

L'invalidità del provvedimento amministrativo dopo la legge 15/2005: nullità ed annullabilità.

di Filippo Lacava

Sommario: 1) L'invalidità come categoria giuridica generale – 2) Collocazione dogmatica della nullità – 2.1) La scarsa rilevanza pratica dell'istituto – 2.2) La dicotomia nullità – inesistenza del provvedimento amministrativo – 2.3) Le tre ipotesi di nullità del provvedimento amministrativo previste dall'art. 21-septies – 2.3.1) Il provvedimento amministrativo carente degli elementi essenziali – 2.3.2) Il difetto assoluto di attribuzione: carenza di potere in concreto o soltanto in astratto? – 2.3.3) Violazione ed elusione del giudicato e connessi profili problematici – 2.4) Ulteriori perplessità concernenti il nuovo regime della nullità – 3) L'annullabilità dell'atto amministrativo – 3.1) La dequotazione dei vizi formali: mera irregolarità o applicazione del principio del raggiungimento dello scopo? – 3.2) I precedenti giurisprudenziali dell'art. 21-octies, comma 2 – 3.3) L'influenza del diritto comunitario sulla disciplina dell'art. 21-octies – 3.4) L'influenza del modello tedesco: l'art. 21-octies come clone mal riuscito della *Verwaltungsverfahrensgesetz* - 3.5) Le perplessità che l'art. 21-octies suscita anche sul piano della legittimità costituzionale - 3.6) Le prime pronunzie della giurisprudenza in materia

1- L'invalidità come categoria giuridica generale

Le disposizioni di cui agli articoli 21 *septies* ed *octies* della legge 241/1990, recentemente aggiunti dalla legge 15/2005, disciplinano rispettivamente ciascuna delle due categorie giuridiche che convenzionalmente sono assorbite nella nozione di invalidità, concetto, questo, descrittivo e dal carattere meramente riassuntivo. Difatti, a giudizio di una parte della dottrina, condiviso anche da chi scrive, l'invalidità in sé e per sé non si risolve che in una pura sommatoria delle caratteristiche proprie delle due autonome e distinte categorie giuridiche in essa compendiate, senza, cioè, acquisire un *quid pluris* che varrebbe a differenziarla facendole acquisire un autonomo rilievo giuridico¹. In quest'ottica l'invalidità rappresenterebbe un contenitore nel quale confluiscono tutte le eterogenee ipotesi di difformità di un atto rispetto al paradigma normativo di riferimento.

2- La nullità: la sua collocazione dogmatica

All'interno di tale calderone concettuale la nullità rappresenta l'ipotesi di allontanamento dal modello astrattamente delineato dal legislatore connotata da maggiore gravità. Infatti, stando al precedente giurisprudenziale più significativo ai fini della collocazione dogmatica dell'istituto *de quo* (nel cui solco sembra peraltro attestarsi il legislatore della riforma), la nullità è la sanzione che scaturisce dalla violazione di quelle norme, le quali, essendo fondate su piani di interessi diversi e ispirate a logiche

¹ Di questo avviso è U. Majello, *La patologia discreta del contratto annullabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, p. 329 e ss., le cui osservazioni, pur essendo afferenti al piano del diritto civile, sono in realtà suscettibili di acquisire rilevanza anche sul terreno più propriamente amministrativistico in considerazione del respiro generale che le connota. Per un approccio invece prettamente riferito alla scienza del diritto amministrativo si veda G. Corso, voce *Validità (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, XLVI, Milano, 1993, p. 94 ss.

diverse, impongono, qualora non vengano rispettate, una qualificazione dell'atto in termini di illegittimità più forte della mera annullabilità².

La violazione di norme che devono essere osservate a pena di nullità esige quindi, secondo i giudici di Palazzo Spada, uno spostamento del fulcro della garanzia dal polo privatistico a quello pubblicistico dell'esercizio del potere, con conseguente ribaltamento della tradizionale prospettiva che vede l'annullabilità come *"la qualificazione tradizionale del provvedimento non conforme a legge idoneo a ledere anche interessi particolari"*. Nel caso della nullità, infatti, il provvedimento, anziché vulnerare interessi particolari, *"favorisce il singolo, attribuendogli utilità che non gli spettano e lede, con effetti continuativi, principalmente interessi pubblici"*, le cui esigenze di tutela impongono un *quid pluris* rispetto alla qualificazione in termini di mera illegittimità, la quale, infatti, si rivela inidonea allo scopo *"vuoi per la presumibile mancanza di soggetti legittimati all'impugnazione, vuoi per le non improbabili remore dell'autorità emanante a esercitare i poteri di autotutela prima della convalescenza dell'atto per decorso del tempo"*.

2.1- La scarsa rilevanza pratica dell'istituto

L'adunanza plenaria tendeva quindi a riconoscere all'istituto della nullità un indubbio spazio operativo, pur dovendosi comunque precisare come esso fosse limitato ad ipotesi tassative, le quali fanno eccezione al principio generale in base al quale la non conformità alla legge dell'atto amministrativo ne determina l'illegittimità *sub specie* di annullabilità. Purtuttavia l'istituto in parola continuava a essere soffocato dalla coppia concettuale costituita da un lato dall'annullabilità e dall'altro dall'inesistenza del provvedimento.

Tutto ciò anche in considerazione del riscontro pratico assolutamente limitato e marginale rilevato in dottrina a seguito di una panoramica complessiva delle varie ipotesi di nullità dell'atto amministrativo. Proprio in questo senso, ad esempio, deponeva l'indagine condotta in proposito da Renato Villata³, il quale ha osservato come la posizione dottrinale tradizionale⁴ che riferiva la nullità al difetto di un elemento costitutivo od essenziale del provvedimento dovesse scontare le incertezze dovute alla mancanza di accordo sul novero degli elementi essenziali del provvedimento.

Pertanto, una simile opzione teorica non consentiva di operare una esauriente ricostruzione dell'istituto, dal momento che al sicuro effetto didattico delle ipotesi di nullità dell'atto amministrativo individuate si accompagnava un difficile riscontro sul piano pratico⁵. Ciononostante, l'autore concludeva la sua indagine ritenendo che, a dispetto del rilievo tutto sommato marginale delle sue concrete manifestazioni, l'istituto in parola era comunque da ritenersi esistente accanto all'illegittimità come forma di invalidità dell'atto amministrativo. Altra parte della dottrina⁶, invece, anche dopo l'Ad.

² Si veda *Cons. di Stato, Ad. Plen., sentenza del 29 febbraio 1992, n. 2* in *Foro amm.*, 1992, p. 319 e ss.

³ Vedi R. Villata, *L'atto amministrativo*, in AA.VV., a cura di L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F. A. Roversi Monaco, F.G. Scoca, *Bologna, 2001, II, pp. 1499 ss.*

⁴ Aderiscono a questo filone Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1958, pp. 392 ss., Virga, *Diritto amministrativo, vol. II, Atti e ricorsi*, Milano, 1995, pp. 114 ss., Galateria – Stipo, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 1994, pp. 385 ss.

⁵ In questo senso sempre Villata, op. cit., p. 1504.

⁶ Si veda in particolare A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1973, pp. 389 ss., in particolare 390-391, per il quale un atto amministrativo era invalido soltanto se e nella misura in cui fosse illegittimo. Al di fuori dell'invalidità così congegnata vi era spazio per la qualificazione dell'atto solo in termini di esistenza – inesistenza. Scrive infatti in proposito l'autore: *"Il nostro ordinamento espressamente considera come invalidanti per gli atti amministrativi, per regola generale, tre vizi di legittimità – l'incompetenza, l'eccesso di potere e la violazione di legge (art. 26 t.u. Cons. di Stato) -, nonché, entro certi limiti, i vizi di merito. Fuori di tali casi e limiti gli atti amministrativi sono da ritenere validi: ma la validità presuppone, naturalmente, che sussista quel certo minimum indispensabile perché un atto amministrativo possa considerarsi esistente... Sembra che gli elementi essenziali per l'esistenza di un atto amministrativo... siano da individuare nel soggetto, nell'oggetto..., nella forma, nel contenuto, nella finalità.*

Plen. del 1992, arrivava a dubitare che la nullità potesse trovare cittadinanza nell'ambito della patologia del provvedimento amministrativo, non potendosi rinvenire alcuno spazio residuo per la sua configurabilità al di fuori di quello ricompreso nell'ambito della relazione dicotomica tra illegittimità (*sub specie di annullabilità*) e inesistenza. Alla stregua di tale orientamento, infatti, l'invalidità del provvedimento amministrativo si risolveva *tout court* nell'annullabilità, secondo il regime delineato dal testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato, il quale si colloca sul punto nel medesimo solco tracciato dalla riforma crispina del 1889.

2.2 - La dicotomia nullità-inesistenza del provvedimento amministrativo

Pertanto, nonostante taluni significativi precedenti giurisprudenziali, per lo più della Suprema Corte di Cassazione in veste di risolutore dei conflitti di giurisdizione⁷, avessero avuto modo di rilevare la sussistenza di stati patologici del provvedimento amministrativo caratterizzati da particolare gravità e come tali non riconducibili al regime dell'annullabilità, quali, ad esempio, quelli collocabili nell'alveo della carenza di potere, gran parte della dottrina⁸ riteneva che anche in quest'ultima ipotesi, stante il mancato verificarsi dell'affievolimento e, quindi, la permanenza in capo ai soggetti destinatari dell'atto di situazioni di diritto soggettivo tutelabili davanti al giudice ordinario, dovesse parlarsi di inesistenza del provvedimento, piuttosto che di nullità. La giurisprudenza in questione, infatti, più che da preoccupazioni di natura dogmatico – ricostruttiva era animata dalla volontà di riconoscere al giudice ordinario un certo spazio di cognizione a tutela dei diritti soggettivi lesi da provvedimenti amministrativi emanati in carenza di potere, per cui non poteva comunque considerarsi risolutiva del controverso nodo problematico relativo alla delimitazione dei confini tra la nullità e l'inesistenza del provvedimento amministrativo.

Tuttavia, permaneva in seno alla dottrina un diffuso scetticismo in ordine alla possibilità di configurare la nullità dell'atto amministrativo come categoria giuridica autonoma e distinta da quella dell'annullabilità, nonostante talune disposizioni di legge, prima fra tutte l'art. 3 del t.u. sugli impiegati civili dello stato⁹, codificassero espressamente tale istituto tra le possibili qualificazioni da dare al provvedimento amministrativo invalido. Si riteneva, infatti, che nelle disposizioni del tipo di quella dianzi richiamata il termine nullità dovesse essere intenso in senso atecnico, con conseguente applicazione alla fattispecie concreta del regime giuridico dell'annullabilità, vale a dire ristretta

...Ragioni di logica giuridica, inerenti al sistema, palesano che un atto amministrativo in tanto può esistere, in quanto tali elementi sussistano e si presentino con certi particolari caratteri. Ove quegli elementi e quei caratteri manchino, un atto idoneo a essere definito come atto amministrativo non potrà considerarsi venuto ad esistenza." Dello stesso avviso B. Mattarella, *Il provvedimento*, in Cassese, (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2000, I, p. 1018, il quale afferma che *"mentre per il contratto la nullità può essere considerato uno stato viziato che determina una situazione simile, ma non identica, a quella dell'inesistenza, per il provvedimento amministrativo l'identificazione tra le due figure è totale, il che rende inutile la distinzione"*. Tuttavia, per una panoramica esauriente delle motivazioni addotte in dottrina per negare alla nullità dignità di figura patologica dell'atto amministrativo si veda A. Piras, *Invalidità (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, vol. XXII, Milano, 1972, pp. 598 ss., in particolare 599-604.

⁷ Si veda *ex plurimis* Cass., Sez. Un., sent. n. 1657 del 1949.

⁸ Vedi *supra*, nota 3.

⁹ Tale disposizione riteneva nulle di pieno diritto le assunzioni di dipendenti pubblici effettuate senza ricorrere ad una procedura concorsuale al di fuori delle ipotesi previste dalla legge.

legittimazione soggettiva ad impugnare l'atto entro un breve termine decadenziale, sanabilità dell'atto, natura costitutiva e non dichiarativa della sentenza¹⁰.

Un diverso orientamento, invece, distingueva tra inesistenza materiale dell'atto amministrativo ed inesistenza giuridica, la quale, invece, dovrebbe essere espunta dall'ordinamento giuridico in quanto coincidente *tout court* con la nullità, rispetto a questa maggiormente meritevole di conservazione in quanto caratterizzata da precisi riscontri normativi¹¹.

Solo con la giurisprudenza pretoria degli anni '90 si pongono i prodromi per la soluzione del nodo problematico relativo all'ammissibilità della nullità, che, finalmente, con la legge 15/2005 viene a tutti gli effetti esplicitamente riconosciuta accanto all'annullabilità come ulteriore manifestazione della patologia del provvedimento amministrativo.

Pertanto, grande merito della riforma della 241 è, sul punto, proprio quello di aver dato dignità legislativa nel campo del diritto amministrativo alla categoria giuridica della nullità, "*come quella che insieme all'annullabilità è predicabile in ordine agli atti amministrativi*"¹², tracciando finalmente le coordinate dello spazio che essa si ritaglierà rispetto all'annullabilità e ponendo i prodromi per la soluzione della *vexata quaestio* relativa al rapporto nullità - inesistenza.

