenza n. 50370/04 della Corte d'Appello di Roma, sez. I civile, la quale ha statuito che «*In mancanza di un termine di legge per il completamento dell'accertamento, da parte della CONSOB, di eventuali violazioni da parte dei soggetti vigilati (non essendo applicabile quello di 30 giorni previsto in generale dalla legge n. 241 del 1990), da cui si possa far decorrere l'ulteriore termine di 90 gg. per la contestazione utile degli addebiti ai sensi dell'art. 14 della legge n. 689 del 1981, al fine di evitare che la determinazione dello spazio temporale per il compimento di tale attività sia affidato alla sola e insindacabile scelta dell'autorità procedente, la CONSOB deve usare un criterio di ragionevolezza nella determinazione di tale spazio temporale, da verificarsi dal Giudice, che tenga conto dei tempi effettivamente necessari secondo l'ordinaria diligenza*».

<sup>56</sup> In questo senso ci pare la decisione del Consiglio di Stato, 19 dicembre 1997, n. 1869, in *Foro Amministrativo*, 1997, 3131 ss; in quella occasione i giudici affermarono che «*non può accettarsi la tesi che la violazione del termine legale per la conclusione di un procedimento sia giuridicamente ininfluenza, nel senso che l'assetto di interessi determinatosi a causa della ritardata adozione sia intangibile pur quando diverga da quello che sarebbe diversamente derivato da un'adozione tempestiva dell'atto, conforme alla volontà del legislatore*». Questa massima del Consiglio di Stato è indubbiamente tra le più "aperte" alla rilevanza del vizio in esame. Per lo più in giurisprudenza vige l'orientamento ancor più rigoroso in base al quale, prima ancora della necessità di preservare il potere dell'Amministrazione di provvedere alla cura dell'interesse pubblico, sarebbe proprio la natura ordinatoria dei termini di conclusione del procedimento a rendere il provvedimento amministrativo tardivo perfettamente legittimo.

quella meno marginale; a tale scala di valori corrisponde una speculare scala di rimedi, rimedi che vanno dalla rettifica alla temporanea inefficacia, fino alla regolarizzazione seguita, in alcuni casi, da misure repressive a carico del soggetto che si assuma la paternità dell'atto (e quindi del vizio)<sup>57</sup>. In questo punto, all'apice della scala di valore, la irregolarità tende a sovrapporsi alla invalidità, le regolarizzazioni alla convalida (recte alla sanatoria<sup>58</sup>) dell'atto<sup>59</sup>.

Ciò per dire come dell'invalidità, l'irregolarità condivide quantomeno la genesi: anche l'irregolarità «coesiste con un'intima e sostanziale violazione di norme». Il che comporta, a nostro avviso, che anche nella categoria della irregolarità sussiste il precipuo onere del giudice

---

<sup>57</sup> SORACE D., *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Il Mulino, Bologna, 2002 pag. 334 ss. ricorda come «Non ogni violazione di norme relative al procedimento, così come di norme relative ad aspetti formali, porta necessariamente alla illegittimità degli atti; può darsi infatti che si debba parlare più semplicemente di irregolarità» quindi a pag. 344 precisa : «in tali casi, l'ordinamento non prevede sanzioni per l'atto che è e rimane valido, pur dovendo essere regolarizzato (quando ciò sia possibile) semmai possono esservi sanzioni per il suo autore che, oltre ad essere tenuto a regolarizzare l'atto può andare incontro a responsabilità di tipo disciplinare, ma anche a responsabilità civile... Si afferma ordinariamente che l'irregolarità è determinata da una difformità dell'atto dal parametro normativo meno grave di quella che si verifica nelle ipotesi di invalidità. Secondo una spiegazione meno empirica, di regola nei casi ricondotti all'irregolarità non si ha invalidità perché non vi è contrasto con una norma il cui rispetto avrebbe potuto condurre ad una decisione diversa. I casi in cui, ciononostante, si ritiene che il provvedimento sia invalido sarebbero invece spiegabili con la mancanza nel provvedimento di requisiti che ne consentono il riconoscimento quale legittima manifestazione dell'autorità».

<sup>58</sup> Ci piace al riguardo, parlare di sanatoria e non di convalida, così condividendo la autorevolissima critica di Chi ha evidenziato, sacrosantamente, come un istituto nato nel rispetto di colui che aveva subito il vizio (la parte il cui consenso sia stato viziato che rinuncia ad avvalersi dell'annullamento del contratto, in sede civilistica) giammai avrebbe potuto dare il *nomen* all'istituto (che appare sempre un po' truffaldino) in base al quale la p.A. errante si avvale dello *ius corrigendi* senza incorrere in pregiudizio alcuno. La sanatoria sempre è stata ammessa *ante iudicium* con effetti *ex tunc* ma un tempo sempre negata in corso di giudizio, salvo che per i casi di incompetenza relativa (vigente l'art. 6 della legge 18 marzo 1968, n. 249); oggi, invece, pare che la stessa sia ammessa generalmente anche in corso di causa in presenza delle condizioni in concreto, ossia con il limite del rispetto della situazione sostanziale sottesa, intesa sia come rispetto del legittimo affidamento dei terzi che avevano fidato nel provvedimento per l'esercizio del relativo potere, sia delle ragioni di interesse pubblico preminenti.

<sup>59</sup> Si veda per tutti LUCIANI F. , *Il vizio formale nella teoria della invalidità amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2003. Secondo l'Autore tanto il vizio formale che la cd. irregolarità minimale esulano dalla categoria della invalidità, potendo al più il primo rientrare in quella categoria di recente origine dottrinale della cd. irregolarità forte. Si vede pertanto come la gamma preveda «Non uno ma più modelli di irregolarità, tra i quali si può decidere anche di far rientrare le ipotesi di vizio formale : alla condizione, tuttavia, di tenere conto delle loro particolari caratteristiche strutturali, cioè di non archivarle tra i casi di anomalie lievi in cui può versare un atto giuridico»; in particolare «L'irregolarità non è minimale se in astratto la violazione della ratio può incidere sulla sostanza degli interessi, oggetto di tutela», cfr. pagg. 194 e 344.

di indagare sulla rilevanza, quantomeno in astratto, del vizio, anche solo per ascrivere una ipotesi, astrattamente riconducibile a mera irregolarità, ad un fenomeno invece di *irregolarità forte-invalidità* in quanto incidente anche sulla sostanza delle situazioni in gioco; e ciò valeva e continua a valere per ogni tipo di provvedimento amministrativo.

\*\*\*

Orbene, venendo all'indagine sulle modifiche legislative, per quanto concerne gli atti vincolati il Legislatore della riforma ha inteso parificare la disciplina delle violazioni delle norme sul procedimento a quella dei vizi formali, facendo salva la legittimità-validità dell'atto amministrativo «*qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato*». Così formulata, la norma sembra richiedere un esame giudiziale sulla scorta del quale valutare l'irrilevanza del vizio in riferimento al caso concreto; valutazione, pertanto, da farsi anche d'ufficio ed *ex post* e giammai *ex ante*.

*Le violazioni che abbiamo supra ricondotto alla irregolarità dovrebbero dunque continuare a ruotare in detto alveo; come tali non incideranno sulla validità-legittimità, almeno sino a quando la violazione, come detto, non si ripercuota nell'ambito squisitamente sostanzialistico ovvero non sia addirittura idonea a inficiare l'atto amministrativo quale manifestazione del potere. Dovrebbe dunque trattarsi di violazioni estranee alla disciplina di cui alla novella legislativa, ed in limine ad essa, che possono al più sovrapporsi limitatamente a quell'area del vizio formale che, come detto, dovrebbe invece ascriversi alla cd. irregolarità forte<sup>60</sup>.*

---

<sup>60</sup> Rileva giustamente LUCIANI F., *cit.*, come il parere espresso dalla Commissione affari costituzionali della Camera sul nuovo comma 2 dell'art. 21-*sexies* dell'A.S. 1281 andasse sottoposto a più di un aggiustamento. Tale norma prevedeva che «*non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti, le quali non abbiano un rilievo essenziale per la correttezza del procedimento, quando il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato*». La versione attuale trasfusa nell'art. 21-*octies* della l. n. 241/90 è stata introdotta in sede di discussione alla Camera dei deputati. La Commissione affari costituzionali della Camera aveva inteso il comma nel senso che questo sancisse «*sul piano del diritto positivo l'istituto della irregolarità, attualmente non prevista da alcuna disposizione normativa*». Invero «*Per irregolarità tradizionalmente ci si è per lo più riferiti da parte della giurisprudenza e della prevalente dottrina a quelle violazioni minimali, secondarie, che giustificano la reazione non invalidante atteso il carattere non imperativo della norma violata. Ebbene laddove si voglia ritenere che il secondo comma dell'art. 21 *sexies* faccia riferimento a questo tipo di irregolarità minimale, si dovrebbe di conseguenza ammettere che le norme sul procedimento o sulla forma degli atti previste dal medesimo secondo comma non sono norme imperative. Vi è però un'altra possibile interpretazione; che cioè questo secondo comma dell'art. 21 *sexies* si riferisca a norme di carattere imperativo. Questa seconda interpretazione sembra invero preferibile alla prima: innanzitutto per la tecnica di formulazione del secondo comma, che all'inizio recita «non è annullabile», lasciando intendere che, in principio, un ipotetico atto avrebbe potuto*

La ricostruzione in questi termini – ossia in via “*graduata*” – della categoria della irregolarità, a cui abbiamo deciso di aderire, non deve del resto sorprendere. Dalle fattispecie che abbiamo esaminato consegue l’evidente considerazione che un atto irregolare è comunque un atto che viola delle prescrizioni normative. Che tale violazione comporti, pur’anche *in termini minori, una violazione dello spirito della norma* è intuitivo; ciò che l’evoluzione giurisprudenziale ha fatto negli anni in tema di vizi di irregolarità è stato né più e né meno creare una sorta di *sbarramento* al cospetto del quale la violazione arresti la sua portata caducatoria, e tale varco viene fissato aprioristicamente e, quindi, a prescindere dal caso concretamente all’esame dell’autorità giudiziaria.

Nel provvedimento amministrativo di natura vincolata, poi, sussiste, se vogliamo, per effetto della novella legislativa, una *presunzione di legittimità ancor più forte*, data ovviamente dal fatto che ogni eventuale riedizione del potere non avrebbe ragione di mutare la regolamentazione sostanziale degli interessi in gioco. Limitatamente a questi casi, dunque, il Legislatore parrebbe semplicemente dire che il giudice possa conoscere d’ufficio della legittimità sostanziale dell’atto allorquando “*sia palese*” che la p.A. non avrebbe potuto agire diversamente, ossia quando il vincolo, parrebbe, abbracci non solo l’*an*, ma anche il *quid* ed il *quomodo* dell’azione amministrativa<sup>61</sup>.

