

LA COMUNICAZIONE DI AVVIO DEL PROCEDIMENTO DOPO LA L. N. 15/2005. POTENZIATA NEL PROCEDIMENTO, DEQUOTATA NEL PROCESSO

Stefano Civitarese Matteucci

0. Premessa

Il presente scritto ha per oggetto una prima valutazione delle innovazioni apportate dalla legge n. 15/2005, di riforma della legge 241/1990, all'istituto della *comunicazione di avvio del procedimento* (CAP), innovazioni che – a differenza di altri aspetti della riforma, lungamente discussi in sede scientifica – sono state abbastanza trascurate.

Nel primo paragrafo mi soffermo sull'*iter* parlamentare delle relative disposizioni e sul loro presumibile significato.

Nel secondo paragrafo cerco di rispondere alla domanda se tali innovazioni siano specificatamente rivolte ad estendere l'obbligo di CAP nei confronti dei destinatari dei provvedimenti ampliativi, e giungo a sostenere come, in realtà, non emerga una risposta univoca, essendo possibile, alternativamente, che tale estensione sia, invece, relativa: a) ai controinteressati procedurali; b) ai primi ed ai secondi.

Nel terzo paragrafo mi soffermo sulla posizione dei controinteressati procedurali nei confronti della CAP, al fine di esaminare se la novella possa costituire un fattore in grado di invertire l'orientamento della giurisprudenza che finora è stato al riguardo molto restrittivo.

Nel quarto paragrafo, infine, formulo alcune brevi osservazioni sul rapporto tra l'obbligo di comunicazione e le conseguenze della sua violazione – che in base all'art. 21 *octies* della legge 241 possono non rifluire sul provvedimento anche nel caso in cui questo sia a contenuto discrezionale – sostenendo che quest'ultima circostanza non esclude il permanere dell'obbligo in questione.

1. Il nuovo contenuto informativo della comunicazione di avvio del procedimento amministrativo

Né il testo originario del disegno di legge di iniziativa governativa AS 1281 del 21 marzo 2002 né il disegno di legge che era stato approvato dalla Camera dei deputati nella XIII legislatura il 10 ottobre 2000 (n. 6844 c.d. Cerulli Irelli) ¹ prevedevano interventi sull'art. 8 della L. 241/1990. Le modifiche apportate dalla L. 15/2005 a tale articolo sono il risultato della discussione sul progetto di legge avvenuta nella seduta del 10 luglio 2002 della Commissione Affari Costituzionali del Senato in sede referente. In particolare, un emendamento proposto dal Sen. Maffioli, ed approvato dalla Commissione, aggiungeva all'elenco delle informazioni che debbono essere fornite nella comunicazione di avvio dei procedimenti ad *istanza di parte* «la data di ricevimento dell'istanza, quella entro la quale deve concludersi il procedimento, le conseguenze ed i rimedi esperibili in caso di inerzia dell'amministrazione».

Il resoconto della seduta, quanto alle ragioni che sorreggono l'emendamento, è piuttosto laconico, vi si legge che lo stesso, secondo quanto riferito dal proponente, era «orientato a stabilire elementi di tutela del cittadino, nel caso di procedimenti avviati a istanza di parte».

Dal canto suo, il relatore del progetto di legge, Sen. Bassanini, si dichiarava favorevole all'emendamento, ritenendo che veniva ad aggiungere ai contenuti necessari della comunicazione d'avvio «una serie di elementi utili per la trasparenza e la certezza del procedimento amministrativo avviato a istanza di parte». Anche nella relazione di accompagnamento del testo licenziato dalla Commissione, il Sen. Bassanini affermava che l'emendamento in questione tende a rafforzare «gli istituti di partecipazione procedimentale e di trasparenza dell'azione amministrativa».

¹ Vedili in S. Civitarese Matteucci, G. Gardini, a cura di, *Dal Procedimento amministrativo all'azione amministrativa*, Bologna, 2004, p. 250 ss; p. 283 ss.

Lo stesso relatore, poi, introduceva, in sede di discussione del disegno di legge in Assemblea, una “riformulazione tecnica” dell’emendamento, a fini di coordinamento «con il testo vigente che viene a novellare», con cui risultava fissato nelle sue linee essenziali il contenuto che la disposizione avrebbe mantenuto fino alla fine dell’*iter* della legge 15/2005².

Per la verità tale riformulazione non è di poco conto, perché rende l’indicazione della data di conclusione del procedimento, e dei rimedi esperibili in caso d’inerzia dell’amministrazione, requisito generale della comunicazione d’avvio e non requisito specificamente legato ai procedimenti ad istanza di parte, com’era nell’emendamento originario.