2.3 - Le tre ipotesi di nullità del provvedimento amministrativo previste dall'art. 21-septies

In particolare l'art. 21-septies della legge 241/1990, come rinnovata, codifica espressamente tre diverse ipotesi di nullità del provvedimento amministrativo: 1) difetto degli elementi essenziali del provvedimento amministrativo; 2) difetto assoluto di attribuzione; 3) violazione o elusione del giudicato.

2.3.1- Il provvedimento amministrativo carente degli elementi essenziali

La prima rappresenta la traduzione in termini di diritto positivo dell'indirizzo dottrinale che sosteneva l'applicazione in via estensiva al provvedimento amministrativo del principio codificato dall'art. 1418 comma 2 del codice civile¹³. Orbene, come già rilevato in precedenza, l'impatto pratico dell'innovazione in questione si presenta alquanto modesto, dal momento che concerne più che altro ipotesi rientranti nel novero dei casi di scuola.

Tuttavia, è d'uopo osservare in proposito come il riconoscimento in termini normativi del predetto indirizzo avrebbe dovuto rappresentare un'occasione necessaria per porre fine alla mancanza di concordia rilevata in precedenza in relazione al catalogo degli elementi essenziali del provvedimento. In altre parole, l'espressa previsione della nullità come causa di invalidità del provvedimento amministrativo avrebbe richiesto un maggiore sforzo di chiarezza da parte del legislatore, evitando, quindi, di riversare ancora una volta sulla giurisprudenza un onere ermeneutico di tipo pretorio. Come

¹⁰ Su questo aspetto si sofferma M.S. Giannini, *Diritto amministrativo, op. cit., p. 300*, in particolare p. 302, nonché R. Villata, *op. cit. p. 1502*, il quale osserva come, a dispetto del *nomen iuris* il trattamento riservato a simili fattispecie fosse piuttosto quello dell'annullabilità.

¹¹ In proposito si veda da ultimo il contributo di P.M. Vipiana Perpetua, *Gli atti amministrativi: vizi di legittimità e di merito, cause di nullità ed irregolarità, Padova, 2003, pp. 468 e ss.*

¹² Il corsivo è di Cerulli Irelli, che si esprime in questi termini in *Osservazioni generali sulla legge di modifica della l.241/90, parte V, pagina 1*, su www.giustamm.it.

¹³ Si collocano in questo filone dottrinale Zanobini, *Corso di diritto amministrativo, vol I, Milano 1958, pp. 305 ss.*, nonché P. Virga, *Diritto amministrativo, vol. II, Atti e ricorsi, Milano, 1995, p 114 ss.*; inoltre, sempre dello stesso autore, si veda anche *Il provvedimento amministrativo, Milano, 1972, pp. 392 ss.*

infatti rilevato in uno dei primi commenti¹⁴, “è facile prevedere come, nei prossimi anni, gran parte della giurisprudenza amministrativa sarà impegnata a definire gli elementi essenziali del provvedimento... Infatti, una cosa è rappresentare tali casi dal punto di vista della ricostruzione dogmatica degli istituti, altra cosa è far discendere, dal riconoscimento del loro difetto, la nullità dell'atto”.

2.3.2 - Il difetto assoluto di attribuzione: carenza di potere in concreto o soltanto in astratto?

Per quanto riguarda, invece, la seconda ipotesi di nullità canonizzata dall'art. 21 *septies* è d'uopo rilevare come essa si rifaccia, traducendola in norma, alla dicotomia tra carenza e cattivo uso del potere, coniata allo scopo di agevolare il riparto tra la giurisdizione ordinaria e quella amministrativa¹⁵. Tale orientamento si basa sull'assunto per cui laddove l'amministrazione agisca al di fuori dei poteri che l'ordinamento le riconosce non si verifica l'affievolimento dei diritti soggettivi in interessi legittimi e, pertanto, il privato deve ricorrere alla tutela del giudice ordinario. Viceversa, se l'amministrazione eserciti poteri che le sono stati attribuiti per legge il provvedimento da questa posto in essere acquista forza imperativa ed è pertanto idoneo a degradare eventuali preesistenti diritti soggettivi, con la conseguenza che l'eventuale tutela giurisdizionale, trattandosi di interessi legittimi, va richiesta al giudice amministrativo.

All'interno di questo più generale indirizzo vi è, poi, la posizione più specifica di chi ritiene la carenza di potere sussistente anche quando, pur in presenza di un potere normativamente conferito, manchino nella fattispecie concreta quei requisiti o presupposti che ne condizionano l'effettivo esercizio. Stando a questa impostazione¹⁶, condivisa, come sottolinea Villata, dalla Cassazione a partire dagli anni '60, la giurisdizione ordinaria dovrebbe radicarsi anche nella ipotesi dianzi richiamata, in quanto, difettando i presupposti per il concreto esercizio del potere amministrativo, nessun effetto degradatorio delle posizioni soggettive private dovrebbe potersi verificare, con conseguente impossibilità di devolvere il potere di cognizione della vicenda al giudice amministrativo.

Orbene, si pone, per quest'ultima ipotesi un problema di qualificazione in termini di nullità o di annullabilità del provvedimento adottato in carenza concreta del potere. Infatti, nella misura in cui si ponga l'accento sul mancato verificarsi dell'affievolimento del diritto soggettivo ci si dovrebbe trovare di fronte ad un provvedimento radicalmente inesistente¹⁷ o quantomeno nullo¹⁸. Tuttavia, come precisa Villata¹⁹, dovrebbe trattarsi di una nullità atipica, a *spettro limitato*, caratterizzata, cioè, da un regime del tutto peculiare dal momento che, pur in difetto dei presupposti normativamente previsti è stato comunque esercitato un potere amministrativo espressamente riconosciuto dalla legge, per cui, nell'ipotesi esemplificativa del provvedimento ablatorio emesso senza la previa dichiarazione di

¹⁴ Così si esprime O. Forlenza, in *Guida al diritto*, n. 10 del 12 marzo 2005, p. 47. Nello stesso senso F. Satta *La riforma della legge 241/90: dubbi e perplessità*, p. 3, in www.giustamm.it

¹⁵ Spiccano nell'ambito della sterminata bibliografia relativa alla suddetta impostazione dottrinale i seguenti contributi: Giannini, *Diritto amministrativo*, op. cit., pp. 307 ss.; Sandulli A. M., *Manuale di diritto amministrativo*, op. cit., pp. 668 e ss.; Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2000, pp. 500 ss.; Mattarella, *Il provvedimento*, op. cit., pp. 904 e ss.; G. Corso, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, 1969, pp. 130 e ss.

¹⁶ Sulla distinzione tra carenza di potere in concreto e carenza di potere in astratto si vedano per tutti, R. Villata, *L'atto amministrativo*, op. cit., pp. 1506-1507, nonché G. Corso, *L'attività amministrativa*, Torino, 1999, p. 212.

¹⁷ Di questo avviso M. S. Giannini, (voce) *Atto amministrativo*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, pp. 191 e ss.

¹⁸ In questo senso F. Benvenuti, *Appunti di diritto amministrativo*, Padova, 1959, p. 230; Cannada – Bartoli, *La tutela giudiziaria del cittadino verso la p.a.*, sec. ed., Milano, 1964 p. 93 e p. 133; F. Satta, *Giurisdizione ordinaria e cognizione diretta del provvedimento amministrativo*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1965.

¹⁹ Op. cit., p. 1507.

pubblica utilità o senza rispettare i termini dalla stessa previsti, difficilmente potrebbe ritenersi che il privato destinatario sia rimasto *tout court* proprietario del bene espropriando.

Altro orientamento, invece, pur ritenendo il provvedimento *de quo* lesivo di un diritto soggettivo, lo qualifica in termini di annullabilità, dal momento che esso è comunque il frutto dell'esercizio di un potere amministrativo astrattamente tipicizzato dalla legge, ma illegittimamente esercitato, non ricorrendone nel caso concreto i presupposti canonizzati dall'ordinamento, con conseguente integrazione di taluno dei vizi previsti dall'art. 26 del t.u. Cons. St. Perciò, secondo questo indirizzo, quando l'autorità amministrativa, nell'esplicazione della funzione amministrativa violi, pur senza straripare dai limiti delle attribuzioni, norme di relazione, "*ledendo perciò diritti soggettivi altrui, l'atto da essa posto in essere nondimeno esiste, e possiede i caratteri e gli attributi dell'atto amministrativo, sì da essere operativo ed esecutivo fin quando non venga eliminato dal mondo del diritto mediante un provvedimento di annullamento... Si tratterà dunque semplicemente di un atto illegittimo... e a un tempo lesivo di diritti*"²⁰.

Nulla quaestio, invece, già prima della riforma ove la carenza di potere fosse intesa in astratto. In questo caso, benché l'ipotesi risultasse di difficile verifica, nessun dubbio sorgeva circa la qualificazione del provvedimento in termini di nullità, o di inesistenza, a seconda della posizione prescelta circa la configurabilità o meno dell'istituto in parola come stato patologico dell'atto amministrativo.

A giudizio di chi scrive merito dell'art 21 *septies* è quello di aver finalmente risolto, in senso negativo, il nodo problematico relativo alla riconducibilità dell'atto affetto da carenza di potere in concreto nell'alveo della categoria giuridica della nullità. Si ritiene, infatti, che la locuzione *difetto assoluto di attribuzione* evochi la carenza di potere intesa in senso astratto, per cui, l'intento del legislatore sarebbe proprio quello di circoscrivere sul punto l'area della nullità alle sole evenienze in cui la p.a. agisca in difetto di una qualsiasi previsione normativa che le attribuisca un potere, con conseguente trasposizione sul piano dell'annullabilità delle ipotesi in cui un potere espressamente conferito venga posto in essere in difetto di taluno dei presupposti che ne condizionano in concreto l'esercizio²¹.

Del resto, una simile soluzione normativa, già autorevolmente sostenuta da Sandulli nel modo in precedenza lumeggiato, trova un perfetto addentellato nei lavori preparatori relativi alla proposta di legge di riforma del procedimento amministrativo presentata nella scorsa legislatura da Cerulli Irelli, alla quale, sul punto, sembra volersi rifare la legge 15/2005.

Nel d.l. 6844, infatti, si sosteneva il carattere innovativo rispetto all'impostazione giurisprudenziale prevalente della norma in materia di nullità nella parte in cui escludeva la figura della carenza di potere (da intendersi ovviamente in senso concreto) dal novero delle cause di nullità del provvedimento amministrativo. Per cui, concludeva l'autore²², "*la carenza di potere (in concreto, essendo indubbiamente quella in astratto una figura di nullità) diventa nella presente proposta di legge causa di annullabilità*".

Ed inoltre, a corroborare ulteriormente il predetto assunto milita la considerazione che, ove la tutela prevista dalla legge in caso di annullabilità risultasse insufficiente in relazione ad un provvedimento affetto da carenza in concreto del potere, il legislatore sarebbe comunque libero di ricorrere all'istituto disciplinato dall'art. 21 *septies* della legge 241, stante la clausola di riserva ivi contenuta in base alla quale la nullità del provvedimento ricorre in tutte gli altri casi espressamente previsti dalla legge.

La norma in questione, infatti, ricalcando palesemente il disposto dell'art. 1418 comma 3 cod. civ. si pone a chiusura del sistema delle nullità del provvedimento amministrativo consentendo al *conditor iuris* di ricorrere a tale forma più radicale di invalidità in tutte le ipotesi al di fuori di quelle espressamente codificate in cui lo ritenga necessario, sussistendo talune di quelle ragioni che a giudizio dell'Adunanza

²⁰ Si colloca nell'orientamento dottrinale in questione e suo è il corsivo riportato, A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, I, Napoli, 1973, pp. 400 – 401. Allo stesso ordine di idee sembra appartenere V. Cerulli Irelli, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 2000, pp. 606-607.

²¹ Di questo avviso è anche G. Fares, *L'invalidità del provvedimento amministrativo nella riforma legislativa in itinere*, in *Studium Iuris*, n. 2/2005, pp. 141 e ss., in particolare pp. 142-143.

²² Per una vera e propria interpretazione autentica si veda V. Cerulli Irelli, *Costituzione e amministrazione. Documenti di un itinerario riformatore*, Torino, 2002, P. 412 ss. ed in particolare p. 415.

Plenaria²³ giustificano una qualificazione del provvedimento in termini di illegittimità forte, con conseguente applicazione di un regime più rigoroso quale quello che tradizionalmente si ricollega alla categoria giuridica della nullità.

Ciò testimonia come la legge 15/2005 confermi ancora una volta di aderire pienamente alla ricostruzione dell'istituto della nullità amministrativistica delineata a partire dagli anni '90 dalla giurisprudenza pretoria, in base alla quale la nullità e l'illegittimità del provvedimento amministrativo, ben lungi dal costituire i due rovesci della stessa medaglia, rappresentino il risultato di tecniche normative diverse, fondate su piani di interessi differenti ed ispirate a logiche diverse. Ed ancora, a conferma della possibilità di disciplinare il fenomeno della carenza di potere in modo diverso a seconda dei piani di interessi che assumono effettivamente rilevanza e delle connesse esigenze di tutela, si può osservare come lo stesso Sandulli²⁴ abbia rilevato che le condizioni di esistenza e di validità degli atti giuridici e quindi le relative qualificazioni giuridiche in termini di nullità o di annullabilità "vengono dall'ordinamento stabilite in base ad una libera scelta, e non secondo schemi astratti ed uniformi". Pertanto, corrisponde ad una scelta discrezionale del legislatore comminare la sanzione della nullità o della annullabilità all'ipotesi del provvedimento emanato in assenza delle condizioni alle quali la legge subordini la concreta attribuzione del potere o al di fuori del termine perentoriamente prescritto.