Non dobbiamo dimenticare che anche il vizio da omessa comunicazione di avvio del procedimento – vero oggetto della nostra indagine – se inerente a fattispecie vincolate rientra nella previsione normativa del primo alinea dell’art. 21-*octies* comma II e non invece in quella del secondo. Sarebbe anacronistico ritenere che l’indagine giudiziale debba solo in questo caso essere condotta con un giudizio *ex post* relativo

---

*esserlo: ma ai sensi del primo comma solo la violazione di norme imperative, si è detto, determina l’annullabilità dell’atto. Quindi non sembra illogico ritenere che, se il primo comma contiene la regola (la violazione di norme imperative produce illegittimità) il secondo prevede l’eccezione ( la violazione di norme imperative non produce illegittimità quando ricorrano particolari circostanze)...Ma se così è, e cioè se le norme previste dal secondo comma dell’art. 21-sexies sono di natura imperativa, il medesimo comma non disciplina ipotesi di irregolarità minimale; piuttosto esso si rivolge ai casi di irregolarità forte, cioè all’area della “invalidità irragionevole”»; cfr. pag. 346-347.*

<sup>61</sup> L’espressione è di ROMANO TASSONE A., *Contributo sul tema dell’irregolarità degli atti amministrativi*, Giappichelli, Torino, 1993, il quale a pag. 74 chiosa con la considerazione che «l’invalidità (sub specie di inefficacia attuale o potenziale) è dunque misura che l’ordinamento adotta nei confronti di provvedimenti che sacrificano oltre un certo limite interessi normativamente tutelati; al di qua di tale confine, l’attitudine del provvedimento a garantire la maggiore e/o miglior parte degli interessi fa sì che l’ordinamento reagisca attraverso la qualifica di irregolarità, in cui si sostanzia un giudizio di disvalore meno intensamente negativo di quello che rende l’atto invalido».

al caso concreto e debba invece negli altri casi ricadenti nella disposizione normativa essere invece preclusa.

Ciò detto, riteniamo, pertanto, che l'individuazione di una irregolarità particolarmente forte *in limine* di invalidità non debba sorprendere e che, anzi, proprio a questa categoria ci si possa al più riferire per quanto concerne il primo alinea del II comma dell'art. 21-*octies*.

\*\*\*

A chiosa delle precedenti osservazioni, è d'obbligo una precisazione sulla importanza dei vizi formali negli atti di natura discrezionale, dal che si ricordi come la dequotazione del vizio formale abbia alla fine, nel testo legislativo entrato in vigore, abbracciato i soli atti a natura vincolata. Negli atti ad alto contenuto discrezionale non è possibile per il giudice alcun sindacato circa la rispondenza del contenuto dispositivo dell'atto ai parametri normativi, dal momento che la definizione degli interessi è lasciata alla pluralità delle scelte discrezionali dell'organo amministrativo preposto. *Dal che discende un precipuo interesse del privato alla caducazione dell'atto, pur anche per vizi meramente formali, affinché possa per tal verso riacquisire la chance di un nuovo esercizio di potere in senso favorevole alla soddisfazione delle proprie istanze*<sup>62</sup>.

---

<sup>62</sup> Questa lettura del primo alinea del secondo comma dell'art. 21-*octies* venne suggerita da CERULLI IRELLI V., nel momento in cui la norma doveva ancora essere trasfusa in legge; in *Note critiche in materia di vizi formali degli atti amministrativi*, in *Diritto Pubblico* n. 1/04, pag. 210: «La norma, in tal modo sancisce un principio già ampiamente emerso in giurisprudenza, come si è visto. Una volta stabilito mediante un accertamento giurisdizionale che il contenuto dispositivo dell'atto, cioè la disciplina sostanziale che esso determina in relazione ad un determinato assetto di interessi, sia del tutto conforme al parametro normativo, i vizi eventualmente rilevabili nel procedimento formativo dell'atto stesso ovvero nella sua forma diventano ininfluenti sul regime dell'invalidità. Come si è già accennato, perché questo accertamento possa essere compiuto occorre che l'atto non abbia un contenuto discrezionale, perché, se l'avesse, la rispondenza del suo contenuto dispositivo al parametro normativo, non potrebbe essere riscontrata. Il contenuto dispositivo, infatti, in tal caso dipenderebbe almeno in parte dal contenuto discrezionale di scelte della amministrazione agente, le quali possono essere bensì riconosciute siccome illegittime per eccesso di potere ma non possono essere sostituite da determinazioni dell'autorità giurisdizionale». Nel medesimo senso si veda altresì l'intervento di GOISIS F., *La violazione dei termini previsti dall'art. 2 l. n. 241 del 1990: conseguenze sul provvedimento tardivo e funzione del giudizio ex art. 21-bis l. TAR*, in *Diritto processuale amministrativo*, n. 2/04, pag. 371 ss.; in particolare l'A. ritiene che l'approvazione del disegno di legge S 1281 darà luogo ad un importante chiarimento concettuale «Da un lato, infatti, non sempre l'illegittimità, secondo questa possibile nuova disciplina, dovrà tradursi in invalidità-annullabilità. Sicché sarebbe probabilmente più facile, per la giurisprudenza, ammettere che non tutte le norme di diritto pubblico...determinino illegittimità. Dall'altro, però risulterebbe finalmente sancito che, laddove il provvedimento sia discrezionale, anche la norma dal carattere più formale...deve godere di efficacia invalidante. E questo perché anch'essa in grado di procurare al ricorrente il vantaggio, strumentale, di riaprire la valutazione discrezionale dell'Amministrazione»



Per chiarire, torniamo all'esempio dell'atto adottato oltre il termine regolamentare, ponendo che il privato abbia, allo scadere del termine, impugnato il silenzio inadempiuto e che la p.A. si sia nel frattempo attivata. Come ripetutamente precisato dal giudice amministrativo, non avremo in questo caso un provvedimento impugnabile con l'istituto dei motivi aggiunti a *pendant* del ricorso principale volto ad ottenere la pronuncia dell'obbligo di provvedere; avremo invece l'obbligo di dichiarare la cessazione della materia del contendere con conseguenziale ristoro delle spese di lite per soccombenza virtuale, salvo il prosieguo del giudizio ai fini della pronuncia sul cd. *danno da ritardo* e, nel caso in cui il provvedimento emanato all'esito del riesercizio del potere dalla p.A. sia comunque sfavorevole al privato, un autonomo giudizio cassatorio su quest'ultimo provvedimento.

Risulta evidente che la violazione del termine entro il quale provvedere risulterebbe in questi casi null'altro che una condizione di procedibilità dell'azione *ex art. 21 l. TAR*, ora tra l'altro riformulato dalla legge n. 15/05, *una valvola posta a presidio della giuridicizzazione dell'interesse sostanziale sotteso*. In tal senso la violazione della regola procedimentale produce l'effetto, sostanziale, di mettere il privato nella condizione di riaprire la valutazione discrezionale della p.A., mediante il sollecito con il mezzo del ricorso giurisdizionale. Il che equivale, in soldoni, a dire che il privato ha l'interesse sostanziale a riacquisire la *chance* di un esercizio di potere a lui favorevole, pure anche per effetto del mero vizio di violazione della regola procedimentale di cui all'art. 2 legge n. 241/90.

Abbiamo in precedenza affermato che l'oggetto del giudizio amministrativo si sta spostando dall'atto amministrativo al rapporto amministrativo. Il giudice deve dunque conoscere della legittimità o meno nell'utilizzo del potere da parte della p.A. e della conseguente recessività o meno dell'interesse materiale, sostanziale, finale, che dir si voglia, vagliando la fattispecie concreta pur anche con il ricorso ai parametri di *ragionevolezza* e di *proporzionalità* tra potere ed interesse leso. Accettata questa ricostruzione, nell'ambito di provvedimenti a carattere discrezionale, poco importa se l'annullamento dell'atto derivi da vizio formale o da vizio sostanziale, purché detto annullamento sia idoneo a far recuperare al privato la *chance* di un provvedimento ad egli favorevole e, se detta *chance* sia stata definitivamente perduta perché il potere, pur illegittimamente esercitato, abbia definitivamente ed irreversibilmente consumato i suoi effetti, purché detto annullamento sia idoneo ad aprire al privato le porte di un risarcimento in forma generica. *Se l'interesse materiale diviene oggetto del giudizio cassatorio e, visto nella sua*

*prospettiva di danno, diviene oggetto del giudizio risarcitorio, ben venga qualsiasi vizio, formale o sostanziale che sia, in grado di permettere al privato la potenziale acquisizione (o riacquisizione) del proprio bene-vita attraverso il riesercizio del potere.*

**VI.2 Vizi inidonei ad influire sulla validità degli atti perché gli stessi abbiano aliunde perseguito lo scopo.** Questa categoria di vizi formale è stata già esaminata allorquando, in tema di omessa comunicazione di avvio del procedimento, si è sottolineato come la giurisprudenza oramai pietrificata del giudice amministrativo abbia da tempo offerto dell'istituto un inquadramento sostanzialistico, logico corollario dell'affermazione che la regola di buona amministrazione di cui all'art. 7 l. n. 241/90 non vada interpretata in senso formalistico ed acritico. Se la norma sulla comunicazione è finalizzata a mettere il privato nella condizione di partecipare al procedimento amministrativo (quale che sia il fine preponderante, se collaborativo ovvero difensivo) non rileva in quale modo avvenga la «*messa in relazione*» con il pubblico potere, purché il predetto fine sia comunque realizzato.

Si è soliti trovare, pertanto, in giurisprudenza, l'affermazione in base alla quale se la disciplina regolamentare di settore preveda forme di comunicazione diverse rispetto alla comunicazione di cui all'art. 7 l. 241/90, tale norma sarà comunque da ritenersi cedevole nei confronti di detta disciplina *specialis*, che ben potrà prevedere, dunque, atti equipollenti se non addirittura maggiormente garantisti, sempre fatta salva, comunque, la sanatoria del vizio nel caso in cui il privato partecipi comunque *sua sponte* al procedimento<sup>63</sup>.

Molti esempi vengono offerti dal diritto urbanistico, laddove la partecipazione del privato al procedimento amministrativo, ovvero la mancata partecipazione nonostante la comunicazione da parte dell'Amministrazione attraverso un atto equipollente, comporta di per sé la sanatoria *ex post* del vizio formale di omessa comunicazione.