L’integrazione dell’art. 8 investe, pertanto, due aspetti.

Il primo concerne l’estensione dell’obbligo di comunicazione ai procedimenti ad iniziativa di parte, per i quali la giurisprudenza finora ha negato, con poche eccezioni, la sussistenza di tale obbligo con riferimento ai richiedenti, ma di fatto ha finito col negare quasi sempre lo stesso obbligo anche nei confronti dei “terzi” controinteressati. Come osserverò diffusamente nei prossimi due paragrafi, la formulazione della disposizione è piuttosto ambigua e non consente di stabilire con certezza se essa si riferisca alla prima o alla seconda categoria di potenziali destinatari della comunicazione, o ad entrambe.

Il secondo aspetto è relativo ad un’estensione del contenuto informativo della comunicazione connesso con l’obbligo di provvedere. La necessità di indicare «la data entro la quale, secondo i termini previsti dall’articolo 2, commi 2 o 3, deve concludersi il procedimento e i rimedi esperibili in caso di inerzia dell’amministrazione», nonché «la data di presentazione della relativa istanza» per i procedimenti ad istanza di parte, mira evidentemente a potenziare il principio dell’obbligo di provvedere entro un termine prestabilito. Tale previsione fa il paio con quella contenuta nell’art. 3.4

² Rispetto al testo approvato dal Senato il 10 aprile 2003, quello della legge 15 aggiunge il riferimento *ai termini previsti dall’articolo 2, commi 2 o 3* per l’indicazione della data di conclusione del procedimento.

della L. 241/1990, secondo cui «in ogni atto notificato al destinatario devono essere indicati il termine e l'autorità cui è possibile ricorrere». È evidente che quando l'azione amministrativa si concretizza in un atto, quest'ultimo è "luogo" più idoneo della notizia d'avvio per indicare al cittadino come può difendersi contro gli effetti dell'atto stesso; mentre quando occorre fornire al cittadino informazioni sulle misure a sua disposizione contro il non-atto, il solo luogo possibile è la notizia di avvio del procedimento.

2. Comunicazione di avvio e procedimenti ad istanza di parte

Mi sembra che offra maggiori spunti di riflessione il primo dei due suddetti profili, sul quale quindi mi soffermerò.

Il Consiglio di Stato ha finora escluso la sussistenza di un obbligo di comunicazione di avvio del procedimento in caso di procedimenti ad iniziativa di parte a favore del soggetto richiedente. La ragione di tale esclusione è in genere fondata sulla seguente inferenza:

- (I) la CAP è prevista in funzione dell'esigenza di consentire la partecipazione del privato all'attività amministrativa;
- (II) nei procedimenti ad istanza di parte, l'interessato può senz'altro esercitare le modalità partecipative previste dalla legge a tutela della propria situazione soggettiva, avendo egli stesso attivato il relativo *iter* procedimentale;
- (III) quindi l'obbligo di CAP sussiste nei soli procedimenti *ex officio* o comunque non promossi dal destinatario.

Questo ragionamento è "puntellato" con un argomento più generale inerente all'opportunità di non applicare le regole sul contraddittorio procedimentale «in modo acritico o formalistico» [Cons. Stato, Sez.V, 22 gennaio 2001, n. 2823], essendone, invece, necessaria un'interpretazione alla luce dei criteri generali che governano l'azione amministrativa (ragionevolezza, proporzionalità, logicità ed adeguatezza).

Nell'ambito del procedimento iniziato su istanza di parte, la CAP costituirebbe, invece, una «mera duplicazione di formalità»³.

In questo modo, nei confronti dell'istante, i procedimenti ad istanza di parte sono ricondotti nel novero di quelle ipotesi in cui si esclude la sussistenza di un obbligo di CAP in virtù del principio della strumentalità delle forme e del raggiungimento dello scopo. L'ipotesi paradigmatica di questa casistica è quella del soggetto interessato che abbia, in qualunque modo, acquisito la conoscenza del procedimento, in tempo utile per intervenire nel corso dell'istruttoria, ossia in una fase idonea a consentirgli la prospettazione di fatti, documenti, memorie di cui l'amministrazione precedente deve tener conto in fase decisoria⁴.

Un'idea diversa da quella professata dal Consiglio di Stato potrebbe, tuttavia, basarsi su una più stretta aderenza al testo normativo oltre che su differenti presupposti "ideologici"⁵.

Da un lato, si può concepire l'obbligo di CAP in capo all'amministrazione come avente natura generale ed incondizionata, con esclusione solo nei casi

³ Vedansi Cons. Stato, sez. IV, 15 dicembre 2000, n. 6687; Id., sez. VI, 12 dicembre 2000, n. 6566; Id., sez. VI, 19 luglio 1999, n. 981; Id., sez. VI, 1 dicembre 1999, n. 2069; Id., sez. V, 13 gennaio 1998, n. 65.