Ebbene, a mente dell'art. 21 *septies* si ritiene che in via generale il nostro ordinamento consideri annullabili gli atti che presentano il vizio appena evocato. Tuttavia, nulla toglie che il legislatore possa derogare all'esigenza di uniformità nella disciplina degli stati viziati del provvedimento allorquando ricorra una precisa causa che giustifichi l'applicazione al medesimo stato viziato di un differente trattamento normativo²⁵. Per concludere, quindi, la carenza di potere in astratto viene sottoposta al regime della nullità; quella in concreto, invece, salvo ragioni che inducano il legislatore ad orientarsi in senso diverso, viene invece ricondotta nell'ambito disciplinare dell'annullabilità.

2.3.3- Violazione ed elusione del giudicato e connessi profili problematici

Per quanto concerne, invece, la terza ipotesi di nullità codificata dalla normativa in commento, si osserva come, in proposito, il novellatore si sia collocato sulla medesima linea di tendenza del filone giurisprudenziale inaugurato dall'Ad. Plen. dei giudici di palazzo Spada con la sentenza n. 6 del 19 marzo 1984²⁶, poi seguita da numerose altre pronunce²⁷. Secondo tale filone, infatti, ove l'amministrazione si ostini a non rispettare la statuizione giurisprudenziale passata in giudicato, emanando provvedimenti formali che con questa si pongono in diretto contrasto, o, nel caso dell'elusione tendono a farlo in maniera surrettizia, tali provvedimenti devono essere qualificati come nulli.

Di avviso contrario chi ritiene che la questione debba essere risolta facendo ricorso alla figura dell'annullabilità, osservando che, se l'interessato si dimostra acquiescente, la determinazione dell'autorità contraria al giudicato si consolida, producendo tutti i suoi effetti²⁸. Tale posizione non appare condivisibile laddove si osservi che la soluzione adottata dal Consiglio di Stato è volta proprio ad evitare che l'acquiescenza del diretto interessato possa consolidare il provvedimento

²³ Il riferimento è alla pronuncia citata in precedenza, n. 2 del 1992, sulla quale si veda meglio *supra*.

²⁴ Sandulli, *Manuale*, *op. cit.*, 1973, p. 390.

²⁵ In questo senso si esprime Aldo Piras, *Invaldità (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, vol. XXII, Milano, 1972, pp. 602 – 603.

²⁶ Pubblicata su *Foro italiano*, 1984, III, 331

²⁷ Per tutte *Cons stato*, sez. IV, 2 ottobre 1989 n. 645; sez. V, 29 ottobre 1991, n. 1286; sez. IV, 20 marzo 1992, n. 304, in *Foro italiano*, 1993, III, pp. 212 e ss., con nota di F. Fracchia, *Violazione del giudicato e nullità del provvedimento*.

²⁸ In quest'ordine di idee pare collocarsi R. Villata, *op. cit.*, pp. 1507- 1508.

amministrazione posto in essere violazione o elusione del giudicato, consentendo a chiunque abbia un interesse, in qualunque tempo, di far valere l'invalidità di un provvedimento siffatto.

Inoltre, la tesi propugnata dal Consiglio di Stato si palesa a maggior ragione condivisibile ove si rilevi, conformemente all'indirizzo pretorio, come nella misura in cui l'accertamento passato in giudicato sia pienamente vincolante per l'amministrazione, non residuando, cioè, in capo a questa alcun margine di discrezionalità, un provvedimento eventualmente adottato in contrasto con questo sia viziato da carenza di potere. Nell'ipotesi in cui, invece, dalla sentenza che ha acquisito la forza propria del giudicato derivino in capo all'amministrazione vincoli non così stringenti, disponendo questa di un certo spazio di discrezionalità, l'atto eventualmente confliggente con le statuizioni della sentenza sarebbe viziato da cattivo uso del potere amministrativo e come tale meritevole di annullamento, piuttosto che di declaratoria di nullità²⁹. Sul punto si registra il più assoluto silenzio da parte della novella.

Ancora una volta, quindi, il legislatore omette di porre in essere il necessario coordinamento tra i principi codificati dalla novella e le regole giurisprudenziali che già prima della legge 15/2005 costituivano *ius receptum*, ma che tuttavia non sono state espressamente tradotte in termini normativi dalla recente riforma, gravando ancora una volta la giurisprudenza di un tale sforzo di coordinamento in sede di interpretazione dell'art. *septies*. Pertanto, sarebbe stata auspicabile sul punto maggiore chiarezza da parte del legislatore.

Al comma 2 della disposizione in commento viene invece affrontato il problema relativo alla giurisdizione in materia di nullità dei provvedimenti amministrativi in violazione o elusione del giudicato, devolvendo il relativo potere di cognizione al giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva. La disposizione deve essere interpretata restrittivamente, vale a dire nel senso che la giurisdizione esclusiva ivi prevista si vada ad affiancare e non a sostituire a quella di merito riconosciuta dalla legge in tema di ricorso per l'ottemperanza del giudicato amministrativo³⁰. D'altronde, non potrebbe essere diversamente stante la diversità di presupposti tra il rimedio di cui all'articolo 21 *septies* della legge 241 e l'istituto del giudizio di ottemperanza di cui all'art. 27 n. del t.u. n. 1054/24. Infatti, mentre quest'ultimo rimedio presuppone il mero obbligo di conformarsi al giudicato da parte della p.a.; l'attivazione della giurisdizione esclusiva ex art. 27 *septies* richiede, invece, un *quid pluris* rappresentato dall'adozione di un provvedimento, che, ben lungi dal conformarsi al giudicato, si pone in contrasto con questo.

Vengono perciò fugate le perplessità avanzate da F. Satta, il quale osserva come una lettura diversa della norma in commento avrebbe prodotto l'effetto perverso di dimidiare uno strumento essenziale per garantire l'effettività della tutela giurisdizionale³¹. Pertanto, a giudizio di chi scrive, l'azionabilità dell'obbligo gravante sulla p.a. di conformarsi al giudicato, piuttosto che subire un depotenziamento per effetto della novella in parola, risulta altresì potenziata grazie all'introduzione di un ulteriore rimedio, che, in presenza di differenti presupposti, si aggiunge a quello disegnato dal t.u. sul Consiglio di Stato per completare, piuttosto che ridurre il mosaico della tutela giurisdizionale del cittadino nei confronti della p.a.

2.4- Ulteriori perplessità concernenti il nuovo regime della nullità

²⁹ Per la distinzione di matrice pretoria tra giudicato pienamente vincolante per l'amministrazione e giudicato a seguito del quale residua in capo alla stessa un certo spazio di discrezionalità, con le ovvie conseguenze in termini di sanzione del provvedimento con esso contrastante si vedano *Cons. di Stato, sez. IV, 20 marzo 1992, n. 304*, in *Foro italiano, 1993, III, pp. 212 e ss.*, con nota di F. Fracchia, *Violazione del giudicato e nullità del provvedimento*, nonché *Cons. di Stato, sez. V, sentenza n. 494/1993*.

³⁰ Dello stesso avviso G. Caruso, in *Guida al diritto, n. 10 del 12 marzo 2005, pp. 78 – 79*.

³¹ Vedasi Satta, *op. cit.*, p. 3, su www.giustamm.it.

Al termine di questo esame a 360 gradi sul volto che la nullità del provvedimento amministrativo ha assunto per effetto della riforma della legge 241 è d'uopo comunque osservare come l'intervento normativo in questione non vada esente da censure ulteriori rispetto a quelle già evidenziate in precedenza. In primo luogo ove si tenga presente il silenzio della novella in tema di regime della nullità, anche se, in proposito, si può ragionevolmente ritenere che, in mancanza di indicazioni in senso contrario debba estendersi alla nullità del provvedimento amministrativo il regime civilistico, caratterizzato dalla improduttività di effetti del provvedimento nullo, dalla rilevabilità anche d'ufficio del vizio, dalla imprescrittibilità dell'azione e dalla possibilità di conversione³².

Sicuramente più grave si palesa l'altra omissione del legislatore che in questa sede si intende rilevare, vale a dire la mancanza di qualsiasi precisazione circa l'autorità giudiziaria (ordinaria o amministrativa) di fronte alla quale far valere la nullità del provvedimento ed i termini (azione dichiarativa o di accertamento costitutivo) anche cronologici entro i quali il ricorso alla tutela giurisdizionale sia ammesso, soprattutto in considerazione delle divergenze notevoli verificatesi in passato tra la Corte di Cassazione ed il Consiglio di Stato³³.

Ferma restando, quindi, la necessità di un'interpretazione creativa da parte della giurisprudenza, o, più opportunamente di un intervento correttivo da parte del legislatore, è comunque da salutare con favore l'intervento codificatorio che anima l'art. 21 *septies*, dal momento che esso ritaglia con sufficiente precisione l'ambito di operatività della nullità rispetto alla figura dell'annullabilità, pur non intaccando il tradizionale *favor* verso quest'ultima, che, ancora una volta si conferma come forma di invalidità dell'atto amministrativo privilegiata dall'ordinamento giuridico.

Viene invece risolta a favore della nullità la tradizionale dicotomia che la oppone all'inesistenza, la quale, ammesso che abbia ancora cittadinanza all'interno del nostro diritto amministrativo rimane confinata nell'ambito puramente teorico delle ipotesi in cui l'atto non abbia acquistato come tale rilevanza giuridica per l'ordinamento, mentre la nullità copre lo spazio ben più ampio caratterizzato dalle ipotesi in cui l'atto, pur essendo giuridicamente rilevante come tale, sia inidoneo a produrre gli effetti giuridici tipici, per le ragioni evidenziate dall'art. 27 *septies*, lette alla luce dell'Ad. Plen. n. 2 del 1992, la quale, rappresenta tuttora la pietra angolare della qualificazione del provvedimento amministrativo in termini di nullità in senso tecnico, piuttosto che di illegittimità.

3- L'annullabilità dell'atto amministrativo

Venendo alla disciplina in materia di annullabilità dell'atto amministrativo si rileva come essa rappresenti una delle innovazioni più discusse e discutibili dell'intero complesso normativo che dà vita alla legge 15/2005 nella parte in cui introduce due specifiche ipotesi di irrilevanza, ai fini dell'annullamento del provvedimento amministrativo, dei vizi derivanti dalla violazione delle norme inerenti il procedimento o la forma degli atti: la prima concerne il provvedimento amministrativo vincolato, il quale, pur essendo affetto da taluno dei vizi dianzi richiamati, non è annullabile ove risulti palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato; la seconda, invece, riguarda specificamente il vizio relativo alla mancata comunicazione dell'avvio del procedimento, ma si estende, però, sia all'attività amministrativa vincolata che a quella discrezionale³⁴. Se non fosse così, infatti, essa si risolverebbe in un mero doppiopiede dell'altra eccezione parimenti disciplinata dall'art. 21 *octies*, il quale, nell'ipotesi in questione stabilisce che "*il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora*

³² In senso conforme, G. Fares, *op. cit.*, p. 142.

³³ In quest'ottica, G. Caruso, *op. cit.*, p. 78.

³⁴ Dello stesso circa l'estensione dell'irrilevanza della mancata comunicazione dell'avvio del procedimento anche all'attività discrezionale è V. Cerulli Irelli, *op. cit.*, parte V, pag. 11 - 12, su www.giustamm.it.

l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato".

Nulla quaestio, invece, per quanto riguarda il primo dei due commi di cui si compone la disposizione in commento, dal momento che esso, soprattutto dopo le modifiche apportate dalla Camera dei deputati nella seduta del 14 gennaio 2004³⁵, si colloca nel solco di una produzione legislativa e di una elaborazione giurisprudenziale più che secolari, salva la precisazione che, nel caso di specie, l'art. 21 *octies* si distingue per la sua natura di norma sostanziale e non processuale come invece è l'art. 26 del t.u. Cons. Stato, disposizione palesemente ricalcata dalla novella in commento nella parte in cui fa riferimento ai vizi di violazione di legge, eccesso di potere, incompetenza, come quelli che danno luogo all'annullabilità dei provvedimenti amministrativi.

3.1- La dequotazione dei vizi formali: mera irregolarità o applicazione del principio del raggiungimento dello scopo?

Tornando, invece, a quanto statuito dal secondo comma dell'art. 21 *octies* mette conto rilevare come, a seguito dell'innovazione normativa in commento, abbia fatto ingresso nell'ambito della disciplina in materia di invalidità dell'atto amministrativo il principio del raggiungimento dello scopo³⁶. Tale principio si pone, a giudizio di chi scrive, come limite al potere di annullamento in sede giurisdizionale del provvedimento amministrativo illegittimo affetto da vizi formali che non siano in grado di vanificare la pretesa del ricorrente ad ottenere il bene della vita al quale ha titolo³⁷.

Come ritenuto da autorevole dottrina³⁸, che in questa sede si intende condividere, le due ipotesi contemplate dall'art 21 *octies* comma 2, a dispetto della diversa formulazione letterale, rappresentano manifestazioni dello stesso istituto destinato "*ad operare sempre e comunque nel giudizio ed ope exceptionis*"³⁹. In altre parole, di fronte ad un provvedimento amministrativo illegittimo e come tale oggetto di impugnazione da parte di un privato cittadino spetta alla p.a. dimostrare in giudizio che l'omissione in cui questa è incorsa sia stata irrilevante rispetto all'esito del procedimento. In quest'ottica, quindi, il provvedimento amministrativo viziato dalla mancata osservanza delle norme sul procedimento o sulla forma degli atti, pur dovendosi qualificare in termini di invalidità, non viene assoggettato alla sanzione dell'annullamento se non nella misura in cui il vizio formale si riverbera sul risultato sostanziale della vicenda amministrativa, comportando anche da un punto di vista concreto il fallimento della norma violata⁴⁰.