---

<sup>63</sup>Si veda per tutte la recente sentenza della IV sezione del Consiglio di Stato, n. 4018/2004: «Il caso tipico nell'ambito del quale l'omissione della comunicazione d'avvio risulta non viziante o sanata *ex post*, è stato ben presto individuato dalla giurisprudenza – oltre che con riferimento ai procedimenti per i quali è normativamente previsto un qualche atto attraverso il quale sia possibile realizzare una partecipazione dell'interessato, uguale a quella che gli consente la comunicazione di cui al citato art. 7 (cfr ad es. V Sez. 9.8.1996 n. 999) – con specifico riguardo alla fattispecie procedimentale che abbia registrato un fattivo intervento del destinatario dell'atto finale, ancorché individualmente non notiziato (cfr. in termini fra le risalenti V Sez. 26.9. 1995 n. 1364; V Sez. 2.2. 1996 n. 132; V Sez. 24.2.1996 n. 232 e per le recenti V Sez. 22.5.2001 n. 2823)».

Ad esempio è indirizzo giurisprudenziale costante che «*il provvedimento ministeriale di annullamento del nulla osta paesaggistico sia preceduto necessariamente dall'avviso del procedimento, salvo che la conoscenza dell'inizio del medesimo procedimento sia avvenuta aliunde*» (Cons. Stato, Sez. VI, 17 ottobre 2003 n. 6342; 29 aprile 2003 n. 2176; 10 aprile 2003 n. 1909)».

Anche nella materia espropriativa, per quanto concerne la dichiarazione di pubblica utilità implicita nell'approvazione del progetto di opere pubbliche, ai sensi dell'art. 1 L. 3 gennaio 1978 n. 1, pur essendo ormai stabilmente acquisita nella giurisprudenza la conclusione che sussista l'obbligo della pubblica Amministrazione di dare comunicazione dell'avvio del procedimento ai sensi dell'art. 7 L. 7 agosto 1990 n. 241, va pur sempre considerato che «*il canone fondamentale della conservazione degli atti giuridici, operante in tutti i settori dell'ordinamento, assume, nel diritto amministrativo, una valenza rafforzata in relazione alle specifiche regole di economicità dell'azione amministrativa e del divieto di aggravio del procedimento (cfr. V 3.2.2000 n. 661), il che comporta appunto – in termini formali – la possibilità di una sanatoria dell'omissione quando lo scopo partecipativo sia stato aliunde conseguito*».

I casi esaminati sono, in verità, adattamenti del nostro ordinamento alla teoria, originariamente ascrivibile alla dottrina tedesca, del cd. “*raggiungimento dello scopo*”. La vecchia versione del par. 46 VwVfG prevede difatti che l'inosservanza dei vizi formali della procedura non possa essere causa di invalidazione del provvedimento, se il contenuto dispositivo di quest'ultimo non avrebbe comunque potuto essere diverso da quel che è stato.

Le prime aperture giurisprudenziali alla mitigazione della teoria dell'irregolarità con quella del raggiungimento dello scopo possono ragionevolmente attribuirsi al secondo dopoguerra, allorquando la progressiva compenetrazione tra procedimento amministrativo e processo amministrativo rese attribuibile al primo le regole proprie del secondo (regole seppur dettate nel diverso ambito del processo civile). Da qui nacquero le prime riflessioni della giurisprudenza circa l'applicabilità dell'art. 156, comma III c.p.c. al procedimento amministrativo. In precedenza, difatti, l'atteggiamento generale della giurisprudenza era orientato ad esaltare il carattere invalidante delle violazioni formali, anziché a sminuirne il peso<sup>64</sup>.

La regola del raggiungimento dello scopo presuppone, a differenza che nell'irregolarità marginale, che l'invalidità dell'atto sussista in astratto,

---

<sup>64</sup> Si veda in tal senso il noto scritto di ROMANO TASSONE A., *Contributo sul tema dell'irregolarità degli atti amministrativi*, Giappichelli, Torino, 1993, in particolare pag. 46 ss.

ma che essa venga poi in concreto ritenuta irrilevante, all'esito di una indagine che il giudice dovrà operare *ex post* rispetto al singolo caso concreto. In ciò sta la principale differenza con l'irregolarità che invece, come visto (quantomeno nelle sue forme lievi), presuppone l'assenza di qualsiasi vizio di invalidità, in quanto l'atto non contrasta – se non a livello minimale – con lo spirito e quindi con la sostanza – della norma violata (quanto semplicemente con il testo)<sup>65</sup>.

L'irregolarità, in sostanza, presuppone la validità dell'atto e pertanto lo sottrae *sic et simpliciter* ed *ab initio* dall'ulteriore esame circa l'effettivo raggiungimento dello scopo. Quest'ultimo opera come preclusione ad una pronuncia di invalidità e presuppone un intervento *ex post*, vuoi per eventi fortuiti o per comportamenti comunque posti in essere dall'agente originario o da altri soggetti. I due fenomeni sono dunque diversi ed interdipendenti; il conseguimento dello scopo dell'atto non ne determina la mera irregolarità<sup>66</sup>.

Avendo a mente il citato par. 46 *VwVfG*, nella sua vecchia versione, può rilevarsi come la traslazione del principio di sanabilità per perseguimento *aliunde* dello scopo nel nostro ordinamento alla legge n. 241/90 non abbia avuto al riguardo tutti gli atti amministrativi ma soltanto quelli a natura vincolata (cfr. art. 21-*octies*, comma II, I alinea) il che è avvenuto in difformità dalle prime versioni dell'articolo.

L'adattamento ha limitato di molto la preoccupazione, che si era avvertita in sede di redazione della norma, che l'indagine del giudice amministrativo, anche negli atti a contenuto discrezionale, si allontanasse eccessivamente dai limiti della legittimità e si spingesse troppo

---

<sup>65</sup> ROMANO TASSONE A., in *Contributo...*, cit. esalta, proprio in questi termini, la differenza tra le due figure in particolare a pag. 64 : «L'atto irregolare è riscontrabile come tale nel momento stesso della sua formazione, mentre l'applicazione della regola del raggiungimento dello scopo esige che la verifica sia compiuta in un tempo successivo, dunque in considerazione degli esiti concreti (o, meglio, della situazione in concreto determinatasi dopo il compimento) dell'attività considerata. L'atto irregolare (al pari di quello valido) è pertanto geneticamente "idoneo allo scopo", mentre la regola di cui all'art. 156, comma III, c.p.c. è destinata ad operare nei confronti degli atti che tali non siano, impedendone la caducazione».

<sup>66</sup> Muta, nei due casi, l'oggetto del giudizio amministrativo. Laddove versassimo in un caso di irregolarità – trattandosi di una categoria riferita a violazioni amministrative di carattere formale e marginale – il giudice amministrativo dovrebbe compiere una sorta di rinuncia *ab origine* all'indagine sulla rilevanza dell'interesse sotteso; laddove versassimo in un caso di irrilevanza, questa giammai potrebbe prescindere da un giudizio condotto dal giudice in base al fatto concreto rimesso al suo sindacato. Se il privato lamenta la mancata comunicazione dell'avvio del procedimento, non potrà il giudice limitarsi alla verifica ed alla eventuale censura del vizio; dovrà invece spingersi sino ad analizzare la concreta rilevanza dell'interesse sostanziale che il privato avrebbe potuto introdurre nel bagaglio di interessi rimessi al vaglio della p.A. precedente, quantomeno al limite della sua ammissibilità-rilevanza, sulla scorta di un criterio di ragionevolezza che dovrà guidarne il discernimento.

pericolosamente sino alle *soglie del merito*. La dottrina che per prima si è occupata della nuova disposizione normativa ha infatti evidenziato le evidenti discrasie con il sistema di giustizia amministrativa tedesco, che prevede la possibilità per il giudice, di fatto negata nel nostro sistema, di risalire le varie tappe del procedimento amministrativo fino a “*riprodurre*” la procedura, dal *ché*, anche in sede endoprocessuale, potranno aversi casi di “*sanatoria*” nel caso in cui il giudice, prima di giungere alla trattazione orale della causa ovvero, al più tardi, comunque entro il termine di conclusione del procedimento giurisdizionale, solleciti l’Amministrazione alla rimozione del vizio<sup>67</sup>. Non solo, ulteriore e più precipuo elemento di inconciliabilità viene rinvenuto nel fatto che il sistema tedesco presuppone, per la corretta instaurazione di un ricorso amministrativo giurisdizionale, la necessità del previo espletamento di un ricorso in via amministrativa, dal *ché* sarà normalmente in questa sede che il vizio formale o procedimentale potrà essere oggetto di sanatoria<sup>68</sup>.

La preoccupazione, come dicevamo, avvertita in relazione alle prime stesure dell’articolo, deve a nostro avviso essere di gran lunga ridimensionata laddove la versione finale ha finito con l’espungere quasi del tutto il riferimento alla categoria degli atti amministrativi discrezionali, difatti oggetto di sanatoria *ex post* solo nei limiti e con le guarentigie di cui II alinea, riferito alle sole violazioni dell’obbligo di comunicazione di avvio del procedimento (che non attengano, tra l’altro, agli atti di natura vincolata e che non ricadano pertanto nel I alinea).

In tutti i casi rientranti in quest’ultimo alinea, comunque, al giudice amministrativo non sarà richiesta una valutazione estesa al merito, egli dovrà arrestare la sua indagine a ritroso ai fatti, che sarà onere della p.A. portare a sua conoscenza, siccome dalla stessa prospettati, idonei a giustificare la sanabilità dell’atto, comunque viziato; idonei, cioè a dimostrare «*in concreto che in nessun altro modo non lesivo per la posizione del ricorrente si sarebbe potuto raggiungere lo scopo*», laddove per scopo debba intendersi la sostanziale legittimità della scelta

---

<sup>67</sup> Nel sistema tedesco il giudice di legittimità ha pieno e diretto accesso al fatto, non essendo pertanto vincolato alla rappresentazione dei presupposti del proprio agire data dalla p.A.; v. sul punto COGNETTI S., *La tutela delle situazioni giuridiche soggettive tra procedimento e processo*, Napoli 1987, pag. 132 ss.

<sup>68</sup> Si veda, in merito, lo scritto di GALETTA D.U. dal titolo *Notazioni critiche sul nuovo art. 21-octies della legge n. 241/90*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it) «*Ben diversa appare, invece, la situazione del nostro ordinamento nazionale, dove la tutela contro gli atti amministrativi illegittimi si caratterizza per l’assenza – a far data dalla legge istitutiva dei TAR del 1971 – della regola del previo espletamento del ricorso in via amministrativa e per la mancanza, anche in prospettiva, di previsioni normative atte a consentire la sanatoria di vizi del procedimento, da parte dell’Amministrazione in corso di giudizio*».

amministrativa adottata, l'intrinseca correttezza della ponderazione degli interessi effettuata<sup>69</sup>.