⁴ La giurisprudenza ha elaborato diverse altre ipotesi di "superfluità" della CAP, su cui tuttavia non può dirsi che si siano formati orientamenti pacifici. Si possono menzionare le ipotesi dell'azione vincolata (peraltro particolarmente dibattuta), dell'emanazione di un provvedimento consequenziale alla scadenza fisiologica di un precedente rapporto, di leggi speciali rispetto alla L. 241/90 che prevedano strumenti di partecipazione diversi ed alternativi (nella specie effettivamente adottati), di procedimenti direttamente consequenziali e connessi ad altri procedimenti già noti al destinatario della comunicazione non effettuata, circostanza estesa ad esempio anche alle ipotesi di procedimenti sanzionatori per abusi riconoscibili *ictu oculi*. Vedansi *ex multis*, Consiglio Stato, Sez. IV, 15 giugno 2004, n. 4018; Cons. Stato, Sez. V, 14.02.2003, n. 811; Id., 20.01.2003, n. 178; Id., Sez. V, 05.6.1997, n. 606, in *Giur. It.*, 1997, III, p. 636; Id., Sez. IV, 09.8.1996, n. 1000, in *loco ult. cit.*, 1997, III, p. 224; Id., Sez. IV, 19.01.2000, n. 248, in *Foro It.*, 2000, III, p. 1; Id., Sez. V, 18.3.2002, n. 1562, in *Cons. Stato*, 2002, I, p. 591; Id., Sez. V, 27.01.2000, n. 383, in *loco ult. cit.*, 2000, I, p. 119; Id., Sez. VI, 29.5.2002, n. 2984, in *Giust. Amm.*, 2002, p. 506; Id., Sez. IV, 22.6.2000, n. 3556, in *Foro Amm.*, 2000, p. 2144; Id., Sez. IV, 18.5.1998, n. 836, in *Cons. Stato*, 1999, I, p. 791; Id., Sez. IV, 02.01.1996, n. 3, in *Foro Amm.*, 1996, p. 53; Id., Sez. V, 14.4.1997, n. 363, in *Cons. Stato*, 1997, I, p. 510.

⁵ È quello che fa il TAR Campania, sez. Napoli nella sentenza n. 28 del 10 gennaio 2000.

previsti (esigenze di celerità, provvedimenti cautelari, atti generali e normativi) da intendersi come tassativi.

Dall'altro lato, non tutte le informazioni obbligatorie da fornire agli interessati ai sensi dell'art. 8 della L. 241 sono assorbite dal fatto che l'interessato abbia presentato ad un'amministrazione x un'istanza y (amministrazione competente e oggetto del procedimento sono i contenuti informativi di cui rispettivamente alle lettere a) e b) dell'art. 8.2). Ne rimangono fuori le informazioni concernenti l'ufficio e la persona responsabile del procedimento (lett. c) e l'ufficio in cui si può prendere visione degli atti (lett. d).

Da ciò la conclusione – dicotomica rispetto alla precedente – che il tipo di iniziativa procedimentale (d'ufficio o di parte) non incide sulla questione della sussistenza dell'obbligo di CAP nei confronti del destinatario del provvedimento.

L'integrazione apportata all'art. 8 sembrerebbe ispirarsi a questa seconda prospettiva e sarebbe, quindi, finalizzata a superare l'orientamento espresso dal Consiglio di Stato sopra ricordato, mediante la previsione dell'obbligo di CAP anche ai soggetti che, domandando il rilascio di un provvedimento, determinano l'apertura del procedimento⁶.

Tuttavia, non può escludersi un'interpretazione per la quale l'indicazione contenuta nella lett. c-ter) dell'art. 8 – secondo cui nella comunicazione deve essere indicata, «nei procedimenti ad iniziativa di parte, la data di presentazione della relativa istanza» – si riferisca (non al richiedente il provvedimento, ma) a quegli altri soggetti individuati o facilmente individuabili, diversi dai diretti destinatari del provvedimento, cui possa derivare un pregiudizio dall'emanazione del provvedimento stesso. È

⁶ In questo senso interpretano la disposizione sia D.-U. GALETTA, *Notazioni critiche sul nuovo art. 21 octies della legge n. 241/90*, in www.giustamm.it, § 4, sia D. De Carolis, *La "forma" e la "sostanza" della comunicazione dell'avvio del procedimento*, in *Civiltà* Matteucci, G. Gardini, a cura di, *Dal Procedimento amministrativo all'azione amministrativa*, cit., 107.

questa un'evenienza che si presenta assai spesso nel caso dei procedimenti ad iniziativa di parte (si pensi alle autorizzazioni commerciali, ambientali, edilizie, ecc.) e la cui rilevanza sul piano della tutela del cittadino non deve essere necessariamente considerata minore di quella dell'istante rispetto all'inadempimento o al ritardo.