Pertanto, il principio del raggiungimento dello scopo (quest'ultimo inteso non come finalità dell'atto in senso stretto, ma in senso più ampio, vale a dire come sinonimo dell'interesse pubblico che

³⁵ Per un quadro più esauriente delle modifiche *de quibus* si rimanda a quanto detto in precedenza in relazione all'iter parlamentare della legge 15/2005.

³⁶ Tale nozione in precedenza era stata codificata dall'articolo 156 comma 3 c.p.c., il quale statuisce l'impossibilità di dichiarare la nullità degli atti processuali ove il loro scopo sia stato comunque raggiunto. Per il significato che tale principio assume nella scienza del diritto amministrativo si veda G. Corso, voce *Validità (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, vol. XLVI, Milano, 1993, pp. 95 e ss.

³⁷ Sulla necessità ai fini dell'annullamento che il provvedimento amministrativo affetto da vizi formali sia in grado di frustrare la pretesa del ricorrente si sofferma V. Cerulli Irelli, *Note critiche in materia di vizi formali degli atti amministrativi*, in *Dir. Pubbl.*, 2004, p. 213.

³⁸ Così si esprime A. Romano, *Prime osservazioni sulla legge di riforma della L. n. 241/90.*, p. 7, su www.giustamm.it.

³⁹ E' sempre di A. Romano il corsivo riportato nel testo.

⁴⁰ Questa sembra essere la *ratio* dell'innovazione in commento non soltanto per Antonio Romano, ma anche per Diana - Urania Galetta, *Notazioni Critiche sul nuovo articolo 21 octies della legge 241/90*, pp. 2-4, su www.giustamm.it. Per maggiori delucidazioni, della stessa autrice si veda anche *L'annullabilità del provvedimento amministrativo per vizi del procedimento*, Milano, 2003.

giustifica l'esercizio del potere amministrativo⁴¹, il quale si considera soddisfatto ove si pervenga ad una decisione intrinsecamente legittima dal punto di vista della sostanza) pur non facendo venir meno l'antigiuridicità della violazione di legge sul procedimento o sulla forma degli atti, postula ai fini dell'applicazione della sanzione che l'ordinamento ricollega a tale violazione, una valutazione in termini di meritevolezza della reazione sanzionatoria che spetta al giudice⁴² compiere al fine di eliminare "la sproporzione che spesso viene denunciata tra il bisogno di tutela del privato e lo strumento processuale dell'annullamento"⁴³. Ne consegue che l'art. 21 *octies* non opera sul piano dell'integrazione del precetto, nel senso, cioè, di espungere dall'alveo dell'invalidità del provvedimento amministrativo quegli atti affetti dai vizi di cui al comma 2 della disposizione *de qua*, bensì su quello della sanzione, giustificando l'applicazione della stessa solo ed esclusivamente laddove essa risulti proporzionata al *vulnus* effettivamente arrecato alla funzionalità dell'attività della p.a. dal vizio denunciato in sede di impugnazione dell'atto. Perciò, il vizio, pur rimanendo tale, non comporta annullamento ove non abbia concretamente influito sull'esito della vicenda amministrativa.

Tanto premesso, non si ritiene condivisibile quella ricostruzione dell'art. 21 *octies*, alternativa a quella qui propugnata, in base alla quale il comma secondo della disposizione *de qua* darebbe adito sul piano del diritto positivo a due specifiche ipotesi di irregolarità dell'atto amministrativo⁴⁴, istituto, quest'ultimo, la cui configurabilità è da taluno⁴⁵ messa in dubbio e che, comunque, non è oggetto di ricostruzioni uniformi e pacifiche in ambito dottrinale⁴⁶. Orbene, stando all'insegnamento di Massimo Severo Giannini, nell'alveo applicativo dell'irregolarità dovrebbero rientrare tutte quelle fattispecie che, pur presentando tratti difformi rispetto allo schema normativo astratto, si distinguono come figure minori di anormalità del provvedimento e, come tali, non danno luogo all'invalidità dell'atto risolvendosi altresì in una "sorta di inosservanza di legge, ma di minor conto e perciò innocua", che, pertanto, non comporta vizio. Ciò in quanto, secondo Giannini, l'atto irregolare, pur in contrasto con la lettera, è pienamente aderente allo spirito della norma, la quale, perciò, non risulta sostanzialmente

⁴¹ In questo ordine di idee si collocano sia Romano, *op. cit.* p.7, che Diana Galetta, *Notazioni Critiche...op. cit.*, p. 4, entrambi su www.giustamm.it.

⁴² Questo era del resto lo spirito che animava anche il dl presentato nella scorsa legislatura da Vincenzo Cerulli Irelli, *Costituzione e amministrazione*, *op. cit.*, p. 413, il quale osservava, in senso conforme a quanto sostenuto in questa sede, che "resta ovviamente ferma la competenza del giudice a stabilire quando, nelle singole fattispecie, la violazione normativa sia sostanzialmente rilevante e, quindi, sanzionabile".

⁴³ In questo senso G. Corso, *L'attività amministrativa*, *op. cit.*, p. 217, il quale, scrivendo prima della riforma, partiva dal presupposto dell'assenza nel nostro ordinamento di una norma che sancisse la distinzione tra vizi rilevanti e vizi irrilevanti ai fini dell'annullamento, sottolineando che la giurisprudenza, come si vedrà tra poco, si fosse preoccupata di individuare una serie di casi nei quali il vizio formale non era sanzionato con l'annullamento non avendo influito sull'esito della vicenda amministrativa.

⁴⁴ Nell'ambito dei primi ed ancora superficiali commenti sembrano collocarsi in questo ordine di idee G. Fares, *op. cit.*, su *Studium Iuris* n. 2/2005, p. 146; C. Biondi, *L'introduzione del capo - IV bis sulla efficacia ed invalidità del provvedimento amministrativo e su revoca e recesso*, in Biondi – Moscara – Ricciardi, *op. cit.*, p. 113 e, per certi aspetti, V. Cerulli Irelli, *Osservazioni generali sulla legge di modifica della l.241/90*, *op. cit.*, parte V, pp. 8 e ss., su www.giustamm.it.

⁴⁵ Di questo avviso è, ad esempio, G. Guarino, *Atti e poteri amministrativi*, Milano, 1994, p. 243.

⁴⁶ Sull'irregolarità dell'atto amministrativo si vedano, per tutti, M. S. Giannini, *Diritto amministrativo*, vol. I, Milano, 1970, p. 609, nonché 645 e ss.; F. Cammeo, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1960, p. 596, il quale, però, usa il termine imperfezione; A. Romano Tassone, *Contributo sul tema dell'irregolarità degli atti amministrativi*, Torino, 1993; S. D'Antonio, *Alcune considerazioni in tema d'irregolarità degli atti amministrativi*, in *Foro amministrativo*, 1998, pp. 3251 e ss.; D. – U. Galetta, *L'annullabilità del provvedimento amministrativo per vizi del procedimento*, Milano, 2003, pp. 159 e ss.; F. Luciani, *Il vizio formale nella teoria dell'invalidità amministrativa*, Torino, 2003, pp. 342 e ss., ove si fa una distinzione tra irregolarità debole, conseguente alla violazione di una norma secondaria, il cui carattere non cogente la rende trascurabile e quindi non suscettibile di essere qualificata in termini di illegittimità e irregolarità forte, la quale, pur scaturendo dalla violazione di norme cogenti sulla forma o sulla procedura, non compromette comunque il conseguimento dello scopo che esse si prefiggono ed è pertanto esclusa dal regime di invalidità sulla base di una valutazione in termini di ragionevolezza della reazione sanzionatoria.

violata. In questi casi, secondo la prefata dottrina, il principio di conservazione del provvedimento impone al giudice di non ricondurre la fattispecie concreta sotto il regime dell'invalidità giacché alla mera violazione testuale della norma non si accompagna alcuna conseguenza pregiudizievole per la cura dell'interesse concreto o per la tutela di situazioni giuridiche altrui.

Una siffatta impostazione metodologica, per quanto autorevole, non si attaglia, però, alla disposizione dell'art. 21 *octies*. Esso, infatti, non elide la qualificazione in termini di illegittimità del provvedimento amministrativo affetto da vizi formali, ma ha il solo effetto di rimettere al giudice, nel quadro di un giudizio impugnatorio, il potere di valutare *ex post*, se, pur sussistendo in astratto un vizio invalidante, esso, nel caso di specie, non rilevi concretamente ai fini dell'annullamento del provvedimento, dal momento che, essendo stato comunque raggiunto lo scopo dell'atto, il ricorso ad una sanzione di tipo caducatorio si rivelerebbe del tutto sproporzionato rispetto alle concrete esigenze di tutela del privato ricorrente. A sostegno di tale impostazione milita innanzitutto l'ovvio rilievo⁴⁷ su come, in base alla ricostruzione cui non si intende aderire, sia oltremodo difficoltoso circoscrivere il novero delle ipotesi in cui sia possibile escludere in maniera aprioristica ed astratta che la violazione di norme sulla forma degli atti o sul procedimento possa condurre ad una qualificazione in termini di illegittimità del provvedimento poiché la difformità rispetto alla fattispecie normativa astratta riguarderebbe soltanto la forma, ma non lo spirito della norma, che, pertanto, non risulta sostanzialmente vulnerata.

Tuttavia, l'argomentazione che più di ogni altra sembra assumere valenza euristica nel senso qui ipotizzato è quella per cui ove si ritenesse che la norma in parola si collochi nel solco dottrinale tracciato da chi esclude la qualificazione in termini di illegittimità dell'atto affetto da vizi formali, segnatamente nelle ipotesi disciplinate dalla novella in commento, si dovrebbe necessariamente ammettere come con la previsione del secondo comma dell'art. 21 *octies* si sia definitivamente decretato, attraverso la dequotazione di alcune violazioni di legge in termini di mere irregolarità formali, il tramonto del principio per cui le norme di diritto pubblico sono, salvo rarissime eccezioni, inderogabili⁴⁸. Orbene, una tale scelta normativa, da taluno ritenuta "*senz'altro possibile e sicuramente ammissibile in linea teorica*"⁴⁹ non può essere condivisa per il suo contenuto potenzialmente eversivo di postulati indeclinabili su cui si basa il nostro ordinamento giuridico quali il principio di divisione dei poteri e l'azionabilità delle posizioni giuridiche soggettive lese da atti della pubblica amministrazione. Difatti, degradare al rango di irregolarità formali che non danno luogo ad illegittimità dell'atto le violazioni di legge menzionate dall'art. 21 *octies* della normativa in commento significherebbe rimettere all'arbitrio della p.a. la scelta se rispettare o meno la ineludibile valenza garantistica che le norme sulla procedimentalizzazione dell'*agere* amministrativo rivestono nei confronti dei cittadini che entrano in relazione con i pubblici poteri. In quest'ottica, pertanto, il carattere inderogabile di norme pubblicistiche quali quelle che disciplinano l'invalidità degli atti amministrativi risponde ad un'esigenza di ordine pubblico, vale a dire quella di assoggettare il potere esecutivo nell'esercizio della funzione amministrativa al controllo di altro potere, quello giurisdizionale, al fine di reprimere e sanzionare eventuali abusi ai danni dei cittadini. Laddove, pertanto, questa esigenza venisse disconosciuta rischierebbe di essere compromesso quel sistema di *checks and balances* che costituisce l'essenza dello stato di diritto nella sua versione più compiuta. D'altronde, basterebbe fare riferimento alla kelseniana *Reine rechtslehre* (dottrina pura del diritto) per capire come la prassi amministrativa rappresenti l'applicazione di principi superiormente posti dalle norme di diritto pubblico. Ne consegue che la

⁴⁷ Per il quale si rimanda più approfonditamente a D. - U. Galetta, *L'annullabilità del provvedimento amministrativo per vizi del procedimento*, op. cit., pp. 170 e ss.

⁴⁸ Le frasi riportate sono di Guerino Fares, op. cit., p. 147, il quale, però, ritiene ammissibile una siffatta ricostruzione del fenomeno.

⁴⁹ In questo senso, oltre al già citato scritto di Fares sembra deporre anche A. Police, *L'illegittimità dei provvedimenti amministrativi alla luce della distinzione tra vizi c.d. formali e vizi sostanziali*, in *Dir. amm.*, 2003, p. 783, da cui è tratto il corsivo riportato nel corpo del testo.

tendenziale inderogabilità delle norme pubblicistiche non può che ammettere eccezioni rigorosamente tassative e come tali oggetto di interpretazioni *stricti iuris*.