---

<sup>69</sup> Il riferimento è alla sentenza del TAR Sardegna, sez. II, 27 maggio 2005, n. 1272, pubblicata anche nella rivista *Il Merito-Sole 24 Ore* n. 7/8 del 2005, pag. 101 ss., con nota di ATTANASIO A.; la sentenza, come non manca di sottolineare in nota l'Autore, si segnala perché offre una esegesi del dato normativo volta «alla più efficace realizzazione dell'azione amministrativa», in tal modo «l'innovazione si inserirà nell'alveo della riforma del procedimento amministrativo, come uno strumento per concretizzare i principi di economicità e di efficienza». In nota alla medesima sentenza non manchiamo di segnalare l'intervento critico di PUBUSA A., *Il giudizio: «officina per la riparazione» degli atti amministrativi? Note sull'art. 21-octies*, in Foro Amministrativo: TAR, 2005, pag. 1750 ss.; secondo l'Autore, all'esito delle modifiche legislative, più che l'agognato giudizio sul rapporto si è avuto un giudizio sull'atto «per stabilire se esso, frutto dell'azione unilaterale e impreveduta dell'Amministrazione, sia legittimo o non...Il giudizio non diviene piuttosto la sede per aggiustare gli atti amministrativi non conformi alla legge? Una sorta di officina per gli atti amministrativi guasti? L'aula di giustizia sembra così la sede dove l'amministrazione, assisa al fianco del giudice, completa un atto imperfetto dotandolo della motivazione mancante, mostrando più che l'ineluttabilità del risultato, la bontà del suo calare senz'annuncio nella sfera giuridica del cittadino, privandolo di diritti o frustrando le sue aspettative». I timori avvertiti dall'Autore sono condivisibili e l'immagine dell'Amministrazione che ha errato e che viene comunque “salvata” dal giudice amministrativo, quasi paternamente ammessa a sanare l'atto viziato nell'aula del Tribunale, sarà di sicuro invisa a molti avvocati amministrativisti.

Il problema tuttavia nasce a monte, con la notoria sentenza n. 398/02 del TAR Lazio, passata indenne al vaglio del Consiglio di Stato, che ha avallato la prassi in uso di ammettere la convalida (*recte* sanatoria) della motivazione in corso di causa. Già tempo fa lo stesso GIANNINI M.S. ammetteva che «la legge generale sul procedimento amministrativo già esiste nei fatti: quando il Consiglio di Stato ci dice che è indifferente che un provvedimento sia stato adottato in un modo anziché in un altro, quello che importa è che abbia raggiunto il proprio effetto e quindi il proprio risultato, questa situazione giurisprudenziale corrisponde perfettamente a quella norma che troviamo nella legge tedesca in cui si dice che è inutile attaccare un provvedimento di invalidità se anche nell'ipotesi che si fosse agito secondo legge il risultato sarebbe stato quello. Questo significa che la supplenza della norma giurisdizionale è in grado di arrivare a dei risultati positivi» (in *La priorità dei problemi di organizzazione, in Il motore immobile. Crisi e riforma della pubblica amministrazione*, Roma, 1980, ora in *Scritti*, vol. VII, 1977-1983, Milano 2005, pag. 518). Da questo punto di vista la riforma non sembra aver preso una posizione netta, l'art. 21-nonies ammette che: «E' fatta sempre salva la possibilità di convalida del provvedimento annullabile, sussistendone le ragioni di interesse pubblico ed entro un termine ragionevole». Per come è stato inserito il comma (in calce all'articolo sull'annullamento d'ufficio) non ci sembra che si sia inteso elevare la prassi a norma di diritto positivo, né la versione definitiva dell'art. 21-octies, ricordiamo, ha inteso conservare il vecchio comma 4 che pure compariva nelle precedenti versioni e stabiliva che era fatta salva «...la facoltà di regolarizzazione, anche in pendenza di ricorso giurisdizionale». Con ciò si vuol dire che questa visione del processo amministrativo come sede di sanatoria postuma delle imperfezioni dell'atto impugnato non ci sembra avallata e fatta propria dalla riforma legislativa; anzi, specie per quanto concerne il vizio da omessa comunicazione di avvio del procedimento ci pare che si sia voluto circondare quanto più possibile di garanzie, dapprima procedurali (basti pensare alla previsione del comma 8-ter in merito al definitivo riconoscimento dell'operatività dell'obbligo anche nei procedimenti ad istanza di parte) e poi processuali, il potere di sanatoria della p.A. in corso di giudizio, potere che esisteva e veniva avallato da tempi, come si è visto, tutt'altro che sospetti.

Da questo punto di vista la riforma ci sembra andare nel senso voluto dalle ultime sentenze del Consiglio di Stato in materia di omessa comunicazione di avvio del procedimento. Con due sentenze a ridosso della emanazione della legge, rispettivamente del 2003 e del 2004, il Supremo Consesso aveva infatti lasciato trasparire l'evidente preoccupazione che la progressiva propensione per la sanabilità del vizio da omessa comunicazione di avvio potesse in qualche modo svuotare la disposizione normativa di contenuto, introducendo un primo ripensamento dell'annosa giurisprudenza in materia e, soprattutto, caldeggiando non troppo velatamente proprio quell'inversione dell'*onus probandi* poi voluto e fatto proprio dalla riforma : «*la censura con cui si deduca l'illegittimità del provvedimento impugnato per omessa comunicazione dell'avvio del procedimento...non deve essere accompagnata dalla prova che la partecipazione al procedimento avrebbe determinato un diverso esito, dal momento che, in tal modo, si finirebbe con il rendere irrilevante il motivo di ricorso (Cons. Stato, Sez. VI, 14 gennaio 2003 n. 119 e n. 1626 del 2004)*».

#### ***VII. Le modifiche alla legge sul procedimento: analisi degli alinea dell'articolo 21-octies comma II. Prime conclusioni.***

Veniamo ora ad una più attenta e precipua analisi delle modifiche legislative recentemente entrate in vigore. Il primo alinea del secondo comma dell'art. 21-*octies* costituisce, come detto, un primo riconoscimento a livello normativo del vizio formale, che, al pari del vizio relativo alla violazione delle regole procedurali, sarà da ritenersi ininfluenza laddove se ne riscontri la *palese irrilevanza* ai fini della modificabilità del contenuto dispositivo del provvedimento, solo in quanto lo stesso abbia natura vincolata.

Ferma restando la *collocazione dogmatica a parte della categoria della irregolarità*, che si ritiene continui a valere indipendentemente dalla natura e dal tipo di procedimento amministrativo in esame, il primo alinea, così come scritto, parrebbe comunque presupporre una indagine giudiziale, con *poteri cognitivi d'ufficio*, circa la influenza del vizio sul procedimento in essere. Ossia, per farla breve, riteniamo che le fattispecie disciplinate dalla norma non rientrino nella categoria della irregolarità, quantomeno nella sua forma lieve, se per irregolarità debba intendersi il semplice riconoscimento, la semplice presa d'atto del giudice della ininfluenza *ex ante* ed originaria del vizio sulla legittimità del provvedimento.

Tra i vizi rientranti nell'alinea in esame, come detto, va obbligatoriamente intesa anche l'omessa comunicazione di avvio,

ovviamente nel limite dei procedimenti di natura vincolata, laddove l'omissione in esame andrebbe invece inquadrata nel secondo alinea allorquando all'esame del giudice sia posto in un procedimento amministrativo di natura discrezionale. Difficile che il legislatore abbia inteso regolamentare differentemente le due ipotesi di omessa comunicazione di avvio, ritenendola una irregolarità sanabile *ex ante* nel caso in cui si tratti di provvedimenti di natura vincolata, una illegittimità passibile di sanatoria nei casi in cui si tratti di provvedimenti discrezionali.

Riteniamo invece che, in entrambi gli alinea, il legislatore abbia inteso evidenziare come oggetto della cognizione giudiziale sia la dimostrazione della *irrilevanza* del vizio formale ossia l'avvenuto raggiungimento *aliunde* dello scopo, inteso *latu sensu* come intrinseca correttezza dell'azione amministrativa, che non potrà che essere riscontrata all'esito di un'indagine da compiersi *ex post*<sup>70</sup>.

---

<sup>70</sup> In dottrina ci sembrano esprimersi in questo senso sia ROMANO TASSONE A., *Prime osservazioni sulla legge di riforma della legge n. 241/90*, sia GALETTA D.U., *Notazioni critiche sul nuovo art. 21-octies della legge n. 241/90*, entrambi in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it). Per ROMANO TASSONE, pur nella diversità della tecnica legislativa prescelta «una qualifica sostanziale di “non annullabilità” (irregolarità) per i provvedimenti vincolati, ed una eccezione processuale per quelli discrezionali» è in entrambi i casi demandato al giudice ed ope *execeptionis* la valutazione «in concreto e non in astratto, come invece dovrebbe accadere se tali congegni reagissero sulla qualificazione giuridica del provvedimento in termini di invalidità. La nuova disposizione, pertanto, non comporta, a mio avviso, alcuna eccezione alla qualificazione sostanziale del provvedimento non conforme alla legge, che è e rimane invalido, ma opera sul piano degli istituti di sanatoria, potenziando e razionalizzando un'ipotesi generale già presente nel nostro ordinamento: la cd. “regola del raggiungimento dello scopo”, cui attribuisce però un significato più ampio di quello tradizionale. Lo scopo di cui è questione, infatti, non è più quello dell'atto procedimentale o della formalità omessi o irregolarmente compiuti, bensì lo scopo generale dell'azione amministrativa complessivamente considerata: pervenire ad una decisione intrinsecamente legittima» (cfr. pag. 7-8). Anche per GALETTA D.U., pag. 3-4 «Al di là dell'apparenza, tuttavia, la previsione dell'art. 21-octies, comma 2, non si può ricondurre ad avviso di chi scrive alla nozione di irregolarità, così come essa è stata intesa dalla dottrina prevalente. Qui non vi è, ne vi può essere, alcuna valutazione di una “non invalidità” del provvedimento perché è stato violato il testo ma non lo spirito della norma. Il provvedimento è e resta affetto da vizio di illegittimità...Le ipotesi *ex art. 21-octies*, comma 2, mi pare che possano e debbano, piuttosto, ricondursi alla diversa regola del raggiungimento dello scopo, intesa però, qui, in un senso più ampio, entrambi gli alinea del comma 2 fanno infatti riferimento al concetto di contenuto del provvedimento, che non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Di talché, più che allo scopo dell'atto *strictu sensu* inteso, si fa qui riferimento ad un diverso concetto : all'idea della finalità di interesse pubblico che giustifica l'emanazione del provvedimento finale». FRACCHIA F. e OCCHIENA M., invece, nel loro intervento sulla medesima rivista *Teoria dell'atto amministrativo e art. 21-octies*, l. 241/90: *quando il legislatore non può e non deve*, pag. 26 ritengono che «La tesi dell'atto illegittimo ma in qualche modo sanato in ragione del raggiungimento dello scopo (inteso in senso lato, come aderenza del contenuto a quello che avrebbe dovuto essere adottato) non si sottrae a qualche critica. Il risultato del mancato annullamento prescinde da qualsiasi inserzione successiva dell'elemento (equivalente a quello originariamente) mancante, come invece di solito accade nel modello della convalida,ove una *fattispecie* imperfetta viene