La circostanza che la disposizione indichi in questo caso, come contenuto informativo, soltanto la data di presentazione dell'istanza, sembra spingere in tale direzione. Una cosa che l'interessato normalmente conosce, infatti, è proprio quando ha presentato l'istanza ⁷, mentre certamente questa informazione non è conosciuta da eventuali "controinteressati procedurali".

Alcune osservazioni di un qualche peso a questo proposito emergono dal considerare congiuntamente le due nuove disposizioni di cui alle lett. *c-bis* e *c-ter*.

La disposizione di cui alla lett. *c-bis* aggiunge due nuovi elementi informativi agli elementi previsti in generale dall'art. 8.2 della L. 241/1990, cioè senza specificazione alcuna sul tipo di procedimento.

La disposizione di cui alla lett. *c-ter*, invece, prevede un nuovo elemento informativo riferito esclusivamente ai procedimenti ad iniziativa di parte. Non sarebbe nemmeno il caso di precisare che tale elemento informativo – la data di presentazione dell'istanza – è aggiuntivo rispetto agli altri elementi (stante l'evidente insostenibilità di un'interpretazione che riducesse il contenuto informativo della comunicazione in caso di procedimenti ad iniziativa di parte a quanto previsto dalla lett. *c-ter*); se non per la ragione, questa sì, invece, meritevole di essere evidenziata, che la circostanza appena detta (*id est*: l'elemento informativo di cui alla lett. *c-*

⁷ È vero che si potrebbe ritenere che la disposizione si riferisca ai casi in cui il richiedente non possa essere certo della data di ricezione della domanda, qualora ad esempio l'abbia inviata a mezzo posta senza ricevuta di ritorno, ma ciò non esclude che al tempo stesso possa riguardare anche soggetti diversi dall'istante. Come osservo più avanti nel testo il problema è che l'intero articolo 8 può essere riferito all'uno e agli altri.

ter si aggiunge a tutti gli altri) implica necessariamente che tutti i punti dell'art. 8.2 della L. 241/1990 riguardano tanto i procedimenti ad iniziativa d'ufficio quanto quelli ad iniziativa di parte (tranne ovviamente quanto prescritto alla lett. *c-ter* che riguarda solo i procedimenti ad iniziativa di parte).

Siamo dinanzi, occorre dirlo, ad una tecnica normativa non del tutto avveduta, se occorre un tale sforzo argomentativo per pervenire ad una conclusione così semplice. Ma qual è, poi, realmente questa conclusione? La conclusione è che certamente la CAP riguarda (o meglio può riguardare) sia i procedimenti ad iniziativa d'ufficio sia quelli ad iniziativa di parte, ma senza che si possa sostenere, in questo secondo caso, che il destinatario della comunicazione sia senz'altro colui che inoltra istanza.

Il problema affrontato dalla giurisprudenza sopra richiamata, cioè, non è direttamente fatto oggetto delle disposizioni contenute nell'art. 8 della L. 241, il quale, tanto prima della novella quanto oggi, non si preoccupa della posizione dei soggetti che debbono essere avvertiti dell'inizio di un procedimento. Questo articolo si occupa della forma della comunicazione, che non dipende dalla posizione, nei confronti della specifica fattispecie di azione amministrativa, dei soggetti cui essa va rivolta. Dopo la novella tale forma si presenta leggermente diversificata in ragione della struttura procedimentale, arricchendosi il contenuto informativo in caso di procedimenti ad iniziativa di parte⁸.

Ma sembra rimanere impregiudicato se nei procedimenti ad iniziativa di parte l'istante abbia diritto ad una CAP. In altri termini, sembra rimanere impregiudicato se nei procedimenti ad iniziativa di parte i soggetti da

⁸ Peraltro non mi pare così evidente l'utilità aggiuntiva di conoscere la data di presentazione dell'istanza nei procedimenti ad iniziativa di parte (mentre la data di inizio del procedimento *ex officio* non deve essere fornita), quando l'amministrazione, per effetto del punto *c-bis*, è tenuta ad indicare il termine per la conclusione del procedimento. La suddetta informazione potrebbe solo servire a verificare se il computo del termine, comunicato dall'amministrazione, sia stato correttamente effettuato. Ma perché nei procedimenti ad iniziativa d'ufficio tale verifica non servirebbe, ammessane l'utilità in quelli ad iniziativa di parte?

avvisare siano i destinatari del provvedimento ovvero coloro ai quali dal provvedimento possa derivare un pregiudizio o, infine, gli uni e gli altri, come sarebbe magari desiderabile se il punto di vista assunto è quello della «tutela del cittadino».