Ciò premesso, non si ritiene che la formulazione così ampia dell'art. 21 *octies* possa considerarsi rispettosa dei limiti tracciati in precedenza, per cui, una interpretazione del tipo di quella dianzi richiamata porrebbe seri problemi di tenuta del quadro complessivo delle garanzie dei cittadini nei confronti della p.a. Pertanto, la violazione delle norme sul procedimento, ben lungi dal poter costituire una mera irregolarità, non può che condurre alla invalidità del provvedimento amministrativo, la quale, al fine di preservare il principio di divisione dei poteri, non può che essere fatta valere in ultima analisi dinanzi alla giurisdizione. Solo il giudice e non la p.a. stessa può, poi, decidere di non assoggettare a sanzione il provvedimento illegittimo o di non farlo ove lo scopo sia stato comunque raggiunto. Ferme le superiori considerazioni si può quindi chiosare sul punto richiamando autorevole dottrina⁵⁰ laddove osserva che *“il legislatore della riforma è intervenuto soltanto avuto riguardo alle conseguenze connesse all'invalidità del provvedimento viziato nella forma o nel procedimento. Ma non, invece, con riguardo alla qualificazione del vizio da cui detto provvedimento risulti affetto: trattasi, cioè, pur sempre, di un provvedimento affetto da una illegittimità sotto il profilo della violazione di legge e che potrebbe astrattamente condurre al suo annullamento”*. In buona sostanza, nelle ipotesi di cui all'art. 21 *octies* il provvedimento è e resta illegittimo, per cui il raggiungimento dello scopo produce il solo effetto di inibire l'applicazione della sanzione.

3.2- I precedenti giurisprudenziali dell'art. 21-*octies*, comma 2

L'esigenza di mitigare il ricorso alla tutela caducatoria dei provvedimenti amministrativi affetti da vizi formali in caso di raggiungimento dello scopo non è stata avvertita per la prima volta dal legislatore della riforma del procedimento amministrativo, ma si colloca bensì nel solco di un ricco panorama giurisprudenziale nel cui contesto sono stati isolati una serie di casi nei quali, stante l'irrilevanza del vizio ai fini del contenuto dispositivo del provvedimento, non si è ritenuto di dover comminare la sanzione dell'annullamento astrattamente prevista dalla legge per quella specifica ipotesi di difformità dal paradigma normativo di riferimento.

Si pensi ad esempio alle pronunce in tema di mancata indicazione del nominativo del responsabile del procedimento⁵¹ o a all'ampia applicazione che il principio di strumentalità delle forme ha trovato in materia di procedimenti elettorali, nel cui ambito giustificano l'annullamento del provvedimento impugnato solo quei vizi tali da alterare lo scopo della disposizione violata, influenzando sulla sincerità e sulla libertà del voto⁵².

Ed ancora, particolarmente copiosa si rivela la giurisprudenza in materia di comunicazione di avvio del procedimento, la cui omissione, già prima della specifica previsione ad essa dedicata dall'art. 21 *octies*, non determinava l'annullamento del provvedimento amministrativo ove lo scopo cui l'art. 7 tendeva fosse stato *aliunde* raggiunto⁵³. In particolare tale indirizzo tendeva a considerare irrilevante la comunicazione di avvio ove si trattasse di atti dovuti e vincolati, in relazione ai quali non poteva essere

⁵⁰ Si veda D.- U. Galetta, *Notazioni Critiche sul nuovo articolo 21 octies della legge 241/90, p. 4, su www.giustamm.it*.

⁵¹ Si veda per tutte *Cons. di Stato, sez. VI, sent. n. 597/1999*.

⁵² *Ex plurimis Cons. di Stato, sez. V, sent. n. 5157 del 2002, nonché Tar Trento, sentenza n. 222 del 1999* ove si è statuito che *“la mancata chiusura delle tabelle di scrutinio non comporta l'inattendibilità dei dati da esse risultanti...giacché tale carenza non impedisce, mediante la verifica incrociata dei due esemplari dei verbali, l'esatta individuazione della volontà espressa dagli elettori”*.

⁵³ Si vedano ad esempio *Cons. di Stato, sez. VI, sent. n. 999 del 1996, nonché sez. IV, n. 3/1996 e 5003/2002*.

lasciato alcuno spazio agli strumenti partecipativi⁵⁴, con la precisazione che la nozione di atto vincolato doveva intendersi restrittivamente, per cui ne erano esclusi quei provvedimenti che, pur privi di contenuto discrezionale, richiedevano accertamenti tecnicamente complessi⁵⁵.

In senso conforme, altra pronuncia dei giudici di Palazzo Spada stabiliva che *“la comunicazione di avvio del procedimento dovrebbe diventare superflua quando: l'adozione del provvedimento finale è doverosa (oltre che vincolata) per l'amministrazione; i presupposti fattuali dell'atto risultano assolutamente incontestati dalle parti; il quadro normativo di riferimento non presenta margini di incertezza sufficientemente apprezzabili; l'eventuale annullamento del provvedimento finale, per accertata violazione dell'obbligo formale di comunicazione non priverebbe l'amministrazione del potere (o addirittura dovere) di adottare un nuovo provvedimento di identico contenuto”*⁵⁶. In quest'ultimo caso, infatti, stante la possibilità di predeterminare *tout court* il contenuto della decisione amministrativa, si riteneva non dovesse sussistere la *ratio* che impone a pena di annullamento la partecipazione del privato al procedimento, la quale veniva altresì rinvenuta nell'ipotesi in cui, come già evidenziato nella pronuncia richiamata in precedenza⁵⁷, *“i presupposti del provvedimento da adottare, pur se stabiliti in modo preciso e puntuale dalle norme, richiedano comunque un accertamento, nel cui ambito deve essere garantita al privato la possibilità di prospettare fatti e argomenti in suo favore”*.

Pertanto, con specifico riferimento all'omessa comunicazione dell'avvio del procedimento, si rileva come l'art. 21 *octies* vada ben oltre le posizioni della giurisprudenza pregressa, considerando irrilevante l'istituto in parola persino nell'ipotesi in cui il privato non sia stato messo in condizione di partecipare al procedimento volto all'emanazione di un provvedimento discrezionale. Si tratta, a giudizio di chi scrive, di una soluzione normativa che, come si vedrà meglio *infra*, non può considerarsi immune da critiche non solo sul piano della coerenza sistematica, ma anche su quello della legittimità costituzionale, in relazione all'art. 97 della nostra Carta costituzionale.

3.3- L'influenza del diritto comunitario sulla disciplina dell'art. 21-*octies*

Dopo questo esame delle pronunce giurisprudenziali che in un certo senso possono considerarsi anticipatrici delle scelte normative adottate dalla legge 15/2005 è d'uopo rilevare come sulla riforma del processo amministrativo abbiano influito anche rilevanti suggestioni provenienti dal diritto comunitario. Difatti, la trasposizione in ambito sostanziale del processualistico principio del raggiungimento dello scopo non può che dar seguito a precise indicazioni di ascendenza sopranazionale, ove si consideri che l'art. 230 comma 2 del trattato CE, come modificato dal trattato di Maastricht, attribuisce alla Corte di Giustizia il potere di giudicare sulla legittimità degli atti adottati congiuntamente dal Parlamento europeo e dal Consiglio, sugli atti del Consiglio, della Commissione e della BCE che non siano raccomandazioni o pareri, nonché sugli atti del parlamento destinati a produrre effetti giuridici nei confronti dei terzi, pronunciandosi, a tale scopo, tra gli altri, sui ricorsi per violazione delle forme sostanziali proposti da uno Stato membro, dal Consiglio o dalla Commissione. E' evidente come in tal caso, la violazione delle norme sulla forma degli atti non può mai essere fine a se stessa, ma è sanzionabile solo ove si sia riverberata sulla sostanza dell'atto, incidendo in maniera concreta sul suo contenuto dispositivo. Difatti, come osserva sul punto la dottrina⁵⁸ il vizio di cui si tratta rileva principalmente sotto tre aspetti, tutti essenziali affinché il contenuto sostanziale dell'atto

⁵⁴ Si veda *Cons. di Stato, sez. IV, sent. n. 1381/2001* in materia di procedimenti di espulsione dal territorio nazionale di cittadini extracomunitari.

⁵⁵ In questo senso *Cons. di Stato, sez. V, sent. n. 474/1998*.

⁵⁶ *Cons. di Stato, sez. V, sent. n. 2823/2001*.

⁵⁷ *Cons. di Stato, sez. V, sent. n. 474/1998*

⁵⁸ Così G. Strozzi, *Diritto dell'Unione europea, parte istituzionale, Torino, 2001, pp. 283-284*.

possa definirsi rispettoso delle garanzie degli interessati: garanzie di procedura relative alla formazione degli atti, come le modalità di votazione in seno alle istituzioni⁵⁹; rispetto delle forme essenziali per tutelare la posizione degli interessati nella procedura di adozione degli atti e nelle procedure non contenziose⁶⁰; obbligo di motivazione, il cui rispetto è necessario per mettere i destinatari in condizione di comprendere la portata dell'atto e poter così eventualmente agire a tutela dei propri interessi⁶¹.

3.4- L'influenza del modello tedesco: l'art. 21-*octies* come clone mal riuscito della *Verwaltungsverfahrensgesetz*

Tuttavia, il modello che più di ogni altro ha pesato sulla soluzione normativa prescelta dal legislatore è rappresentato dalla *Verwaltungsverfahrensgesetz*, vale a dire la legge tedesca sul procedimento amministrativo del 25 maggio 1976, nella versione successiva alla novella del 12 settembre 1996, e, segnatamente il § 46, il quale, statuisce che l'annullamento di un atto amministrativo che non sia nullo “non può essere preteso per il solo fatto che esso sia venuto in essere in violazione di disposizioni sul procedimento, sulla forma degli atti o sulla competenza territoriale, ove risulti in maniera palese che la violazione non abbia influito sul contenuto della decisione”⁶².

Tuttavia, nonostante l'apparente somiglianza tra l'art. 21 *octies* comma 2 e il prefato § 46, ben diverso è il rilievo che le due previsioni assumono negli ordinamenti di cui fanno rispettivamente parte, ove si tenga conto delle evidenti distonie che la versione italiana presenta rispetto al modello di riferimento della *Verwaltungsverfahrensgesetz*. Innanzitutto, bisogna tener conto che il § 46 fa parte di un sistema di giustizia amministrativa, che, a differenza di quello italiano, nel quale il sindacato di merito è circoscritto entro le strette maglie applicative dell'art. 27 del t.u. n. 1054 del 1924, consente al giudice, nella ricerca della sola decisione adatta alle peculiarità del caso concreto⁶³, di ripercorrere l'iter procedimentale.

Ma non basta ancora. Vi è, infatti, una ulteriore l'argomentazione che consente di affermare, senza possibilità alcuna di revoca in dubbio, la piena coerenza del § 46 della *Verwaltungsverfahrensgesetz* rispetto alle caratteristiche dell'ordinamento tedesco senza però poter dire altrettanto dell'art. 21 *octies* comma secondo della legge in commento nei confronti dell'ordinamento italiano. Infatti, in Germania, proprio al fine di limitare il sindacato il più possibile il sindacato giurisdizionale sull'opportunità degli atti amministrativi, che, pur essendo ammesso nei limiti sopra delineati, viene comunque considerato una indebita ingerenza nella sfera propria della p.a.⁶⁴, il § 45 della citata legge sul procedimento prevede l'espletamento di un ricorso introduttivo di un procedimento contenzioso preliminare dinanzi all'amministrazione, il c.d. *Vorverfahren*, che si atteggia come presupposto necessario per l'esercizio

⁵⁹ Si veda ad esempio *Corte di Giustizia europea, sentenza del 23 febbraio 1988, Regno Unito c. Consiglio, causa 68/86*, in *Raccolta*, 855.

⁶⁰ *Corte di Giustizia europea, sentenza del 15 luglio 1979, Chemiefarma, causa 41/69*, in *Raccolta*, 661.

⁶¹ *Corte di Giustizia europea, sentenza 8 febbraio 1969, causa 3/67*, in *Raccolta*, 661.

⁶² La traduzione è di D. – U. Galetta, *La legge tedesca sul procedimento amministrativo*, Milano, 2002.

⁶³ “*Einzig richtige entscheidung*”, come ci ricorda Diana Galetta, in *Notazioni critiche, op. cit.*, p. 5, su www.giustamm.it, nonché in *L'annullabilità del provvedimento amministrativo per vizi del procedimento, op. cit., passim*.

⁶⁴ In questo senso A. Masucci, *La legge tedesca sul processo amministrativo*, Milano, 1991, p. 17.

dell'azione giurisdizionale volta all'annullamento del provvedimento amministrativo ritenuto illegittimo⁶⁵. Ciò consente all'amministrazione di poter sanare il vizio già nella fase preliminare.

Se a ciò si aggiunge, che, anche in sede giurisdizionale, la sanatoria può intervenire su sollecitazione del giudice prima che si giunga alla trattazione orale della causa, o, addirittura *in limine* entro il termine di conclusione del procedimento giurisdizionale, ne consegue che nel sistema tedesco la funzione del giudice risulta essere sul punto meramente sussidiaria e residuale, in virtù dell'attivabilità del rimedio giurisdizionale come ipotesi estrema ove il vizio formale non sia stato già rimosso, e della possibilità ancora più remota che si pervenga ad una sentenza caducatoria data la possibilità che il vizio formale possa essere sanato anche in pendenza di giudizio.