Ciò detto intermini generali, le principali differenze tra i due alinea, in riferimento al vizio attualmente in esame, deriva in sostanza dai poteri cognitori del giudice amministrativo. Nel primo caso il giudice dovrà limitarsi ad una analisi del contenuto *dispositivo* del provvedimento, nel secondo dovrà valutarne anche il *contenuto* nel suo complesso (quindi anche la parte motiva); nel primo caso il giudice, su *sollecitazione* del privato che ritenga la fattispecie non passibile di alcuna sanatoria, potrà conoscere d'ufficio della paventata illegittimità, nel secondo l'illegittimità viene, parrebbe, ad essere presunta sino a quando la p.A. non provi l'irrilevanza del vizio (con una presunzione semplice di illegittimità ed una conseguente inversione, dunque dell'*onus probandi*, gravante sulla p.A. resistente); nel primo caso l'irrilevanza del vizio dovrà risultare *ictu oculi* palese, nel secondo caso presupporrà invece una analisi più precipua e come detto, un adeguata motivazione-allegazione di parte.

Ci sembra dunque che il Legislatore non abbia fatto altro che recepire, come detto, l'orientamento giurisprudenziale attuale in tema di omissione di avviso di avvio del procedimento. L'atto amministrativo di natura vincolata sarà da ritenersi comunque valido ed efficace, in genere, laddove l'oggetto del procedimento verta su fatti di natura non complessa e laddove il privato non abbia a dimostrare il suo interesse ad una qualificazione giuridica differente della fattispecie, ossia la sua sussunzione

---

*integrata da un requisito equipollente a quello che difetta, determinando così il recupero degli effetti. La rilevanza giuridica dell'atto posto in violazione della norma, nel caso in oggetto, prescinde totalmente da qualsiasi intervento successivo al provvedimento». Tuttavia anche questi Autori convengono che «Né è possibile ricostruire la fattispecie alla stregua della irregolarità: è vero che essa è compatibile con il riconoscimento dell'originaria validità dell'atto, ma le problematiche esposte nel precedente paragrafo sono insuperabili (in specie in punto di compatibilità con l'art. 113). Dal punto di vista concreto, poi, la sorte dell'atto sarà svelata soltanto nel processo, con tutte le incertezze del caso, già evidenziate. Questo profilo è ancora più evidente con riferimento alla seconda situazione disciplinata dal comma 2, quella del provvedimento adottato a conclusione di un procedimento in ordine al quale sia mancata la comunicazione di avvio del procedimento. In sostanza, mentre l'irregolarità opera ex ante ed in astratto, l'idoneità del provvedimento, pur adottato in violazione di una norma sul procedimento o sulla forma, a conseguire un certo risultato, scolpito nei termini dell'aderenza ad un determinato contenuto dispositivo, verrà evidenziata di volta in volta dal giudice nel processo. E ciò in base al criterio, certo non appagante, del carattere palese della difformità e, dunque, dell'esistenza di un'alternativa di sviluppo dell'esercizio del potere». Gli Autori non ci sembrano comunque raggiungere risultati sostanzialmente dissimili dalla dottrina in precedenza citata; alla fine il modello più attinente alle ipotesi disciplinate dai due alinea dell'art. 21-octies comma 2 è quello della sanatoria, una sanatoria *sui generis*, una sanatoria processuale che prescinde dalla dimostrazione della sussistenza di un interesse pubblico e non dipende da un *quid novi*, successivo ed alieno dal provvedimento, ma che è interna al provvedimento stesso. Il provvedimento, in sostanza, nasce legittimo, perché intrinsecamente dotato da un elemento sanante interno, idoneo a sanare il procedimento illegittimo. Tale elemento dovrà essere palese e dovrà essere colto dal giudice sulla scorta della, chiamiamola, *sollecitazione* della p.A. resistente (quantomeno per quanto concerne il secondo alinea dell'art. 21-octies comma 2).*

sotto altra *regula iuris*. In questo senso riteniamo doversi interpretare il riferimento alla *palese irrilevanza* del vizio indicato dalla novella<sup>71</sup>.

Per quanto concerne il secondo alinea il Legislatore si è inserito nel filone tracciato dall'ultima e più accorta giurisprudenza del supremo Consesso amministrativo dicendo che, pena una dequotazione del vizio, con conseguente *deficit sin* anche a livello di *effettività di tutela*, a detto

---

<sup>71</sup> Segnaliamo qui appresso alcune delle prime pronunce avutesi *in subiecta materia*; secondo il TAR Pescara n. 186/05 «*Tale norma, cioè, esclude che possa disporsi l'annullamento da parte del Giudice amministrativo di un atto in relazione ad una sua carenza di motivazione, quando - ove si tratti, come nel caso di specie, di un atto vincolato - "sia palese" che il contenuto dispositivo dell'atto impugnato non sarebbe stato diverso. Ora, dall'esame della causa ed, in particolare, dall'esame della relazione dell'Ufficio (inviata al Sindaco con nota 23 marzo 1999, n. 38/pian. dal Dirigente del Pianificazione urbana) si rilevano specifici elementi di contrasto relativamente alle aree di cessione tra la proposta presentata e quella imposta per il comprensorio in parola, per cui sembrerebbe "palese" che non sarebbe stato diverso il contenuto dispositivo del primo degli atti impugnati (cioè nella specie il disposto rigetto della richiesta di approvazione del P.U.E. 4.09.1 presentata il 24 dicembre 1998 dalla ricorrente)...il Collegio è dell'avviso che, pur essendo evidente per un verso l'erroneità della motivazione posta a sostegno del primo atto impugnato (che fa riferimento ad un generico contrasto della proposta con la scheda attuativa del piano "adottato", mentre avrebbe dovuto far riferimento al piano "approvato", così come modificato a seguito della sentenza n. 496/98 di questo Tribunale, ed avrebbe dovuto analiticamente indicare gli elementi di contrasto rilevati), per altro verso dall'esame degli atti di causa sembra palese il fatto che l'Amministrazione non avrebbe mai potuto accogliere la richiesta della società ricorrente, in quanto tale proposta presentata non rispettava "le destinazioni e le percentuali relative alle aree di cessione", che - come si è oggi accertato - erano "prescrittive" nel piano così come definitivamente approvato». Per TAR Veneto Sent. n. 935/2005, premesso «che la società ricorrente ha realizzato un intervento murale del tutto distinto per finalità e tipologia rispetto a quello autorizzato (identifica una linea di vini in luogo di una località); che il provvedimento di rimozione dell'insegna pubblicitaria in questione è stato giustificato anche con riferimento all'assenza di autorizzazione in materia di beni ambientali; che con riferimento a tale profilo il provvedimento nella specie adottato assumeva natura vincolata alla luce del combinato disposto di cui agli artt. 153 e 168 del D. L.vo n. 42 del 2004 e dell'art. 23 del D. L.vo n. 285 del 1992; che in forza della acclarata natura vincolata del provvedimento e del fatto che il contenuto del provvedimento stesso "non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato", il Collegio ritiene che gli altri motivi dedotti, essendo di mero carattere formale (difetto di motivazione; contraddittorietà; omessa acquisizione parere commissione edilizia integrata), seppur astrattamente fondati devono però ritenersi irrilevanti alla luce dell'art. 21-octies, comma 2° dell'art. 14 della legge 11 febbraio 2005 n. 15 (entrata in vigore l'8 marzo 2005)». Il TAR Calabria, con la recente decisione del 16 agosto 2005, n. 1319, ha ribadito il principio in tema di pubblici concorsi; nella fattispecie la ricorrente si doleva della omessa comunicazione di avvio del procedimento di esclusione essenzialmente sulla scorta del fatto che, laddove previamente notiziata, Ella avrebbe potuto palesare che la sua media di 8,25 andasse arrotondata a 9, tra l'altro quasi per una sorta di «*clemenza valutativa che inevitabilmente si sarebbe rivelata discriminatoria nei riguardi di altri candidati*». A parte la manifesta infondatezza dell'assunto, il Collegio ha avuto modo *incidenter* di prendere posizione sull'argomento evidenziando come «*la candidata con la domanda di partecipazione al concorso ha acquistato contezza dell'unitario procedimento concorsuale rendendo superflua ogni ulteriore comunicazione da parte dell'Amministrazione, la quale d'altra parte non avrebbe mai potuto prescindere dalla rigorosa applicazione dei criteri di ammissione determinati nel bando*».*

vizio vada sempre riconosciuta *efficacia invalidante*, almeno sino a quando la p.A., costituitasi in giudizio, non ne dimostri l'irrilevanza, vuoi perché il privato abbia avuto la conoscenza *aliunde* dell'avvio di un procedimento amministrativo (a suo carico), vuoi perché il suo interesse partecipativo sarebbe stato comunque recessivo di fronte all'interesse primario correlato all'esercizio del potere<sup>72</sup>.