Se, in definitiva, l'intento dell'emendamento citato all'inizio era (tra l'altro) di chiarire che anche a chi presenta l'istanza di autorizzazione spetta la CAP⁹, allora tale intento non può dirsi portato a compimento con la necessaria "convinzione". Un margine di ambiguità permane, anche laddove si adotti un'interpretazione caritatevole (che, sia detto per inciso, ritengo essere quella più probabilmente corretta¹⁰) in base alla quale il riferimento, nell'art. 8.2., lett. c-bis, ai rimedi contro l'inerzia vale implicitamente a rendere obbligatoria la CAP nei confronti dei soggetti in attesa di provvedimento, in quanto è ovviamente a costoro che nella grande maggioranza dei casi interessa agire per contrastare l'inerzia.

Tuttavia, né si può escludere che a dolersi dell'inerzia siano soggetti "terzi" in relazione a procedimenti d'ufficio, come nel caso di chi abbia interesse all'irrogazione di una sanzione edilizia nei confronti di un proprio vicino¹¹, né intendere per *rimedi contro l'inerzia* solo quelli in favore di coloro che sono in attesa di un provvedimento ampliativo della propria sfera

⁹ Come io ho supposto, ma forse a mia volta con una certa dose di "precomprensione", determinata dal fatto che con tale problema si era ripetutamente misurata la giurisprudenza e vi erano state prese di posizione abbastanza nette della dottrina. V. ad esempio G. Virga, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Milano, 1998, 34-36.

¹⁰ Sebbene al riguardo non vi siano in effetti elementi "conclusivi", credo che il ricorso al discusso criterio della "volontà del legislatore" (anch'essa non proprio chiaramente rinvenibile nei lavori preparatori) porti a considerare ragionevole l'ipotesi che quello che il legislatore volesse fare era soprattutto di mettere coloro che presentano una domanda di provvedimento nelle condizioni di sapere dopo quanto tempo possono pretendere una risposta e mediante quali mezzi legali. Sul dibattito relativo alla "intenzione" del legislatore nell'interpretazione giuridica, v. C. Luzzati, *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milano, 1999, spec. Cap. VII, nonché A. Marmor, *Interpretation and Legal Theory*, Oxford University Press, London, 1992, Cap. VIII.

¹¹ Sull'insorgenza dell'obbligo di provvedere nei procedimenti di iniziativa d'ufficio v. G. Morbidelli, *Il procedimento amministrativo*, in L. Mazzarolli, G. Pericu, F. Roversi Monaco, F.G. Scoca (a cura di), *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2005, vol. I, 603-606, ove si tende ad assimilare il ruolo della denuncia degli interessati nei procedimenti d'ufficio a quello della domanda nei procedimenti ad iniziativa di parte.

sogettiva avendone fatto richiesta. D'altronde, proprio il modo come è stata formulata la novella, comporta che le informazioni relative ai rimedi contro l'inerzia non siano riferite soltanto ai procedimenti ad istanza di parte (come postulava l'emendamento Maffioli), ma anche ai procedimenti ad iniziativa d'ufficio¹².

Se, insomma, l'intenzione era quella di stabilire l'obbligo di dare notizia dell'avvio del procedimento amministrativo a chi domanda il rilascio di un provvedimento, non era più semplice scriverlo?

3. Comunicazione di avvio del procedimento e “controinteressati procedurali”

Ho fin qui osservato che a proposito della nuova formulazione dell'art. 8 della L. 241/1990, quello che si può asserire è soltanto che anche nei procedimenti ad istanza di parte può esservi una CAP, ma che questa potrebbe riguardare i controinteressati procedurali cui si fa riferimento nell'art. 7 della L. 241/1990 (congiuntamente o meno al soggetto istante).

Anche su questo punto occorre, tuttavia, fare i conti con la giurisprudenza, che mi pare abbia sostanzialmente svuotato la parte dell'art. 7 cit. che configura certi soggetti non diretti destinatari del provvedimento come titolari di un diritto alla notizia dell'avvio di un procedimento che leda un loro interesse specifico.