Tutto ciò produce l'apprezzabile risultato di una significativa deflazione del contenzioso amministrativo. Lo stesso non si può dire in relazione all'innovazione introdotta dall'art 21 *octies*. Infatti, nel nostro ordinamento non esiste un procedimento contenzioso preliminare analogo a quello delineato del predetto § 45 della legge tedesca sul procedimento amministrativo, ne è stato dato seguito ai suggerimenti di quella parte della dottrina⁶⁶ che riteneva preferibile ricorrere all'istituto della sanatoria successiva, anche in corso di giudizio, dei vizi del procedimento amministrativo da parte di quella stessa amministrazione che abbia emanato il provvedimento impugnato, dal momento che una previsione in tal senso, originariamente presente è poi scomparsa nel corso dei lavori parlamentari⁶⁷. Ed ancora, ad ulteriore conferma della profonda mancanza di coerenza sistematica che caratterizza l'innovazione in commento, si osserva che, non solo nel nostro ordinamento mancano strumenti deflativi quali quelli in precedenza evidenziati, ma, addirittura, dopo l'emanazione nel 1971 della legge istitutiva dei tribunali amministrativi è stato abolito il requisito della definitività del provvedimento ai fini della proposizione del ricorso giurisdizionale, che, faceva del ricorso gerarchico la via d'accesso obbligata al giudizio amministrativo.

Senza contare, poi l'assenza nel nostro ordinamento di una norma analoga al § 80⁶⁸ della *Verwaltungsverfahrensgesetz*, che grava la persona giuridica il cui organo abbia emanato il provvedimento impugnato dell'obbligo di rimborsare le spese necessarie per l'esercizio del suo diritto a colui il quale abbia proposto il ricorso che sia stato accolto o che non lo sia stato sol perché la violazione di previsioni sul procedimento o sulla forma sia risultata irrilevante.

3.5- Le perplessità che l'art. 21-*octies* suscita anche sul piano della legittimità costituzionale

Pertanto, non si può non osservare come notevoli siano le perplessità che l'art. 21 *octies* comma 2 suscita, sia dal punto di vista della razionalità e della coerenza sistematica della soluzione normativa, sia da quello della conformità ai precetti costituzionali.

Per quanto riguarda quest'ultimo aspetto una prima censura viene mossa con riferimento ad entrambe le ipotesi previste dalla norma in commento. Ed è il caso di prendere in esame quest'ultima riservandosi di esaminare in seguito le perplessità circa la conformità a Costituzione

⁶⁵ Vedasi G. Fares, *op. cit.*, p. 149, D. – U. Galetta, *Notazioni critiche, op. cit.*, p. 6, su www.giustamm.it, nonché *L'annullabilità del provvedimento amministrativo per vizi del procedimento, op. cit.*, 19 e ss., 42 e ss. e, per certi aspetti, 227 e ss.

⁶⁶ In questo senso D. Galetta, *Notazioni critiche...*, *op. cit.*, p. 9 – 10, su www.giustamm.it, nonché *L'annullabilità del provvedimento amministrativo per vizi del procedimento, op. cit.*, pp. 209 e ss.

⁶⁷ Inespugnabilmente a giudizio di D. Galetta, la quale fa menzione della circostanza in *Notazioni critiche...*, *op. cit.*, p. 9, su www.giustamm.it.

⁶⁸ Di tale disposizione fa menzione G. Fares, *L'invalidità del provvedimento amministrativo nella riforma legislativa in itinere, op. cit.*, p. 149.

mosse con esclusivo riferimento alla previsione della non annullabilità del provvedimento viziato dall'omessa comunicazione di avvio del procedimento ove l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Orbene, esaminando il comma secondo dell'art. 21 *octies* della legge sull'azione amministrativa si potrebbe ritenere che il legislatore scindendo nelle ipotesi *de quibus* la coppia concettuale illegittimità del provvedimento – annullamento dello stesso abbia violato il combinato disposto degli articoli 24 comma 1, 103 e 113 commi 1 e 2 della nostra Carta Costituzionale nella parte in cui considera la sanzione caducatoria come reazione cardinale di fronte ad un provvedimento amministrativo illegittimo⁶⁹, suscettibile di rinuncia da parte del legislatore solo ed esclusivamente ove questo preveda altre sanzioni parimenti idonee a riparare in modo specifico la lesione dell'interesse del ricorrente che derivi da una violazione procedimentale o formale. A giudizio di chi scrive, una simile critica non è condivisibile per un duplice ordine di argomentazioni. In primo luogo, infatti, pur dovendosi ammettere che l'art. 21 *octies* non prevede espressamente sanzioni sostitutive rispetto all'annullamento non si può comunque ritenere tale circostanza sintomatica di un vuoto di tutela delle garanzie dei cittadini nei confronti della p.a. con conseguente *vulnus* dei principi costituzionali in materia di tutela giurisdizionale.

Ebbene, siffatta argomentazione potrebbe avere pregio ove, diversamente da quanto sostenuto in questa sede, si dovesse ritenere che la scelta legislativa in discussione abbia degradato i vizi procedimentali a mere irregolarità che non danno luogo a vizio di legittimità e quindi non sono suscettibili neppure in astratto di annullamento, dando così vita ad una vera e propria zona franca sottratta a priori a qualsivoglia sindacato giurisdizionale di legittimità. In realtà, come chiarito in precedenza, l'art. 21 *octies* non preclude *ex ante* il ricorso alla tutela giurisdizionale nei confronti della p.a., dal momento che le previsioni ivi contemplate operano *ope excetionis*, all'interno cioè di un procedimento dinanzi ad un autorità giudiziaria, alla quale soltanto spetta *ex post* il potere di valutare se la sanzione caducatoria risulti proporzionata alle esigenze di tutela proprie del caso concreto, in considerazione del raggiungimento dello scopo.

In quest'ottica, quindi, l'art. 21 *octies* dovrebbe essere oggetto di una sentenza interpretativa di rigetto, volta a delineare in via esegetica una fisionomia dell'istituto dell'irrilevanza dei vizi formali conforme a costituzione, piuttosto che di una sentenza di accoglimento della questione di legittimità costituzionale della norma in commento per violazione dei principi in precedenza richiamati.

Ed ancora, pur volendo obliterare la ricostruzione qui ipotizzata, si rileva come, a seguito di un'attenta analisi, si riveli priva di pregio l'affermazione per cui, in assenza di espressa previsione di legge in senso contrario, l'annullamento sia l'unica sanzione efficace sul piano costituzionale avverso l'illegittimità dell'atto amministrativo, stante l'inadeguatezza della tutela risarcitoria, la quale, non vale a rimuovere l'illegittimità in sé, che, anzi, viene cristallizzata, ma serve soltanto a ristorare il danno patrimoniale cagionato dall'illegittimità.

Difatti, in pieno accordo con quanto affermato da Caringella⁷⁰, si ritiene come una sanzione possa rivelarsi idonea a tutelare gli interessi del soggetto vulnerato dal provvedimento illegittimo, pur senza incidere sulla sua validità, anche perché il crollo del dogma della irrisarcibilità degli interessi legittimi apre nuove prospettive alla tutela risarcitoria dei cittadini nei confronti della p.a., riconoscendola in via

⁶⁹ Di questo aspetto si sono occupati Diana Galetta nelle opere già citate in precedenza e F. Caringella, che, nella nuova versione del suo corso di diritto amministrativo, uscita poco prima dell'approvazione definitiva della legge 15/2005, ha dedicato un apposita sezione, la XIII, alla tematica dell'invalidità del provvedimento amministrativo, giungendo sul punto a conclusioni opposte rispetto alla Galetta, non avendo a suo dire riscontrato una violazione delle disposizioni costituzionali citate nel corpo del testo, stante la possibilità di ricorrere efficacemente ad una sanzione alternativa a quella caducatoria, quale quella risarcitoria. Si veda, F. Caringella, *Corso di diritto amministrativo, tomo II, Milano, 2004 pp. 1760-1764.*

⁷⁰ *Corso di diritto amministrativo, Vol II, Milano, 2004, pp. 1763-1764.*

generale e, pertanto, anche nell'ipotesi di interessi legittimi procedimentali vulnerati da un provvedimento amministrativo affetto da vizi formali.

La riprova di ciò arriva dal diritto comunitario, nel quale le direttive n. 665/1989 e n. 13/1992 hanno riconosciuto in tema di appalti la piena adeguatezza del risarcimento per equivalente, escludendo l'annullamento del contratto a seguito della caducazione dell'aggiudicazione. Né si può dire che la teoria della pregiudiziale amministrativa richiede ai fini del riconoscimento della tutela risarcitoria il previo annullamento del provvedimento lesivo, dal momento che, nel caso di specie, l'applicazione della sanzione caducatoria come *prius* necessario di quella risarcitoria è esclusa per espressa volontà del legislatore.

Pertanto, in accordo con questa posizione dottrinale⁷¹, si può concludere affermando come non si possa ravvisare nel caso in esame un vuoto di tutela giurisdizionale del cittadino nei confronti della p.a.. Infatti, in linea di massima, il raggiungimento dello scopo esclude che si possa ravvisare una lesione degli interessi del privato. Ove, comunque, si possano ritenere lesi interessi procedimentali in sé e per sé allora è possibile, a maggior ragione dopo la sentenza n. 500 del '99 delle Sezioni della Corte di Cassazione e i successivi sviluppi giurisprudenziali, invocare la tutela risarcitoria⁷².

Tuttavia permangono perplessità sulla razionalità e l'opportunità della previsione legislativa in commento e sulla sua coerenza sistematica. Infatti, giova in proposito rilevare che, se, da un lato è vero che l'affermazione di un modello efficientistico dell'attività amministrativa orientato verso il risultato impone una rivisitazione in senso sostanzialistico del principio di legalità, segnatamente in materia di disciplina dell'*agere* della p.a., evitando perciò di sanzionare con l'annullamento infrazioni di carattere meramente formale, come tali insuscettibili di modificare il contenuto del provvedimento finale o di arrecare limitazioni alle situazioni giuridiche dei privati, dall'altro lato, tale esigenza deve comunque essere adeguatamente bilanciata con la necessità di garantire altresì tutela alle istanze garantistiche dei cittadini nei confronti della p.a., nel cui ambito particolare importanza rivestono il rispetto delle norme sulla forma e sul procedimento degli atti, in particolare di quelle volte a consentire al privato di partecipare e contribuire in maniera effettiva allo svolgimento dell'attività che precede l'adozione del provvedimento che lo interessa e di esercitare un controllo democratico sulla trasparenza della funzione amministrativa. Pertanto, al fine di verificare se il punto di equilibrio fra le due prefate istanze possa intendersi raggiunto è opportuno esaminare partitamente ciascuna delle due ipotesi contemplate dall'articolo 21 *octies*, anche alla luce delle prime pronunce giurisprudenziali intervenute all'indomani dell'entrata in vigore della legge 15/2005.

Orbene, nella prima ipotesi disciplinata dalla norma in commento sembra che, in linea di massima, la trasposizione sul piano dell'invalidità dell'atto amministrativo della regola del raggiungimento dello scopo non ridondi ad eccessivo *vulnus* delle situazioni giuridiche dei privati che entrano in relazione con la p.a. Difatti, trattandosi di attività amministrativa vincolata, non vi è dubbio che, ove ricorrano i presupposti previsti dalla legge, il contenuto dispositivo del provvedimento adottato dalla p.a. non avrebbe potuto essere diverso, in considerazione della necessaria corrispondenza tra la previsione normativa astratta ed il contenuto del provvedimento concreto che caratterizza tale tipo di attività amministrativa, per cui, il giudice, senza incidere eccessivamente nella sfera riservata alla p.a., dovrà verificare la sussistenza dei presupposti di legge per l'adozione del provvedimento, mentre l'autorità che ha adottato il provvedimento impugnato dovrà provare da un lato il carattere vincolato dell'attività posta in essere e dall'altro la corretta sussunzione della fattispecie concreta nell'ambito del paradigma normativo astratto.

Ove, infatti, venga raggiunta tale prova da parte dell'amministrazione resistente, tutto ciò rende palese che il contenuto dispositivo del provvedimento amministrativo non avrebbe potuto essere diverso, con conseguente irrilevanza di eventuali vizi formali. Tuttavia, a giudizio di chi scrive, è bene precisare,

⁷¹ Caringella, *op. cit.*, p. 1763.

⁷² Su questo aspetto si veda ad esempio F.G. Scoca, *Risarcibilità e interesse legittimo*, in *Dir. Pubbl.*, 2000, pp. 13 e ss.

affinché nell'ipotesi *de qua* il principio del raggiungimento dello scopo come causa di irrilevanza ai fini dell'annullamento del vizio procedimentale si mantenga entro limiti fisiologici, che il concetto di attività amministrativa vincolata venga rigorosamente interpretato in senso stretto, in conformità, peraltro, con gli orientamenti giurisprudenziali in precedenza richiamati.

Difatti, ove ad esempio si tratti di attività amministrativa vincolata, nel cui ambito, però, coesistono congiuntamente ad ambiti vincolati margini di discrezionalità, si ritiene che, nella misura in cui il vizio formale non garantisca al privato la possibilità di prospettare fatti e argomenti in suo favore in modo tale da contribuire ad orientare la scelta dell'amministrazione per quei profili non vincolati, non possa dirsi raggiunto ugualmente lo scopo di una attività provvedimento intrinsecamente legittima, con conseguente pregiudizio per lo spirito che, a giudizio di chi scrive, anima la riforma in commento. Comunque, entro i rigorosi limiti appena tracciati, la prima parte dell'art. 21 *octies* comma 2, lungi dal recare pregiudizio alle istanze di garanzia dei cittadini nei confronti della p.a., si rivela invece opportuna ad evitare una serie di vittorie di pirro da parte dei ricorrenti, che non impedivano comunque la nuova adozione di provvedimenti di contenuto sostanzialmente analogo a quelli annullati per un vizio di natura formale, una volta emendato quest'ultimo.

