



federalismi.it

Rivista di diritto pubblico
italiano, comunitario e comparato

LA LEGGE DI RIFORMA DEL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO AL VAGLIO DELLA GIURISPRUDENZA

di

Federico Francesco Guzzi

(Dottorando di ricerca in diritto amministrativo nell'Università "La Sapienza" di Roma)

e

Renato Rolli*

(Ricercatore di diritto amministrativo nell'Università della Calabria)

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Pubblico e privato: l'art. 1, comma 1-bis *l. proc. amm.* - 3. I silenzi della pubblica amministrazione. - 4. La motivazione del provvedimento alla luce dell'art. 21-octies, comma 2, *l. proc. amm.* introdotto dalla legge n.15/2005. - 5. La disciplina degli accordi. - 6. La conferenza di servizi. - 7. La denuncia di inizio di attività. - 8. Il diritto di accesso - 9. L'annullabilità del provvedimento alla luce dell'art. 21-octies, comma 2, *l. proc. amm.* ed il principio del raggiungimento dello scopo. - 10. L'art. 21-septies *l. proc. amm.*: la dicotomia nullità/annullabilità. - 11. Osservazioni conclusive.

1. Premessa

L'intervento di riforma della legge sul procedimento amministrativo (l. n. 15/2005), ha introdotto diverse novità, complessivamente tese all'attuazione del principio di imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 Cost. nonché ai precipitati logici della efficienza, efficacia, economicità, trasparenza, pubblicità dell'azione amministrativa.

Obiettivo di questo contributo non è quello di affrontare in maniera dettagliata gli elementi di novità introdotti dalla riforma, né approfondire la natura giuridica di alcuni istituti che, ad onta della riforma, rimangono controversi (ad es. gli accordi della pubblica

amministrazione, la conferenza di servizi, il diritto di accesso)¹. La finalità è quella di passare brevemente in rassegna talune novità introdotte dalla novella del 2005 e soffermarsi sugli elementi più problematici e controversi introdotti dalla stessa, alla luce delle posizioni emerse in dottrina, nonché dei recenti interventi della giurisprudenza soprattutto in tema di vizio di motivazione, di preavviso di rigetto, di omessa comunicazione dell'avvio del procedimento, e più in generale sull'applicazione del principio del raggiungimento dello scopo dell'atto amministrativo.

Attraverso la disposizione di cui all'art. 21-octies *l. proc. amm.*, infatti, si è ratificato a livello legislativo un certo indirizzo giurisprudenziale² che distingueva le tipologie di

*Benché il lavoro sia frutto di un progetto unitario, i paragrafi 1, 2, 3, 7 e 8 sono da attribuire a Renato Rolli; i paragrafi 4, 5, 6, 9, 10 a Federico Francesco Guzzi. Le conclusioni sono attribuibili ad entrambi gli Autori.

¹ Tra i numerosi contributi dottrinari sul tema si veda F. SATTA, *La riforma della legge 241/90: dubbi e perplessità*, in *Giustizia amministrativa. Rivista di diritto pubblico* (www.giustamm.it) n. 4/2005; V. CERULLI IRELLI, *Osservazioni generali sulla legge di modifica della l. n. 241/90*, *ivi*; V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, con saggi di L. ACQUARONE, G. ARENA, F. BASSANINI, M. BOMBARDELLI, L. CARBONE, M. CLARICH, G. CORSO, S. CIVITARESE MATTEUCCI, D. D'ORSOGNA, M. D'ORSOGNA, L. DE LUCIA, D.U. GALETTA, G. GRECO, F. LUCIANI, A. MASSERA, G. MORBIDELLI, G. NAPOLITANO, A. POLICE, M. SANINO, R. SCARIGLIA, S. VASTA, A. ZITO; F. CARINGELLA, *La riforma del procedimento amministrativo in Urb e App.* n.4/2005 p. 377 e ss.; G. CORSO e G. FARES, *Il nuovo procedimento amministrativo dopo la l. 11 Febbraio 2005 n.15: i punti salienti della riforma*, in *Studium Iuris* 2005, p. 675 e ss.; A. TRAVI, *La Legge n.15/2005: verso un nuovo diritto amministrativo?*, in *Corr. giur.* n. 4/2005 p. 449; G. BACOSI e F. LEMETRE, *La legge n.15 del 2005: ecco il nuovo volto della "241"* in *Giustizia amministrativa. Rivista di diritto pubblico*; B.G. MATTARELLA, *Le dieci ambiguità della legge n. 15/2005*, in *Giorn. dir. amm.* n. 8/2005, p. 817 e ss.; *Riforma della legge 241/90 e processo amministrativo in Foro Amm.*, vol.IV – supplemento al n.6/2005 (a cura di M.A. SANDULLI), con contributi di A. TRAVI, E. STICCHI DAMIANI, L. MONTEFERRANTE, V. DOMENICHELLI, G. GRECO, F.G. SCOCA, D.U. GALETTA. Si veda altresì lo *Speciale su: Il procedimento amministrativo dopo le leggi nn. 15 e 80 del 2005*, in *Giustizia amministrativa. Rivista di diritto pubblico*, n. 3/2005.