Le Corti, ad esempio, escludono la sussistenza dell'obbligo della CAP in favore di proprietari frontisti nel procedimento di rilascio della concessione edilizia e del nulla osta paesaggistico [CdS, sez. VI, n. 1197/1999] o

¹² Ricordo che l'originario emendamento Maffioli mirava ad aggiungere all'elenco di cui all'art. 8.2, con riferimento ai soli procedimenti ad iniziativa di parte, «la data di ricevimento dell'istanza, quella entro la quale deve concludersi il procedimento, le conseguenze ed i rimedi esperibili in caso di inerzia dell'amministrazione». In questo modo tali informazioni non sarebbero state obbligatorie nella comunicazione dell'inizio di procedimenti d'ufficio, ma forse avrebbero indicato più chiaramente l'intento (se l'intento era effettivamente questo) di affermare che anche gli istanti hanno diritto alla CAP.

affermano che tali soggetti debbono poter essere individuati senza necessità di esperire alcuna pur minima indagine da parte dell'amministrazione.

D'altronde, l'individuazione della categoria dei soggetti che dispongono di un diritto alla "controrappresentazione"¹³ è complicata dal fatto che all'art. 9 della L. 241/1990 si includono, tra i soggetti che possono intervenire nel procedimento (quindi nei confronti dei quali non vi è l'obbligo di *notice*), i portatori di interessi cui possa derivare un pregiudizio dal provvedimento.

La sola differenza tra le due categorie è che i soggetti di cui si parla all'art. 8 devono essere *individuati o facilmente individuabili*. Quest'ultimo è un tipico concetto vago od impreciso. Quando un controinteressato procedimentale è facilmente individuabile?¹⁴ Potrebbe sembrare che l'interesse del proprietario frontista – nell'esempio precedente – sia facilmente individuabile. La giurisprudenza ha scelto, tuttavia, di non porsi neanche il problema in questi termini, ed ha interpretato la disposizione "traducendo" il concetto della facile individuabilità in quello della "assoluta evidenza", sostenendo che la norma esclude qualunque indagine da parte dell'amministrazione finalizzata ad individuare tali soggetti "facilmente individuabili".

Naturalmente il fatto che la giurisprudenza adotti questa interpretazione non vuol dire che non esistano tali "controinteressati procedimentali", potendosi anche sostenere che tale orientamento sia errato¹⁵. Proprio una ricostruzione della novella in esame come diretta a rendere obbligatoria la CAP nei casi di procedimenti ad istanza di parte ai soggetti i cui interessi

¹³ G. Morbidelli, *Il procedimento amministrativo*, cit., 650.

¹⁴ Secondo M. Occhiena, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, 2002, 392, il "controinteressato sostanziale" è il soggetto titolare di una situazione giuridica "strutturata" «preesistente all'esercizio del potere», cioè di un diritto soggettivo o di un interesse legittimo. In ogni caso l'ipotesi individuata da questo autore è proprio quella qui in discussione di un «interesse legittimo oppositivo rispetto all'interesse pretensivo del destinatario dell'atto/istante» (p. 393).

¹⁵ In letteratura si è ad esempio ritenuto che tali soggetti "facilmente individuabili" siano coloro che sarebbero legittimati all'intervento in causa, essendo titolari di un interesse derivato rispetto a quello del destinatario del provvedimento (v. C.E. Gallo, *La partecipazione al procedimento*, in P. Alberti, G. Azzariti, G. Canavesio, C.E. Gallo, M.A. Quaglia, *Lezioni sul procedimento amministrativo*, Torino, 1992, 74).

possano essere lesi dal provvedimento richiesto, potrebbe, peraltro, favorire un ripensamento dell'orientamento restrittivo delle Corti in ordine al requisito della facile individuabilità.

Inoltre, la questione circa l'individuazione di tali controinteressati è pur sempre una questione che ha in parte natura di indagine empirica¹⁶, e quindi, concettualmente, neanche la ricordata posizione della giurisprudenza esclude la sussistenza di tali controinteressati, sebbene ne riduca cospicuamente la identificabilità sul piano pratico.

In conclusione, mi sembra di poter dire che l'attuale art. 8.2, lett. c-ter, nel riferirsi ai procedimenti ad iniziativa di parte, non risolve, una volta per tutte, né il problema se la CAP vada indirizzata ai richiedenti il provvedimento né il problema se essa vada indirizzata ai controinteressati procedurali.

Si tratta di problemi che presumibilmente continueranno ad essere risolti compulsando l'art. 7 e non l'art. 8 della L. 241/1990.

4. Difetto di comunicazione dell'avvio del procedimento come anormalità non invalidante

Mi pare, infine, necessario dedicare qualche breve riflessione alle conseguenze della violazione dell'obbligo di CAP.

È stata vigorosamente denunciata una contraddizione tra il "potenziamento" della comunicazione di inizio del procedimento e il depotenziamento della tutela giurisdizionale per il caso di violazione dell'obbligo di comunicazione¹⁷.