### **VIII. Un problema aperto: la cd. motivazione postuma.**

Negli ultimi anni, sulla scorta di una pronuncia apripista del TAR Lazio (la n. 398/02), passata indenne al vaglio del Consiglio di Stato, si è fatto un gran parlare della *cd. motivazione postuma* del provvedimento amministrativo. In sostanza si dice che la p.A. possa sempre integrare, anche successivamente alla proposizione del ricorso, la motivazione del provvedimento, senza che il privato possa farne valere l'originaria illegittimità. Ciò perché se il provvedimento è, nella sua sostanza,

---

<sup>72</sup> In sostanza, tanto nel primo che nel secondo alinea al giudice occorre la dimostrazione che il privato abbia comunque partecipato ovvero abbia avuto comunque la possibilità di partecipare essendo stato *aliunde* edotto dell'inizio del relativo *iter* procedimentale, ovvero, ancora, che la partecipazione del privato al procedimento non sarebbe stata comunque rilevante. Nel secondo alinea l'onere della prova spetta alla p.A. resistente. Si consideri quanto recentemente affermato dal TAR Liguria, sez. I, 17 maggio 2005, n. 676 : «*In termini equivalenti alla specifica comunicazione di avvio, l'Amministrazione deve dimostrare un elemento in base al quale invocare il principio del cd. raggiungimento dello scopo: o dimostrando che il privato abbia comunque partecipato, o indicando altri elementi in base ai quali ritenere dimostrata la consapevolezza in capo al privato del relativo iter...La norma di cui all'art 21-octies comma 2, l. n. 241 del 1990, di natura processuale e quindi immediatamente applicabile, non è invocabile in caso di atto sanzionatorio adottato prima della definizione dell'istanza di sanatoria ed impone all'Amministrazione di fornire in giudizio elementi in base ai quali ipotizzare in termini di certezza o di elevata probabilità che il contenuto del provvedimento sarebbe stato identico*». Conforta in tal senso anche la valutazione offerta dal TAR Sardegna, sez. II, sentenza 27 maggio 2005, n. 1272 : «*In attuazione dei principi di cui agli articoli 24 e 113, Cost., l'individuazione, in sede legislativa, dei casi e degli effetti dell'annullamento giurisdizionale dell'atto amministrativo deve garantire al soggetto leso, in sede contenziosa, il sostanziale esercizio del diritto di difesa nei confronti di un'attività discrezionale che abbia comportato violazione di regole; pertanto occorre seguire una interpretazione restrittiva e rigorosa dell'art. 21-octies, l. 7 agosto 1990, n. 241 (secondo cui, in caso di mancata comunicazione di avvio del procedimento, il provvedimento amministrativo non è annullabile qualora l'Amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato), che lo renda coerente, da un lato, con il valore costituzionale del diritto di difesa e, dall'altro, con i principi costituzionali di buon andamento, di conservazione dei valori giuridici e di ragionevolezza. Ai sensi di quanto disposto dall'at. 21-octies, l. 7 agosto 1990, n. 241, che introduce una autonoma fase processuale diretta specificamente alla verifica dei presupposti che potrebbero rendere il provvedimento in origine illegittimo, non più annullabile perché sanato, la prova che l'amministrazione è tenuta ad esibire deve essere take da introdurre nel giudizio elementi di fatto, prevalentemente di natura tecnica ed oggettivamente verificabili, idonei a dimostrare in concreto l'oggettiva impossibilità di un contenuto diverso del provvedimento*».

perfettamente rispondente al pubblico interesse, il privato non ha alcun interesse ad eccepirne la illegittimità meramente formale; se vuole, potrà al più impugnare anche questo secondo provvedimento con i motivi aggiunti.

Sul punto riteniamo di aver già espresso la nostra opinione allorquando abbiamo messo in risalto come il privato abbia sempre un interesse a recuperare la *chance* di un provvedimento favorevole e come pertanto questa sorta di “*sanatoria*” in corso di causa non possa valere per tutti quei provvedimenti amministrativi avvinti da vizi meramente formali, connotati da un residuo di discrezionalità, più o meno ampia, in capo alla p.A. procedente. Nulla esclude che, in sede di riesercizio del potere dovuto all’annullamento per vizio formale, la p.A. possa decidere diversamente.

E’ stato definitivamente espunto dalla versione definitiva dell’art. 21-*octies*, il comma IV che pure stabiliva che era sempre fatta salva la possibilità di regolarizzazione, anche in pendenza di un ricorso giurisdizionale, mentre il comma II non opta per un generico riferimento a tutti provvedimenti amministrativi: il giudizio di rilevanza sul vizio formale e procedimentale risulta limitato ai soli atti a contenuto vincolato, eccezion fatta per il vizio da omessa comunicazione dell’avvio del procedimento, nei limiti e con le guarentigie (estensione del sindacato alla parte motiva del provvedimento ed inversione dell’*onus probandi*) di cui al secondo alinea.

Il dato dovrebbe rafforzare la tesi che il Legislatore non abbia voluto avvalorare l’orientamento emerso in questi ultimi anni, a cui si è fatto riferimento, della possibilità della p.A. di integrare la propria motivazione dopo la proposizione di un ricorso giurisdizionale.

Ciò non dimeno il recente orientamento di alcuni TAR sembra andare nel verso opposto di ritenere che la previsione di cui all’art. 21-*octies*, comma II della l. n. 241/90 debba «*indurre al definitivo ribaltamento del tradizionale principio del cd. divieto di motivazione postuma*»<sup>73</sup>.

Riteniamo condivisibile l’appunto mosso dalla miglior dottrina, circa l’impossibilità, dato il tenore letterale dell’art. 21-*octies* nel testo definitivamente approvato, di rinvenire una qualche confluenza con il 45 VwVfG, che prevede invece, espressamente, che la violazione di previsioni relative al procedimento o alla forma, che non rendano nullo l’atto ai sensi

---

<sup>73</sup> Ci riferiamo a TAR Campania, Salerno, sez. I n. 760/05 ed alle successive sentenze del medesimo Tribunale nn. 765-766-767-768-769-770-771-772 e 774. Nel senso che la p.A. abbia oramai la possibilità di «*di fatto, integrare l’attività amministrativa esercitando un’attività di convalida in jure che evidentemente non può più ritenersi preclusa*», si veda GRASSO G., *Spunti di riflessione sull’art. 21 octies, II comma, l. n. 241/90* in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it).

del 44, possa venire “*sanata*” sino al termine del procedimento giurisdizionale amministrativo<sup>74</sup>.

Come si è detto, quel particolare tipo di *sanatoria* che si ritiene determinata dall’art 21-*octies*, non è una convalida, non presuppone un riesercizio di potere da parte della p.A. volto ad integrare il provvedimento precedentemente adottato, ma *si basa su fatti pregressi all’instaurazione del ricorso*, ed è sulla base di questo quadro gnoseologico, arricchito dalla motivazione a discolta offerta dalla p.A. circa la ritenuta recessività dell’interesse che non si è dato luogo al privato di palesare (II alinea), ovvero dalla dimostrazione comunque reperibile nel giudizio circa la immodificabilità del contenuto dispositivo del provvedimento laddove si tratti di atti vincolati (I alinea), che il giudice dovrà decidere, non sulla base di un nuovo provvedimento assunto dalla p.A. *in addenda* di quello precedentemente adottato.

#### ***IX. un nuovo istituto di partecipazione in contraddittorio: l’art. 10-bis ovvero la comunicazione dei motivi ostativi; cenni.***

Ci sembra interessante tracciare un parallelismo con la scelta legislativa di dotare la legge sul procedimento di un nuovo istituto partecipativo, ossia l’art. 10-*bis* che prevede, come noto, che il responsabile del procedimento o l’autorità competente, prima della formale adozione di un provvedimento negativo, nei procedimenti ad istanza di parte, comunichino tempestivamente agli istanti i motivi che ostino all’accoglimento della domanda e che, entro il termine di dieci giorni dal ricevimento della comunicazione, questi abbiano il diritto di presentare per iscritto le proprie osservazioni, eventualmente corredate da documenti.

La dotazione in capo al privato di questo ulteriore potere di reazione nei confronti non di un provvedimento amministrativo *strictu sensu*, ma di un preavviso di rigetto, ha subito suscitato l’attenzione dei commentatori e della giurisprudenza, in quanto è stato ritenuto un istituto di immediata applicabilità perché contenuto in una norma di carattere processuale.

Innanzitutto, anche questo istituto non sfugge all’applicazione dell’art. 21-*octies*. Dal ché l’omissione dovrà ritenersi legittima «*qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato*». Siamo pertanto portati a concludere che, qualora ci si trovi di

---

<sup>74</sup> L’appunto è stato mosso da GALETTA D.U., *L’art. 21-octies della novella legge sul procedimento amministrativo nelle prime applicazioni giurisprudenziali: un’interpretazione riduttiva delle garanzie procedimentali contraria alla costituzione e al diritto comunitario*, in *Il Foro amministrativo: I TAR, supplemento al n. 6/05, Riforma della l. 241/90 e processo amministrativo*, pag. 91 ss. ed in particolare a pag. 102.

fronte ad ipotesi di preavvisi di rigetto concernenti provvedimenti che saranno poi connotati da un evidente contenuto vincolato, l'annullamento del provvedimento finale per omessa comunicazione dei motivi ostativi dovrà obbligatoriamente aversi, in ossequio ai dettami dell'art. 21-*octies*, comma II, primo alinea, quando si dimostri in giudizio che l'apporto del privato, in sede partecipativa, avrebbe potuto influire sulla determinazione del contenuto dispositivo del provvedimento adottato. Riteniamo possa valere quanto detto in tema di omessa comunicazione di avvio del procedimento nei casi di provvedimenti vincolati. Il preavviso di rigetto potrà pertanto essere utilmente omesso laddove si proceda in fattispecie che non richiedano un accertamento dei presupposti di fatto e dove il privato abbia ad indicare alla p.A. il corretto inquadramento sotto la *regula juris*.

Un esempio verrà a chiarire il nostro ragionamento. Poniamo il caso che la p.A. richieda di esprimersi sull'istanza di un privato volta ad ottenere il trasferimento di un punto vendita tabacchi, comunichi il rigetto in quanto la nuova sede indicata dal ricorrente non goda dei requisiti di distanza minima da altro punto vendita previsti dal regolamento dell'Ente locale. L'omissione della comunicazione dei motivi ostativi, in linea di principio, risulterà legittima in quanto trattasi di fattispecie in cui l'Amministrazione è vincolata al rispetto della normativa di riferimento. Il privato, pertanto, non potrà dolersi della semplice omissione deducendo l'illegittimità del provvedimento negatorio per violazione dell'art. 10-*bis*; dovrà altresì dimostrare che il conteggio della distanza effettuato dalla p.A. non era quello reale (*id est* dimostrare che il provvedimento vincolato è stato assunto sulla scorta di un'erronea premessa nei suoi presupposti di fatto) ovvero che la normativa di riferimento è stata mal interpretata dalla p.A. (*id est* dimostrare che, ad esempio, il regolamento prevedeva il conteggio della distanza sulla scorta di parametri differenti da quelli che la p.A. ha interpretato). Questa riteniamo essere l'esatta interpretazione da dare all'art. 10-*bis*, in quanto è l'unico tipo di interpretazione idoneo ad armonizzare l'istituto con l'art. 21-*octies* e con il restante *corpus* normativo introdotto dalla riforma. Come può ben vedersi, il tutto postula una estensione analogica dei principi dettati in materia di omessa comunicazione dell'avvio del procedimento, di cui l'istituto in oggetto, ripetiamo, ci sembra essere il logico *pendant* (quantomeno per quanto concerne i procedimenti ad iniziativa di parte).