² V. le precedenti sentenze del Consiglio di Stato, tutte consultabili su www.giustizia-amministrativa.it; tra queste, Cons. St. V sez., n. 999/1991; Cons. St. IV sez., n. 5628/2001 secondo cui “com'è noto, la giurisprudenza ha continuato ad affermare anche di recente, in modo sempre più puntuale, che sussiste, in relazione alle previsioni della legge 7 agosto 1990 n. n. 241, l'obbligo per l'Amministrazione, di comunicare l'avvio del procedimento amministrativo ai soggetti nei cui confronti il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti. In particolare, è stato riconosciuto che tale obbligo sussiste anche nel caso dell'atto di dichiarazione di pubblica utilità, sia pure implicita, nell'approvazione di un'opera pubblica ai sensi della legge 3.1.1978 n. 1 (Ad. Plenaria n. 14 del 15.9.1999). E' pacifico, tuttavia, che tale obbligo non ricorre allorché il procedimento sia regolato da specifiche norme che prevedono forme di partecipazione del privato e nei casi in cui questi vi abbia partecipato, o sia stato comunque raggiunto lo scopo di rendere edotti gli interessati dell'avvio del procedimento.”. Secondo Cons. St., IV sez., n. 5003/2002, “la partecipazione degli interessati al procedimento amministrativo prevista dagli artt. 7 e ss. della legge 7 agosto 1990, n. 241 costituisce un principio generale dell'ordinamento giuridico (C.d.S., Sez. V, 22 maggio 2001 n. 2823) per cui ogni disposizione che limiti od escluda tale diritto va interpretata in modo rigoroso, al fine di evitare di vanificare od eludere il principio stesso. Nel procedimento amministrativo si bilanciano esigenze di legalità ed esigenze di efficienza e spesso il loro equilibrio è oggetto di sindacato giurisdizionale, teso a verificare, da una parte la sussistenza dell'obbligo di legge ed il suo puntuale rispetto da parte della p.a., dall'altra l'esistenza di ragioni che consentano di non ritenere viziante, sul piano della legittimità del provvedimento finale, l'omessa comunicazione di avvio, con prevalenza, nel caso concreto, di considerazioni teleologiche e finalistiche relative al raggiungimento effettivo e sostanziale dello scopo della norma tesa ad assicurare la partecipazione. Ciò comporta che le norme sulla partecipazione del privato al procedimento amministrativo non vanno applicate meccanicamente e formalmente, nel senso che

imperfezioni dell'atto amministrativo, affermando, in un'ottica teleologica, la non annullabilità dell'atto nel momento in cui lo stesso risultava affetto da vizi di scarso rilievo, non aventi cioè la capacità di incidere sullo scopo e sugli interessi sostanziali sottesi alla norma violata. Verranno pure richiamate talune disposizioni della legge sul procedimento, alla luce della elaborazione giurisprudenziale fra cui quella, non poco problematica, concernente la possibilità per l'amministrazione - quando agisce in veste non autoritativa - di utilizzare le norme del diritto privato. Inoltre, qualche riflessione (anche sulla scorta della più recente giurisprudenza formatasi sul punto), sarà dedicata all'istituto del silenzio dell'amministrazione (inadempimento e "significativo" cioè equivalente a provvedimento), ed alle decisioni concernenti l'istituto della motivazione e del c.d. preavviso di rigetto, nonché al tema degli accordi della pubblica amministrazione, della conferenza di servizi ed alla denuncia di inizio di attività. Saranno altresì richiamate le pronunce giurisprudenziali in tema di accesso, e soprattutto quelle relative all'applicazione dell'art. 21-*octies l. proc. amm.* Qualche considerazione verterà sulla dicotomia nullità/annullabilità del provvedimento amministrativo di cui agli artt. 21-*septies* ed *octies*, della legge sul procedimento amministrativo.

2. Pubblico e privato: l'art 1, comma 1 –bis, l. proc. amm.

Controversa è la disposizione di cui all'art 1 comma 1-bis l.n. 241/90 a seguito dell'accennata novella, ove si statuisce che: "La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge

occorra annullare ogni procedimento in cui sia mancata la fase partecipativa, dovendosi piuttosto interpretare nel senso che la comunicazione è superflua - con prevalenza dei principi di economicità e speditezza dell'azione amministrativa - quando l'interessato sia venuto comunque a conoscenza di vicende che conducono comunque all'apertura di un procedimento con effetti lesivi nei suoi confronti (in tal senso, C.d.S., Sez. VI, 8 aprile 2002, n. 1922; Sez. V, 22 maggio 2001, n. 2823; Sez. IV, 18 maggio 1998, n. 836). In materia di comunicazione di avvio prevalgono, quindi, canoni interpretativi di tipo sostanzialistico e teleologico, non formalistico. Può dirsi quindi scontato l'orientamento costante della giurisprudenza amministrativa in favore di un'interpretazione evolutiva dell'art. 7 della legge n. 241 del 1990. Secondo Cons. St. V Sez., n. 7324/2004, "deve essere, in primo luogo, disattesa la censura di difetto di motivazione del provvedimento gravato in primo grado avanzata dall'odierno appellante. Invero, in tema di motivazione degli atti amministrativi, per i provvedimenti vincolati (quale il provvedimento oggetto del gravame di primo grado) appaiono indifferenti le ragioni in forza delle quali l'amministrazione è giunta alle determinazioni finali, in quanto ciò che unicamente rileva, e che può essere verificato senza preclusioni, è se tali determinazioni, in presenza di determinati presupposti, siano conformi o meno alle norme applicate. Il Cons. Stato con la decisione della V Sez., n. 2823/2001 ha statuito che "la comunicazione del provvedimento 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 del dovere) di adottare un nuovo provvedimento di identico contenuto (anche in relazione alla decorrenza dei suoi effetti giuridici)." Si vedano altresì, Cons. St. n. 1031/2002 e Cons. St. Sez. V, n. 364/2004.