Il riferimento è in particolare alla previsione dell'art. 21-*octies*.2 seconda parte della L. 241/1990, secondo cui il provvedimento non è annullabile,

¹⁶ Naturalmente entro determinati presupposti normativi da cui trarre la nozione di controinteressato procedimentale, su cui v. le considerazioni svolte da M. Occhiena, *Op. cit.*, 393-399). In realtà, non sembra che la giurisprudenza si occupi di tale aspetto, risolvendo la questione proprio sul piano, fattuale, della difficoltà delle indagini per individuare tali controinteressati.

¹⁷ D.-U. Galetta, *Notazioni critiche ...*, cit., § 4.

quand'anche l'obbligatoria comunicazione di avvio sia stata omessa o irregolarmente formata, ove l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Si tratta di una disposizione – riferita specificatamente alla CAP – che estende la regola, prevista dalla prima parte del cit. art. 21-*octies*.2, sulla non annullabilità dei “provvedimenti vincolati” affetti da vizi di forma, anche ai provvedimenti a contenuto discrezionale.

Tale previsione risulterebbe «in netta contraddizione con quella contenuta nel precedente art. 8 della L. 241/90» soprattutto laddove alla lettera *c-ter*), precisa «che nei procedimenti ad iniziativa di parte deve essere indicata la data di presentazione della relativa istanza»¹⁸. Dalle disposizioni che sono state analizzate nei paragrafi precedenti emerge, secondo questa dottrina, una forte volontà del legislatore della L. 15/2005 di garantire un'applicazione il più possibile estensiva dell'obbligo di comunicazione d'avvio. Proprio tale scelta sarebbe in insanabile contrasto con le suddette limitazioni delle cause di annullabilità del provvedimento introdotte con la medesima legge.

Se si può convenire che le due parti della legge n. 15/2005 relative alla CAP ed al regime dell'invalidità sono ispirate ad un atteggiamento non proprio omogeneo¹⁹, non è detto tuttavia che esse siano necessariamente in contraddizione.

Senza che qui sia possibile trattare approfonditamente la questione, mi limito ad osservare che, adottando il criterio della plurificazione da parte dell'ordinamento degli stati di anormalità del provvedimento, l'annullabilità è una delle conseguenze possibili della disformità di un atto

¹⁸ *Op. e loc. ult. cit.*

¹⁹ Come ho esposto all'inizio di questo scritto, le disposizioni integrative dell'art. 8 L. 241/1990 sono frutto di emendamenti apparsi in un momento piuttosto avanzato dell'*iter* di formazione della legge, laddove le disposizioni sull'invalidità costituiscono uno dei *leitmotiv* del disegno di legge sull'azione amministrativa fin dal primo progetto Cerulli Irelli risalente al 2000.

dal modello legale, ma non la sola²⁰. Il fatto che un provvedimento non sia annullabile, in altre parole, non vuol dire che i funzionari sono autorizzati a non osservare le forme prescritte per la sua corretta formazione, potendo ad esempio una condotta di questo tipo rilevare sul piano disciplinare²¹.

Inoltre, mi sembra che proprio quando tale regola (come nel caso, invero unico, della CAP) sia applicabile ai provvedimenti discrezionali, i funzionari – proprio perché l'esito del procedimento dipende da ponderazioni tra interessi da acquisire al procedimento – non potranno mai giudicare *ex ante* superflua la notizia di avvio.

Si è portati a pensare che la regola sulla non annullabilità per vizi formali costituisca – in particolare per quanto riguarda il difetto della CAP – la recezione degli orientamenti della giurisprudenza²². Questo, a mio avviso, è vero soltanto in parte, poiché la codificazione della regola in parola, secondo quanto appena osservato, è specificatamente riferita alla fattispecie dell'annullabilità e tale circostanza rende superfluo decidere di volta in volta, mediante premesse più o meno velatamente “politiche” (ricerca di equilibrio tra garanzia ed efficienza), se prevalgano le ragioni della “forma” o le ragioni della “sostanza”. In particolare non spetta (più) al giudice dire se, in questa o quell'altra fattispecie, la CAP sia o meno obbligatoria e sulla base di tale premessa decidere se il vizio possa o meno avere conseguenze sull'atto.

La CAP è obbligatoria (in virtù delle condizioni di cui agli artt. 7 e 8 della L. n. 241/1990), ma non incide necessariamente sull'annullabilità del provvedimento.

Questo non toglie che sia possibile criticare la scelta compiuta dal legislatore di estendere lo speciale regime della non annullabilità del

²⁰ F. Volpe, *Norme di relazione, norme d'azione e sistema italiano di giustizia amministrativa*, Padova, 2004, 143 ss.

²¹ F. Trimarchi Banfi, *Illegittimità e annullabilità del provvedimento amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2003, 417.