Invero siamo indotti ad estendere all'istituto in esame anche tutte le conclusioni che abbiamo raggiunto in relazione al secondo alinea dell'articolo in esame ed, in particolare, in merito alle ipotesi di "sanatoria" del vizio di omessa comunicazione dell'avvio del procedimento. La omissione della comunicazione dei motivi ostativi sarà

dunque da ritenersi legittima anche in quei procedimenti dal contenuto discrezionale «*qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere differente rispetto a quello in concreto adottato*», a maggior ragione in tutti quei casi in cui il privato sia venuto a conoscenza *aliunde* dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza da lui presentata<sup>75</sup>.

***X. Ancora sulla natura della situazione vantata : la compatibilità della ricostruzione che individua situazioni di interesse legittimo con la novella legislativa; la pregiudiziale amministrativa.***

Pur tralasciando le innumerevoli problematiche sottese all'applicazione dell'istituto della comunicazione dei motivi ostativi, ci sembra però che, al di là del fuorviante riferimento normativo alla situazione giuridica soggettiva attiva del diritto soggettivo perfetto, il Legislatore sia andato nel senso, da noi suggerito, della natura di interesse legittimo della *pretesa partecipativa*. Il giudice, difatti, anche in questo caso si ritroverà nella posizione di interloquire con le parti al fine di stabilire, in relazione alla fattispecie concreta, se il comportamento della p.A. sia stato comunque legittimo e quindi, secondo l'accezione di sanatoria che abbiamo *infra* individuato, se la presunta illegittimità sia stata comunque sanata<sup>76</sup>.

---

<sup>75</sup> Condividiamo pertanto le argomentazioni a suffragio della tesi, qui sostenuta, portate da DI NITTO T., *Il termine la partecipazione, la D.I.A. e l'ambito di applicazione della legge*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 5/05, pag. 500 ss.; in particolare l'Autore osserva come «*in via di prima approssimazione, non sembrano esserci motivi validi per non applicare le conclusioni raggiunte dalla giurisprudenza a proposito dei provvedimenti adottati in assenza della comunicazione ex art. 7 anche a quelli adottati in assenza della comunicazione ex art. 10-bis. Nonostante la diversità dei due istituti analoghe sembrano essere le motivazioni che hanno legittimato le esclusioni e, quindi, analoghe sembrano essere le conclusioni che possono raggiungersi*». Del medesimo avviso è TARULLO S., *L'art. 10-bis della legge n. 241/90 : il preavviso di rigetto tra garanzia partecipativa e collaborazione istruttoria*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it) : «*In conclusione dovrebbe evitarsi l'annullamento del provvedimento non preceduto dal preavviso di rigetto ogniqualvolta si appuri che, prescindere da tale formalità, il contraddittorio si è comunque sviluppato in modo adeguato anche sui motivi ostativi, o che comunque il contenuto del provvedimento finale non sarebbe stato modificato pur all'esito di una effettiva partecipazione; ciò quantomeno nell'ipotesi in cui sia dimostrabile la conoscenza de facto acquisita, non tradottasi in effettivi apporti partecipativi : se il privato pur consapevole di un probabile rigetto, non ha partecipato al procedimento per osteggiarlo, imputet sibi*».

<sup>76</sup> Sia consentito nuovamente il rimando allo studio di TARULLO S., *cit.* «*Alla concezione ora detta si contrappone una differente ed assai autorevole, secondo la quale l'unica situazione giuridica abilitata al dialogo con il potere è l'interesse legittimo dovendosi qualificare le manifestazioni di Essa nel procedimento (e quindi anche la facoltà di replicare con memorie e documenti al preavviso del provvedimento sfavorevole) nella stregua dei mezzi di collaborazione alla definizione dell'assetto degli interessi (SCOCA)*».

E', nel suo complesso, tutta la riforma ad andare nel senso, da noi indicato, per cui la pretesa partecipativa vada configurata come una situazione giuridica di interesse legittimo. Come nel medesimo verso ci sembra andare l'ultimo *revirement* giurisprudenziale della Plenaria, che con la decisione n. 4/03 ha, come sappiamo, espresso chiaramente il suo opinamento a favore del ritenuto reingresso, nel ns. ordinamento, della cd. *pregiudiziale amministrativa*.

Le due cose ci sembrano collegate; abbiamo già dato atto, infatti, di quella dottrina che ritiene configurabili diritti ed obblighi nei rapporti partecipativi tra privati e p.A. ed arriva per tal verso ad affermare la possibilità di impugnare un provvedimento amministrativo al di là dei termini decadenziali, per sentirsi accertare da un giudice amministrativo la lesione di un proprio diritto soggettivo partecipativo e la contestuale condanna della p.A. al risarcimento per equivalente di detta lesione<sup>77</sup>.

Non è, lo si ripete, questo il senso della riforma; la riforma ha riconosciuto al giudicante un potere cognitorio esteso alla vicenda partecipativa nel suo complesso nei termini in cui il privato delinea i profili del proprio apporto partecipativo improvvidamente pretermesso e la p.A. ne rappresenta la più o meno palese irrilevanza. Questo è in sintesi, il dato che emerge dal 21-*octies*, questa è la famigerata *prova di resistenza* che la p.A. deve vincere per "sanare" (con limiti coniatori *supra* evidenziati), l'illegittimità dell'atto. In tutto questo, a Nostro giudizio, la riforma non si è posta in discontinuità con il passato, fruendo né più né meno che dei canoni ermeneutici offerti dall'apporto interpretativo della annosa giurisprudenza amministrativa *in subiecta materia*.

---

<sup>77</sup> Si veda RENNA M., in *Trim. di Diritto amministrativo*, n. 3/05, pag. 557 ss., secondo il quale «L'autonomia dell'azione risarcitoria per gli inadempimenti degli obblighi procedurali rispetto all'azione di annullamento del provvedimento amministrativo, a ben vedere, esce persino rafforzata dalla disposizione legislativa di nuovo conio, così come più in generale esce rafforzata dalla nuova legge l'autonomia di tutte le azioni risarcitorie esperibili contro la pubblica Amministrazione (anche di quelle finalizzate ad ottenere il risarcimento dei danni da cd. perdita di chance) rispetto alle azioni di impugnazione dei provvedimenti, a conferma altresì della infondatezza sia logica che giuridica della regola della pregiudizialità amministrativa». L'impostazione, che parte ovviamente dalla configurabilità di situazioni di diritto soggettivo perfetto in capo al privato che partecipi in un procedimento amministrativo, comporta anche che la negazione di quella teoria che ha cercato di individuare nell'azione di risarcimento in forma generica, un naturale *pendant* dell'azione di annullamento. Già in passato ci siamo mossi in tutt'altra direzione. Nel Nostro scritto, a cui sia consentito rimandare, in nota alla sentenza del TAR Marche n. 67/04, pubblicato sul sito [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), con ulteriore commento di SPINOZZI M., e sulla rivista *Giustizia amministrativa*, n. 3/04 abbiamo chiaramente individuato il giudizio cassatorio come un giudizio essenzialmente tendente alla reintegrazione in forma specifica, da esperirsi in via principale laddove il bene vita di cui alla vicenda del potere sia stato definitivamente ed irrimediabilmente compromesso, dal ché un eventuale pronuncia cassatoria non avrebbe alcuna utilità pratica per il privato ricorrente.



Orbene, a ciò va aggiunto un ulteriore dato. Che piaccia o meno, vigente l'attuale orientamento giurisprudenziale, non è dato al giudice amministrativo il potere discernere sulla illiceità di un atto amministrativo che sia di per sé perfettamente valido ed efficace, perché non sia stato impugnato nei termini, perché il privato abbia fatto acquiescenza, ovvero ancora perché il giudizio cassatorio non sia comunque intervenuto. L'illegittimità del provvedimento è condizione necessaria affinché vi sia illiceità del comportamento. Lo si ripete, vigente l'attuale orientamento, non è ammissibile la condanna al risarcimento del danno nei confronti di una p.A. il cui atto sia perfettamente legittimo, perché esso sia meramente irregolare, ovvero illegittimo ma comunque *sanato*.

## **VII. Conclusioni.**

Siamo per tal verso giunti ad alcune, ulteriori, conclusioni:

a) L'istituto partecipativo è finalizzato ad assicurare la democraticizzazione e la trasparenza dell'attività amministrativa, per il tramite del principio del contraddittorio; in particolare il suo compito è quello di apprestare una efficace tutela delle ragioni del cittadino e contestualmente fornire alla pubblica Amministrazione elementi di conoscenza utili nell'esercizio di poteri discrezionali. E' dunque improprio parlare della superiorità del fine collaborativo rispetto a quello difensivo o viceversa (salvo il diverso peso che assumano le due anime rispetto all'archetipo procedimentale e nella fattispecie in concreto all'esame del giudice).

b) L'istituto rileva anche in quei procedimenti vincolati in cui un margine di discrezionalità residui per quanto concerne l'indagine sui presupposti fattuali e la corretta sussunzione della fattispecie sotto la normativa giuridica di riferimento. Tale precisazione valeva e continua a valere anche a seguito delle modifiche introdotte alla legge sul procedimento.

c) La mancata comunicazione dell'avvio del procedimento non comporta *sic et simpliciter* l'illegittimità del provvedimento amministrativo; è, in particolare, solo un vizio procedurale ed una spia dell'illegittimità dell'atto in cui tale procedimento trasfonde. L'atto sarà illegittimo solo se dalla valutazione *ex post* emerge la *legittimità dell'interesse, ossia la particolare qualifica-rilevanza dello stesso rispetto al potere esercitato*. Il giudice dovrà aiutarsi nel suo discernimento con le *regulae iuris* elaborate dalla giurisprudenza in base all'archetipo astratto, non potendo però prescindere dall'analisi critica sul caso *in concreto* sottoposto al suo vaglio, da effettuarsi sulla scorta dei noti principi (in tal veste, meglio parlare di criteri) di *ragionevolezza, proporzionalità, logicità*

*ed adeguatezza*. Il rilievo sostanziale del vizio opera pure in favore del privato, tanto che la p.A. dovrà effettuare la comunicazione con i tempi e le forme idonee a rendere il privato edotto dell'avvio di un procedimento che lo vede interessato in modo tale da poter dedurre propriamente ed esercitare appieno i suoi poteri di partecipazione intesi come stimolo o resistenza al pubblico potere; non saranno possibili comunicazioni *in limine* della chiusura del procedimento o con forme inidonee alla conoscenza effettiva<sup>78</sup>.