Pertanto, sotto questo profilo, la disposizione in commento, che, come visto in precedenza, è pienamente rispettosa del diritto vivente formatosi prima della riforma, necessita di una interpretazione restrittiva da parte della giurisprudenza piuttosto che di una modifica o addirittura di un'abrogazione in sede parlamentare.

3.6- Le prime pronunzie della giurisprudenza in materia

Una significativa riprova di quanto premesso la si può evincere da una valutazione delle prime pronunce dei tribunali amministrativi in materia.

Orbene, sono pienamente condivisibili le pronunce del Tar Abruzzo, sezione staccata di Pescara, numeri 185 e 186 del 2005⁷³, le quali hanno evitato un inutile annullamento per vizi formali di provvedimenti il cui contenuto dispositivo era ineccepibile, dal momento che, trattandosi di attività amministrative pienamente vincolate, l'assoluta conformità della fattispecie concreta rispetto a quella astrattamente delineata dal legislatore rendeva *ictu oculi* evidente l'impossibilità dei vizi formali vantati dal ricorrente di riverberarsi negativamente sulla sostanza del provvedimento amministrativo impugnato.

La sentenza 185 ha, in primo luogo, ribadito la natura vincolata del provvedimento con cui viene rilasciato il permesso di costruire. Il rilascio di tale atto, infatti, implica soltanto la verifica da parte dell'amministrazione competente del possesso da parte dell'opera che l'istante intende realizzare dei requisiti all'uopo richiesti dalla normativa edilizia, in presenza dei quali l'amministrazione non può che adottare un provvedimento di assenso. Ove, invece, l'istruttoria condotta renda evidente l'assenza di tali requisiti l'esito della stessa, a prescindere dalla sua correttezza formale, non può che essere il rigetto della richiesta di rilascio del permesso di costruire.

Tanto premesso, il Tar Abruzzo osserva, in piena aderenza allo spirito della riforma, come, in presenza di siffatta attività dal carattere *tout court* vincolato l'esame degli atti di causa non possa che rendere palese "*il fatto che l'Amministrazione non avrebbe mai potuto assentire il richiesto permesso di costruire così come richiesto dalla società ricorrente, in quanto la destinazione che la parte ricorrente vuole attribuire al manufatto da realizzare non è di certo compatibile con le destinazioni previste nella zona in questione dal piano*". Ne consegue, quindi, secondo l'ineccepibile iter logico che caratterizza la pronuncia *de qua* che "*trattandosi di adottare un atto vincolato, l'eventuale sussistenza dei vizi denunciati con il gravame non potrebbero mai condurre all'annullamento degli atti impugnati ed alla richiesta condanna del Comune al risarcimento dei danni, in quanto*

⁷³ Tali pronunce sono reperibili sul sito www.giustizia-amministrativa.it

dall'esame degli atti è "palese" che il contenuto dispositivo degli atti impugnati (cioè il rigetto della richiesta della parte ricorrente) non sarebbe stato diverso. La ricorrente per vedere soddisfatta la propria pretesa alla ricostruzione del manufatto oggi demolito dovrà, pertanto, necessariamente presentare una nuova domanda, che attribuisca questa volta all'edificio una diversa destinazione d'uso in conformità⁷⁴ con le disposizioni vigenti in materia edilizia⁷⁴. Parimenti apprezzabile, in quanto volta ad una rigorosa delimitazione dei confini entro i quali deve considerarsi operativo il meccanismo delineato dalla prima parte del comma 2 dell'art. 21 *octies* è la sentenza n. 3780/2005 del Tar Campania, sezione IV⁷⁵. La sentenza dianzi richiamata sembra muoversi nella medesima direzione in questa sede evidenziata come *guide line* cui deve ispirarsi l'applicazione dell'istituto in parola, vale a dire una interpretazione restrittiva delle ipotesi in cui esso deve trovare applicazione. Il Tar Campania si è pronunciato in relazione ad una fattispecie nella quale il Sindaco di Napoli aveva ordinato all'Unità Operativa Antiabusivismo di procedere *ad horas* alla demolizione di un manufatto realizzato dalla ricorrente, in assenza di titolo abilitativo, senza però averne più la competenza, dal momento che l'impugnata ordinanza di demolizione è successiva alla entrata in vigore della legge n. 191/1998, a seguito della quale i provvedimenti repressivi degli abusi edilizi, *ratione temporis*, non rientrano più nelle competenze del Sindaco, bensì del dirigente preposto al ramo. Orbene, nel caso di specie, il Collegio giudicante, avendo accolto la censura relativa all'incompetenza dell'autorità che ha adottato l'impugnata ordinanza di demolizione si è opportunamente interrogato sulla sorte di tale provvedimento alla luce della nuova disciplina della patologia del provvedimento amministrativo introdotta dalla normativa in commento, poiché questa risulta immediatamente applicabile alle controversie pendenti⁷⁶.

Una volta sciolto il nodo problematico relativo all'applicabilità al caso di specie della normativa in commento il Tar di Napoli, nell'ottica volta alla limitazione dell'ambito applicativo dell'art. 21 *octies* comma 2 prima parte, particolarmente apprezzabile ove si tenga conto della necessità in precedenza richiamata di bilanciare le istanze efficientistiche con quelle garantistiche, ha continuato affermando che "da una lettura combinata del primo e del secondo comma dell'art. 21 *octies* si desume che quando viene accertata l'incompetenza relativa dell'organo adottante (da non confondere con l'incompetenza assoluta, disciplinata dall'art. 21 *septies*, comma 1, della legge n. 241/1990), il provvedimento deve essere necessariamente annullato, non potendo trovare applicazione la disposizione che ne preclude l'annullamento laddove sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Infatti tale disposizione si riferisce soltanto ai casi in cui il provvedimento sia stato adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma"⁷⁷.

⁷⁴ Dello stesso tenore risulta essere anche l'apparato argomentativo che caratterizza la sentenza n. 186 del 2005 emanata da parte della medesima sezione staccata di Pescara del Tar Abruzzo, reperibile sul sito www.giustizia-amministrativa.it.

⁷⁵ Anche tale pronuncia è reperibile sul sito del Consiglio di Stato, il cui URL è meglio specificato alla nota precedente.

⁷⁶ A tali conclusioni è pervenuto anche il T.A.R. Sardegna, Sez. II, 25 marzo 2005, n. 483, su www.giustizia-amministrativa.it.

⁷⁷ Così Tar Campania, sez. IV, sentenza n. 3780/2005, su www.giustizia-amministrativa.it. La sentenza dianzi citata prosegue affermando che: "Né sembra possibile includere le norme sulla competenza tra le norme sul procedimento amministrativo o tra le norme sulla forma degli atti. Infatti dal primo comma dell'art. 21 *octies* si desume che il legislatore ha inteso confermare la tripartizione dei vizi di legittimità dell'atto amministrativo, in base alla quale la violazione delle norme sulla competenza configura il vizio di incompetenza, mentre la violazione di norme sul procedimento o sulla forma rientra nell'ambito più generale della violazione di legge. Inoltre devono ritenersi norme sul procedimento tutte quelle relative al modus operandi dell'Amministrazione ed alla partecipazione procedimentale del destinatario del provvedimento finale, delle altre Amministrazioni interessate e dei soggetti indicati dall'art. 9 della legge n. 241/1990, mentre devono ritenersi norme sulla forma quelle relative ai requisiti formali degli atti endoprocedimentali e del provvedimento finale. Ciò posto, si osserva che la scelta legislativa di escludere l'applicazione dell'art. 21 *octies*, comma 2, prima parte, nel caso in cui il provvedimento vincolato sia stato adottato da un'autorità incompetente se, da un lato, appare coerente con quella dell'art. 26, comma 2, della legge n. 1034/1971, perché l'accoglimento del ricorso per motivi di incompetenza determina l'immediata rimessione dell'affare all'autorità competente e, quindi, non vi è spazio per valutare se il contenuto dispositivo del provvedimento impugnato non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato, dall'altro può destare perplessità nei casi come quello in esame, in cui l'azione di annullamento è strumentale ad una domanda di risarcimento danni. Infatti, dall'esame delle censure proposte con il presente ricorso è emerso che l'Amministrazione ha agito nell'esercizio di un potere vincolato, perché l'ordine di demolizione - qualora si tratti di opere realizzate nelle zone indicate dall'art. 4, comma 2, della legge n. 47/1985 - deve seguire automaticamente

In senso parzialmente difforme da quello qui evidenziato si muove, invece, il Tar di Cagliari, il quale, infatti, nella sentenza n. 1170 del 2005 ha ritenuto la norma in commento operativa “*non soltanto nelle ipotesi in cui il provvedimento sia totalmente vincolato, ma, in particolari casi, anche in quelle in cui quest'ultimo presenti, congiuntamente ad ambiti vincolati, margini di discrezionalità*”. Se la parte prima dell'articolo 21 octies comma seconda non sembra destare particolari perplessità, soprattutto ove venga interpretata rigorosamente, la seconda delle due ipotesi contemplate dalla disposizione di cui si tratta si rivela suscettibile di critiche non soltanto sul piano della coerenza sistematica, ma anche su quello della conformità ai precetti costituzionali.

Innanzitutto si rileva come essa, considerando irrilevante ai fini dell'annullamento del provvedimento l'omessa comunicazione di avvio del procedimento ove, anche in ambito di attività amministrativa discrezionale venga raggiunta da parte dell'amministrazione resistente la prova che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso, finisca per estendere notevolmente le maglie del sindacato giurisdizionale sull'*agere* amministrativo, tanto da introdurre surrettiziamente un vero e proprio sindacato di merito non coerente con l'attuale impostazione del nostro sistema di giustizia amministrativa, a maggior ragione ove si consideri la mancanza nel nostro ordinamento di meccanismi preventivi di deflazione del contenzioso analoghi a quelli previsti ad esempio nel sistema tedesco. Sul punto, perciò, sarebbe opportuno un intervento correttivo del legislatore volto ad esempio a ripristinare quella possibilità di sanatoria anche in corso di giudizio dei vizi del procedimento amministrativo originariamente presente nel corpo del disegno di legge da cui poi è scaturito l'atto normativo in commento.

Ma vi è di più. Infatti, il tenore letterale della disposizione in commento sembra per la sua formulazione ampia contemplare non soltanto l'ipotesi in cui lo scopo di garantire al privato la partecipazione al procedimento sia stato raggiunto per altra via, ma anche quella in cui pur non essendo stato raggiunto tale scopo l'amministrazione resistente dimostri comunque che la partecipazione del privato non sarebbe stata comunque in grado di incidere sul contenuto del provvedimento.

Orbene, nel primo caso *nulla quaestio*, dal momento che, avendo comunque il privato avuto la possibilità di incidere sullo svolgimento della vicenda amministrativa, un eventuale caducazione del provvedimento per violazione dell'art. 7 della legge 241/90 risulterebbe irragionevole e sproporzionata.

Nel secondo caso, invece, se si tratta di attività amministrativa vincolata, dovendo l'amministrazione limitarsi a verificare la sussistenza dei requisiti di legge per l'adozione del provvedimento, ne consegue l'irrilevanza della partecipazione del privato ove la decisione amministrativa debba considerarsi rispettosa della fattispecie normativa astratta.

Viceversa, nell'ipotesi in cui il privato non abbia avuto per la violazione del predetto art. 7 la possibilità di contribuire all'adozione di un provvedimento discrezionale sorgono perplessità difficilmente superabili ove si consideri che costui, in considerazione del tipo di attività esercitato dalla p.a. resistente, avrebbe avuto ampia possibilità di prospettare argomenti a suo favore ai fini dell'ottenimento di un provvedimento favorevole, soprattutto ove si abbia a che fare con provvedimenti caratterizzati da alto tasso di discrezionalità. Pertanto, la prova di resistenza posta a carico dell'amministrazione in quest'ipotesi, vale a dire la prova del fatto che il privato non avrebbe comunque potuto, nonostante il suo carattere discrezionale incidere sul contenuto dispositivo del

all'accertamento dell'illecito, senza la necessità di una preventiva notifica della diffida a demolire e senza alcun margine per valutazioni discrezionali. Inoltre risulta palese che il contenuto dispositivo del provvedimento impugnato non avrebbe potuto essere diverso se fosse stato adottato dal competente dirigente del Comune di Napoli, perché dall'esame dei primi due motivi di ricorso è emerso che nella fattispecie in esame sussistevano tutti i presupposti per il ricorso alla procedura sanzionatoria di cui all'art. 4, comma 2, della legge n. 47/1985, trattandosi di un manufatto eseguito senza i prescritti titoli abilitativi su un'area sottoposta ad un vincolo di inedificabilità. Ciononostante, non potendosi fare applicazione del secondo comma dell'art. 21 octies della legge n. 241/1990, l'avversata ordinanza di demolizione deve essere inevitabilmente annullata e, quindi, si deve procedere all'esame della domanda di risarcimento dei danni cagionati dall'esecuzione di tale provvedimento”.

provvedimento, rischia di divenire una vera e propria *probatio diabolica*, la quale, ove non venga interpretata con particolare rigore, può molto probabilmente dare adito a decisioni amministrative nelle quali, avendo l'amministrazione fatto ricorso a mere clausole di stile per motivare l'irrelevanza dell'eventuale contributo privato, il profilo partecipativo dell'azione amministrativa risulta gravemente vulnerato. Ciò, quindi, rappresenterebbe un ulteriore indebolimento di un principio, quale quello sancito dall'art. 7 della legge 241/90, di essenziale valore democratico, peraltro già sminuito⁷⁸ da una giurisprudenza quale quella citata in precedenza tradizionalmente restia a dargli pieno riconoscimento in considerazione del possibile aggravio dell'iter procedimentale che esso rischia di determinare.