²² Per una completa rassegna dei quali v. di recente V. Cerulli Irelli, *Note critiche in materia di vizi formali degli atti amministrativi*, in *Dir. Pubbl.*, 2004, 187 ss.,

provvedimento – per le sole anomalie attinenti alla CAP – ai provvedimenti discrezionali²³. Se, tuttavia, si condivide quanto prima ho osservato, l'affermazione che «la corretta partecipazione procedimentale degli interessati fornisce un contributo insostituibile per la realizzazione dell'interesse pubblico» e consente un momento di composizione fisiologica (nonché anticipata rispetto al rimedio giurisdizionale) delle situazioni giuridiche coinvolte dall'esercizio puntuale della funzione amministrativa²⁴, non è in discussione, anzi va sottoscritta.

Il problema sembra, semmai, assumere risvolti processuali ed empirici, che però a loro volta tornano a toccare alcuni dei cardini concettuali del diritto amministrativo sostanziale. Quello che particolarmente urta la sensibilità degli studiosi del diritto amministrativo è che al giudice venga sostanzialmente affidato il compito di pronosticare l'esito dell'esercizio del potere discrezionale per il caso in cui l'illegittimità lamentata non fosse intercorsa, ciò che comporta evidentemente di porre in discussione il dogma della non “rifacibilità” da parte del giudice delle valutazioni discrezionali dell'amministrazione. Sul punto in questa sede conviene, ovviamente, glissare. Segnalo soltanto come quel dogma non sia più indiscusso²⁵.

Rimanendo, per finire, sul piano processuale, occorre, invece, sottolineare che l'enunciato normativo in questione accoglie, è vero, il criterio della

²³ In questa sede, *ratione materiae*, mi limito ad alcuni cenni sul caso specifico, quello riferito all'omissione o al difetto di CAP nella formazione di provvedimenti discrezionali, sebbene, ovviamente, anche il caso generale, riguardante i soli “provvedimenti vincolati”, sia riferibile anche ai vizi della CAP. A mio avviso le due previsioni sono sostanzialmente differenti, poiché soltanto nel caso specifico il giudice è chiamato ad effettuare il cosiddetto giudizio prognostico in merito all'incidenza del vizio sul contenuto del provvedimento. Nel caso generale, il precetto del provvedimento è iterativo del precetto legislativo e questo implica un approccio del tutto differente. Su questi problemi mi permetto di rinviare ad un mio lavoro monografico, di prossima pubblicazione, su *La forma presa sul serio. Dimensione formale del diritto, azione amministrativa ed illegalità utile*.

²⁴ G. Gardini, *La comunicazione degli atti amministrativi*, Milano, 1996, 146.

²⁵ V. ad esempio L. Ferrara, *Giudizio amministrativo e diritto dei privati*, in <http://www.grupposanmartino.it/contributi.htm>, p. 12,

“prova della resistenza”²⁶, ma pone a carico dell’amministrazione l’onere di dimostrare in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. La previsione è importante poiché la giurisprudenza sembrava orientarsi ad addossare l’onere della prova al ricorrente²⁷, ispirandosi forse ad un orientamento delle corti tedesche in applicazione del § 46 *VwVfG*²⁸.

Anche questo elemento mi pare giochi a sfavore di un giudizio interpretativo incline ad accreditare il “sostanziale” venire meno degli obblighi previsti dagli artt. 7 e 8 della L. 241/1990.

²⁶ Su cui v. G. Gardini, *La nuova disciplina dei vizi dell'atto amministrativo*, in S. Civitarese Matteucci, G. Gardini, a cura di, *Dal Procedimento ...*, cit. 75.

²⁷ «L’omissione della comunicazione comporta l’illegittimità dell’atto conclusivo del procedimento soltanto nel caso in cui il soggetto non avvisato possa poi provare che, ove avesse potuto tempestivamente partecipare al procedimento stesso, avrebbe potuto presentare osservazioni ed opposizioni che avrebbero avuto la ragionevole possibilità di avere un’incidenza causale nel provvedimento terminale» TAR Campania, Salerno, Sez. I, 20.01.2003, n. 31. V. anche Cons. Stato, V, 22 maggio 2001, n. 2823; Id., 21 gennaio 2002, n. 343; TAR Veneto, Sez. III, 11.6.2001, n. 1454. Ad analoghe conclusioni è giunta la giurisprudenza della Corte di Giustizia CE (si v., *ex multis*, sent. 13.02.1979, in C. 146/76, in *Racc. uff.*, 1979, p. 461).

²⁸ Per cui v. D.Galetta, *Violazione di norme sul procedimento amministrativo e annullabilità del provvedimento*, Milano, 2003, 113, nota 173.