d) Anche il vizio di omessa comunicazione è stato da tempo ricondotto alla più ampia categoria dei vizi procedurali, nel senso *supra* precisato per cui la violazione dell'art. 7 non comporterà automaticamente la caducazione dell'atto per violazione di legge ma, se si avrà anche una apprezzabile lesione dell'interesse sostanziale, si avrà annullamento per eccesso di potere. La caducazione per violazione di legge residuerà al più laddove si tratti di una attività vincolata (per cui la giurisprudenza non ritiene configurabile l'eccesso di potere come vizio della discrezionalità) ed anche in tal caso, nei limiti anzidetti, il fatto che si verta in tale fattispecie non dovrebbe essere tale da escludere un eccesso di potere per difetto istruttorio e travisamento del fatto.

e) Impostato il problema in questi termini, risulterà evidente che la stessa situazione sostanziale muoverà tutta la fase procedimentale-processuale tanto del primo processo, ove si dedurrà la mancata comunicazione di avvio<sup>79</sup>, quanto del secondo, ove si dedurranno i vizi

---

<sup>78</sup> Si veda, recentemente, una pronuncia del TAR Basilicata del 19.02.2005, n. 139. I giudici lucani hanno concluso per l'annullamento del provvedimento con il quale il Comune aveva revocato per eccessiva onerosità l'aggiudicazione provvisoria dell'appalto per il servizio di igiene pubblica e servizi complementari in favore dell' A.T.I. costituita ditte ricorrenti, in quanto tale provvedimento aveva seguito di soli tre giorni (di cui uno non lavorativo) la comunicazione di avvio. Il ragionamento muove dalla considerazione che «*la comunicazione dell'avvio del procedimento è preordinata, secondo la lettera e la ratio della legge, a consentire al destinatario non solo di prendere visione degli atti del procedimento, ma anche, e soprattutto, di "...presentare memorie scritte e documenti, che l'amministrazione ha l'obbligo di valutare ove siano pertinenti all'oggetto del procedimento"* (art. 10, lett. b, L. 241/90) ... essa non è pertanto un mero simulacro, ma uno strumento necessario per garantire al destinatario del procedimento un apporto partecipativo che deve essere valutato dall'Amministrazione, e che può condurre anche a scelte diverse da quelle che era intenzione dell'Amministrazione effettuare». Il fatto che «*la determinazione conclusiva del procedimento è stata adottata a soli tre giorni dalla comunicazione di avvio, senza attendere l'arrivo di eventuali memorie da parte dei destinatari del provvedimento finale*» dimostra invece inconfutabilmente «*che la scelta dell'Amministrazione era stata già compiuta*».

<sup>79</sup> E' stato autorevolmente sostenuto «*La rilevanza oggettiva di un tale interesse nel procedimento – sempre più suscettibile di imporsi ex post nel processo – diviene l'elemento centrale e significativo di questa lenta ma ininterrotta evoluzione del rapporto di integrazione fra processo e procedimento ove nel primo può (successivamente) rivelarsi come giuridicamente rilevante quanto (procedimentalmente) avrebbe dovuto (o potuto, in caso di*

della motivazione rispetto verosimilmente proprio rispetto a quell'interesse valutato e ritenuto recessivo. Questa coincidenza tra procedimento e processo, nei termini, sopra spiegati, in cui la medesima situazione giuridica sostanziale viene a fare da *minimo comune denominatore* delle due fasi e, per così dire, da *collante* tra il primo ed il secondo, eventuale, giudizio di legittimità, sembra acuirsi nella nuova legge.

f) Quindi, nel quadro che si va delineando, il giudice investito della cognizione circa la legittimità del provvedimento amministrativo che abbia difettato della comunicazione di avvio nei confronti di uno dei soggetti possibili destinatari sarà tanto meno, di quanto non sia ora, un giudice del vizio formale e tanto più, di quanto non sia ora, un giudice del vizio sostanziale; *giudicherà tanto meno di una violazione di legge quanto più dell'eccesso di potere che la sottende.*

g) Il giudice amministrativo sarà dunque *un giudice della rilevanza dell'interesse*, dovrà valutare se l'interesse privato, qualora fosse stato ritualmente acquisito nel procedimento, avrebbe anche comportato un diversa ponderazione degli interessi da parte della p.A.; se, in base ad un giudizio di comparazione tra il potere ed il risultato da un lato e l'interesse sostanziale dall'altro, con un elevato grado di probabilità la p.A. non avrebbe ritenuto il secondo recessivo rispetto al primo. E' un giudizio prognostico *ex post*, abbiamo detto, rispetto all'atto impugnato ed *ex ante*, con tutti i limiti coniatori sopra evidenziati, rispetto al procedimento amministrativo che, eventualmente, risorgerà dalle ceneri di quello annullato, ed all'eventuale processo che ne verrà a valle.

h) La situazione sostanziale sottesa alla pretesa partecipativa non sembra possa riferirsi ad una situazione giuridica soggettiva attiva di diritto soggettivo – nonostante la dizione letterale della legge – mentre il riferimento all'interesse meramente procedimentale appare del pari inadeguato specie se riferito alle modifiche in senso sostanziale volute da

---

*mancata acquisizione e ponderazione di un interesse che sarebbe stato suscettibile di influire sulla scelta amministrativa) rilevare nel secondo. Il fenomeno della integrazione fra le due fasi – processuale e procedimentale – si incentra, cioè essenzialmente, sull'evento in costante ascesa della giuridicizzazione dell'interesse: non più «occasionalmente» protetto come presupposto all'esperimento dell'azione giurisdizionale, ma ora, sempre più, anche direttamente protetto come oggetto sostanziale di esperimento dell'azione giurisdizionale medesima, lungo la direttrice processo procedimento... E' l'evoluzione stessa del diritto positivo – oltre a quella della giurisprudenza amministrativa – a porre alla ribalta l'esigenza di una elaborazione unitaria dell'interesse giuridicamente rilevante, indipendentemente dal fatto che ci si rivolga al giudice o alla pubblica amministrazione e indipendentemente dalla circostanza che la sua giuridicità serva strumentalmente a legittimare il suo titolare ad intervenire, oppure serva sostanzialmente a tutelarlo: facendo risultare come legittima una scelta amministrativa che non ne tenga conto. O ne tenga conto in modo inadeguato» (cfr. COGNETTI S., *Quantità e qualità della partecipazione*, cit., passim).*

ultimo dalla novella legislativa. Dal ché riteniamo la pretesa partecipativa direttamente ed intimamente collegata all'interesse strumentale che il privato voglia portare in sede endoprocedimentale al punto di collegarsi in via immediata e diretta alla situazione giuridica soggettiva attiva di interesse legittimo<sup>80</sup>.

i) Nel complesso, la modifica legislativa recentemente entrata in vigore non sembra mutare sensibilmente il dato emerso dagli orientamenti giurisprudenziali che più recentemente si sono avuti *in subiecta materia*. Anzi, si può notare una apertura ancor maggiore alle istanze del privato, nella parte in cui l'art. 21-*octies* II comma II alinea vincola precipuamente la p.A. resistente all'*onus probandi* circa l'irrilevanza del vizio per il contenuto del provvedimento (quindi non solo per la sua parte dispositiva) pena la definitiva presa d'atto della rilevanza del vizio con conseguente statuizione cassatoria data l'illegittimità dell'atto impugnato.

j) Per quanto concerne il primo alinea dell'art. 21-*octies*, II comma, come detto, ferma restando la *collocazione dogmatica a parte della categoria della irregolarità*, che si ritiene continui a valere indipendentemente dalla natura e dal tipo di procedimento amministrativo in esame, questo parrebbe comunque presupporre una indagine giudiziale, con *poteri cognitori d'ufficio*, circa la influenza del vizio sul procedimento in essere. Ossia, per farla breve, riteniamo che le fattispecie disciplinate dalla norma non rientrino nella categoria della irregolarità, quantomeno nella sua forma lieve, se per irregolarità debba intendersi il semplice riconoscimento, la semplice presa d'atto del giudice della ininfluenza *ex ante* ed originaria del vizio sulla legittimità del provvedimento.

k) Come si è detto, quel particolare tipo di *sanatoria* che si ritiene determinata dall'art 21-*octies*, non è una convalida, non presuppone un riesercizio di potere da parte della p.A. volto ad integrare il provvedimento precedentemente adottato, ma *si basa su fatti pregressi all'instaurazione del ricorso*, ed è sulla base di questo quadro gnoseologico, arricchito dalla motivazione a discolta offerta dalla p.A. circa la ritenuta recessività dell'interesse che non si è dato luogo al privato di palesare (II alinea), ovvero dalla dimostrazione comunque reperibile nel giudizio circa la

---

<sup>80</sup> Dovrebbe, pertanto, trovare definitiva consacrazione quella dottrina che aveva giustamente sottolineato che si trattasse null'altro che di poteri partecipativi strumentali ad una sottesa situazione giuridica sostanziale che, per quanto *supra* detto, non potrà che non essere di interesse legittimo. Pur trattandosi di un interesse legittimo ancora in potenza, ancora *in fieri* perché la nascita, tra l'altro del tutto eventuale dello stesso, non potrà che collocarsi a valle, al momento dell'esercizio del potere (oppositivo) ossi allorquando tale esercizio divenga doveroso (pretensivo). Notevole l'aggancio in tal senso fornito dalle SS.uu. allorquando, nell'affermare la diretta correlazione tra interesse legittimo e bene vita, hanno in parte rivisitato la tradizionale dinamica interesse-potere portando invece in evidenza il rapporto interesse-bene vita (per il tramite dell'interesse materiale, sostanziale, finale che dir si voglia).

immodificabilità del contenuto dispositivo del provvedimento laddove si tratti di atti vincolati (I alinea), che il giudice dovrà decidere, non sulla base di un nuovo provvedimento assunto dalla p.A. *in addenda* di quello precedentemente adottato. La considerazione palesa anche la nostra adesione a quell'orientamento dottrinale che ha precisato come l'articolo in esame possa essere assunto come argomento decisivo da quella giurisprudenza che ritiene sempre passibile di integrazione postuma sanante, a livello motivato, un provvedimento amministrativo pur impugnato nei termini sebbene per soli vizi formali.

Dr. Sergio De Santis\*

\*Cultore di Diritto amministrativo e Diritto pubblico comparato. Docente a contratto di Diritto degli Enti locali, Facoltà di Giurisprudenza, Università di Macerata.