Tutto ciò evidenzia uno stridente contrasto tra l'impostazione dichiaratamente garantistica cui la riforma del procedimento amministrativo si ispira e la disposizione del secondo comma dell'art. 21 *octies*, emblematicamente esemplificato dalla distonia già rilevata in dottrina⁷⁹ tra la norma di cui si tratta e l'art. 8 della legge 241 come novellato dalla legge 15/2005, il quale potenziando notevolmente il contenuto obbligatorio della comunicazione di avvio e rendendola obbligatoria anche nei procedimenti su istanza di parte, sembrava obbedire ad una esigenza diametralmente opposta, vale a dire quella di garantire un'applicazione il più possibile estensiva dell'obbligo di comunicazione d'avvio. Emerge, pertanto, una contraddizione di fondo che caratterizza sul punto l'impianto della normativa in commento, rivelando così il fondamento delle censure mosse da quanti dubitano della coerenza sistematica della norma in questione.

Ma vi è di più. Infatti, ove si valorizzi adeguatamente l'importanza che l'art. 7 della legge 241 acquista nell'ottica di una decisione amministrativa rispettosa dei principi di buon andamento ed imparzialità risulta evidente che nel caso in cui non venga rigorosamente inteso l'onere probatorio posto a carico dell'amministrazione resistente dalla previsione in commento, vi è il rischio che questa si ponga in contrasto con l'art. 97 della Costituzione. Infatti, il riconoscimento della garanzia per il privato di poter far valere le sue ragioni già nel corso del procedimento riveste un ruolo essenziale non soltanto ai fini del controllo democratico sull'imparzialità dell'azione amministrativa, ma anche allo scopo di favorire l'adozione da parte dell'Amministrazione di provvedimenti basati su una più adeguata rappresentazione delle circostanze esistenti (in attuazione del principio di buona amministrazione), anche nell'ottica di una deflazione dei ricorsi giurisdizionali, dal momento che già in sede amministrativa l'interessato può rappresentare le proprie ragioni ed indurre l'Amministrazione ad astenersi da atti illegittimi.

Pertanto, in attesa di un'auspicata manovra correttiva da parte del legislatore, anche in considerazione dell'evidente ed irragionevole contrasto tra la scelta normativa *de qua* ed il diritto vivente cristallizzatosi nelle decisioni giurisprudenziali precedenti la riforma⁸⁰, vi è l'esigenza di una valutazione particolarmente severa da parte di tribunali amministrativi delle motivazioni addotte a sostegno della irrilevanza della eventuale partecipazione privata rispetto al contenuto dispositivo del provvedimento discrezionale, al fine di evitare che un atteggiamento permissivo su questo punto possa dare il via ad una pericolosa tendenza recessiva sul terreno delle garanzie dei privati nell'ambito del procedimento amministrativo.

In proposito si segnala come la sentenza n. 483/2005 del Tar Sardegna ponga a carico della p.a l'obbligo di valutare in maniera puntuale ed esauriente l'apporto partecipativo del privato, per cui, ove ciò non possa desumersi dagli atti di causa, la soluzione cui il tribunale perviene non può che essere di accoglimento del ricorso. In particolare la pronuncia in questione dopo aver affermato il condivisibile principio per cui la comunicazione di avvio del procedimento deve potersi applicare al procedimento espropriativi fin dalla fase procedimentale che si conclude con l'approvazione del progetto definitivo ed esecutivo dell'opera da realizzare sul terreno espropriando e la conseguente dichiarazione di

⁷⁸ Così si esprime V. Cerulli Irelli, *op. cit.*, p. 12

⁷⁹ D. – U. Galetta, *Notazioni critiche...*, *op. cit.*, pp. 7-8.

⁸⁰ Le quali, come visto in precedenza, tendevano a considerare irrilevante la comunicazione di avvio del procedimento solo in materia di attività amministrativa vincolata.

pubblica utilità, urgenza ed indifferibilità della stessa. I giudici di Cagliari, infatti, colgono pienamente l'essenza dell'istituto partecipativo disciplinato dall'art. 7 della legge 241/90 affermando che *“in sede di procedura espropriativa il soggetto leso deve avere la possibilità di essere edotto anticipatamente in ordine alle modalità esecutive di realizzazione dell'opera pubblica, e ciò al fine di poter realizzare pienamente l'istituto della partecipazione, cioè in un momento determinante per la scelta da parte della P.A. in merito alle concrete modalità di esecuzione delle opere”*⁸¹. Ciò consente una reale forma di collaborazione fra privato ed Amministrazione agente, dal cui contraddittorio possono scaturire anche soluzioni alternative meno lesive delle posizioni incise”⁸².

Pertanto, tale contraddittorio deve potersi svolgere in una fase del procedimento nella quale il privato è ancora in grado di incidere, con conseguenti possibili valutazioni alternative da parte della p.a. Per questi motivi è necessario che egli sia messo in condizione di partecipare, per conoscere con anticipo le soluzioni scelte in concreto per realizzare l'opera pubblica.

Fatte queste importanti premesse sulla valenza che la comunicazione di avvio del procedimento riveste ai fini di un effettivo riconoscimento del principio di partecipazione dei privati nell'ambito dell'attività amministrativa procedimentalizzata il Collegio giudicante prosegue, dando dell'art. 21 *octies* ed in particolare dell'onere probatorio da questa disposizione posto a carico della p.a. quella interpretazione rigorosa auspicata da chi scrive per evitare un eccessivo svilimento della fondamentale funzione di garanzia svolta dal predetto articolo 7.

Il Tar sardo, infatti, rileva come, non essendo mai state concretamente esaminate dall'amministrazione espropriante *“le soluzioni difformi prospettate dal privato, anche in considerazione dello stato dei luoghi (distlivelli esistenti), non prive di ragionevolezza”*, sulla base degli atti depositati dall'Amministrazione e degli elementi di diversa natura acquisiti in giudizio non possa ritenersi raggiunta, allo stato, la prova richiesta dalla norma.

Orbene, ove un siffatto orientamento rigoristico dovesse consolidarsi verrebbero meno gran parte delle perplessità manifestate in precedenza e non vi sarebbe probabilmente bisogno di metter mano in sede parlamentare ad una manovra correttiva dell'articolo 21 *octies*, essendosi raggiunto, a giudizio di chi scrive, nella pronuncia dianzi esaminata un corretto bilanciamento tra le esigenze partecipative dei privati e i vincoli al potere di annullamento in sede giurisdizionale del provvedimento amministrativo posti dalla disposizione in commento in ragione di esigenze di speditezza ed economicità dell'attività amministrativa.

Tuttavia, il rischio di pericolose oscillazioni giurisprudenziali, con possibile grave *vulnus* per i cittadini destinatari di pronunce meno rigorose in sede di interpretazione dell'onere probatorio posto a carico dell'amministrazione resistente, rende sicuramente preferibile, in prospettiva *de iure condendo*, una revisione critica dell'articolo 21 *octies* comma secondo, parte seconda. A riprova di ciò, infatti, si possono citare due recentissime pronunce di Tribunali amministrativi regionali non animate dal medesimo rigore metodologico che ha caratterizzato la sentenza n. 483/2005 del Tar Sardegna: la sentenza n. 2913/05 del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Seconda Sezione di Lecce e quella n. 671/2005 del Tar Campania, Sezione staccata di Salerno, sez. I. Infatti, il Tar di Lecce ha

⁸¹ La giurisprudenza, sul punto, afferma che *“la comunicazione di avvio del procedimento è necessaria in relazione alla procedura di dichiarazione di pubblica utilità, (e non anche in quella di occupazione d'urgenza, la quale presenta carattere meramente attuativo dei provvedimenti presupposti)”*, così. Cons. di Stato, IV, n. 6631 del 27 ottobre 2003 (obbligo sussistente anche in caso di dichiarazione di pubblica utilità implicita per legge, cfr. TAR Campania, Salerno, n. 1004 del 14 ottobre 2003). Ed ancora, *“La mancata comunicazione dell'avviso di avvio del procedimento invalida il provvedimento di occupazione d'urgenza, nonostante il carattere meramente attuativo di provvedimenti presupposti, qualora la partecipazione non sia stata garantita nella fase anteriore della dichiarazione di pubblica utilità dell'opera da realizzare”* (TAR Piemonte 372 - 6 marzo 2004). Ed infine, a corroborare definitivamente l'assunto del Tar Sardegna milita il seguente principio: *“La mancata comunicazione dell'avviso di avvio del procedimento invalida il provvedimento di occupazione d'urgenza, nonostante il carattere meramente attuativo di provvedimenti presupposti, qualora la partecipazione non sia stata garantita nella fase anteriore della dichiarazione di pubblica utilità dell'opera da realizzare”* (TAR Piemonte 372 - 6 marzo 2004).

⁸² Tar Sardegna, sentenza n. 483, 25 marzo 2005 su www.giustizia-amministrativa.it

ritenuto sufficiente una mera documentazione fotografica prodotta dall'amministrazione resistente per giustificare la mancata comunicazione dell'avvio di un procedimento volto all'individuazione di impianti di distribuzione di carburante incompatibili con l'attuale dislocazione in quanto di ostacolo per la circolazione stradale, con conseguente pericolo per la pubblica incolumità e conclusosi con la revoca della concessione del suolo pubblico per l'installazione dell'impianto di erogazione di carburante gestito dal ricorrente.

Difatti, trattandosi di attività discrezionale, come lo stesso Tribunale peraltro riconosce, affinché possa ritenersi raggiunta la prova richiesta dall'art. 21 *octies* comma 2 parte seconda non è sufficiente il deposito in atti di una documentazione fotografica, ma a giudizio di chi scrive, sarebbe stato necessario che l'autorità amministrativa che ha adottato il provvedimento impugnato si fosse fatta carico dell'onere di dimostrare in maniera concreta e puntuale la mancanza di pregio delle argomentazioni che il privato avrebbe potuto sostenere ove gli fosse stata garantita la partecipazione, magari al fine di pervenire a soluzioni in grado di realizzare un equo compromesso tra l'interesse pubblico alla tutela dell'incolumità pubblica e l'interesse privato volto alla conservazione dello *status quo ante*. Tutto ciò non appare essersi verificato nel caso di specie nella misura in cui il Collegio giudicante, osservando che *“da parte sua, invece, la ricorrente non ha fornito – né al Comune, né a questo Tribunale - alcun elemento di valutazione nuovo ed ulteriore, tale da poter portare l'Amministrazione a modificare in parte qua la deliberazione”*, sembra riversare sul ricorrente l'onere della prova. Una interpretazione del pari non rigorosa dell'onere gravante sull'amministrazione resistente non sembra caratterizzare la pronuncia del Tar salernitano⁸³.

Orbene, tale sentenza si fonda in primo luogo sul rilievo per cui, ove debba essere apportata una variante ad un progetto relativo alla realizzazione di un'opera pubblica già dichiarata di pubblica utilità e della quale, quindi, erano già a conoscenza i destinatari della procedura ablatoria necessaria per acquisire l'area di sedime dell'opera stessa, la comunicazione di avvio del procedimento non sarebbe necessaria in considerazione del nesso di derivazione che il lega il nuovo procedimento iniziato in violazione dell'art. 7 ad una precedente attività amministrativa già conosciuta dall'interessato. Tale rilievo, sul quale, non essendo pertinente al tema qui trattato, non ci si può soffermare oltre, non tiene conto però del fatto che, nel caso di specie, la variante dell'opera oggetto della procedura ablatoria originaria, comportando l'apprensione di una maggiore estensione di terreno rispetto all'originaria occupazione, avrebbe necessitato delle garanzie partecipative previste dalla legge, e in considerazione della diversa ed ulteriore lesione della sfera giuridica dell'interessato da essa prodotta.

Per quanto, invece, concerne l'oggetto del presente commento si rileva come la ricostruzione dell'*onus probandi* operata dal Tar di Salerno non sembra condividere le esigenze prospettate in questa sede, dal momento che il Collegio giudicante, operando una singolare inversione dell'onere gravante sulla p.a resistente e rifacendosi ad un orientamento giurisprudenziale che appare senza dubbio superato dopo l'entrata in vigore dell'art. 21 *octies*, arriva ad affermare che *“l'omissione della comunicazione ex art. 7 l. n. 241/90 comporta l'illegittimità dell'atto conclusivo del procedimento soltanto nel caso in cui il soggetto non avisato 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 Sicilia 28 gennaio 1998 n. 74; TAR Puglia Sez. I 15 settembre 1997 n. 546), *che, nella specie, non risulta provato”*.

Quanto premesso dimostra, pertanto, che una modifica in sede legislativa dell'art. 21 *octies* sarebbe opportuna al fine di prevenire il rischio che interpretazioni come quelle appena evidenziate possano provocare uno smottamento della comunicazione di avvio del procedimento da un terreno tanto importante quanto però friabile quale quello delle garanzie procedurali dei cittadini nei confronti dell'*agere* amministrativo.

⁸³ La pronuncia in questione, *Tar Campania, sez. staccata di Salerno, I sezione, 29 aprile 2005, n. 671*, è reperibile sulla rivista online www.lexitalia.it, n. 5/2005.

Filippo Lacava

Consigliere di prefettura

Dottorando di ricerca in diritto pubblico Luiss Guido Carli