disponga diversamente”. Attraverso la richiamata disposizione si è sancita la piena fungibilità fra schema provvedimento e schema negoziale di diritto comune, a condizione però, che si versi nell’ambito della c.d. attività non autoritativa della pubblica amministrazione. Il problema che si pone è decodificare l’estensione e la portata di siffatto ultimo concetto. Il provvedimento amministrativo sembra richiamare, accanto al carattere della efficacia (che opportunamente l’art. 21-bis *l. proc. amm.*, nel caso di provvedimenti limitativi della sfera giuridica del privato, subordina alla comunicazione all’interessato), il carattere della esecutorietà, della esecutività, della imperatività e appunto della autoritatività. Tuttavia è difficile stabilire una netta linea di confine tra atti autoritativi e non, e di conseguenza discernere i casi in cui si possa ricorrere, senza alcun ragionevole dubbio, allo strumento privatistico-negoziale. Vi è ad esempio, una importante attività, propriamente amministrativa, che non è però autoritativa (si pensi all’attività interna o quella endoprocedimentale che non per questo è comunque assoggettabile al diritto privato)³. In buona sostanza, la individuazione del concetto di atto di natura non autoritativa è non poco problematica: siffatta problematicità è testimoniata anche dai nodi interpretativi sorti dopo la nota sentenza n. 204/2004 della Corte Costituzionale⁴, la quale sembra aver individuato come linea di demarcazione, ai fini del riparto di giurisdizione, proprio l’attività autoritativa della pubblica amministrazione. Infatti, laddove si intraveda l’esercizio di una potestà, di un potere autoritativo, funzionalizzato, si radicherebbe la giurisdizione del giudice amministrativo; laddove, diversamente, siffatta autoritatività non venga in rilievo, in quanto essenzialmente *paritetica* (da qui appunto

³ Autorevole dottrina ha peraltro sottolineato in generale come “in presenza del principio di legalità gli atti di diritto privato della p.a. non possono diventare negozi giuridici in senso proprio”. Così F. MERUSI, *Il diritto privato della pubblica amministrazione alla luce degli studi di S.Romano*, in *Dir. amm.*, 2004, pag. 653.

⁴ Sulla storica sentenza della Corte costituzionale n. 204/2004 si vedano, tra gli altri, F. SATTA, *La giustizia amministrativa tra ieri oggi e domani: la sentenza della Corte costituzionale n. 204/2004*, in *Foro amm. C.D.S.*; V. CERULLI IRELLI *Giurisdizione esclusiva e azione risarcitoria nella sentenza della Corte Costituzionale n. 204/2004 del 6 luglio 2004*, in *Dir. proc. amm.*, n.3/2004, p. 820 e ss. in; F.G. SCOCA, *Sopravviverà la giurisdizione esclusiva?*, in *Giur. cost.*, 2004, p. 2209; A. POLICE, *La giurisdizione del giudice amministrativo è piena, ma non è più esclusiva*, in *Giorn. dir. amm.* n. 9/2004; ibidem M. CLARICH, *La “tribunalizzazione” del giudice amministrativo evitata*; ivi B.G. MATTARELLA, *Il lessico amministrativo della consulta e il rilievo costituzionale dell’attività amministrativa*; F. CINTIOLI, *La giurisdizione piena del giudice amministrativo dopo la sentenza n. 204 del 2004 della Corte costituzionale*, in *Giustizia amministrativa. Rivista di diritto pubblico*, (www.giustamm.it); F. SAITTA, *Tanto tuonò che piovve: riflessioni (d’agosto) sulla giurisdizione esclusiva ridimensionata dalla sentenza costituzionale n. 204/2004*, in www.lexitalia.it; G. VIRGA, *Il giudice della funzione pubblica (sui nuovi confini della giurisdizione esclusiva tracciati dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 204/2004)* ivi; A. TRAVI, *La giurisdizione esclusiva prevista dagli art. 33 e 34 d.lgs 31 marzo 1998 n. 80, dopo la sentenza della Corte costituzionale 6 luglio 2004 n. 204*, in *Foro it.*, 2004, I, 2599, ivi; F. FRACCHIA, *La parabola del potere di disporre il risarcimento: dalla giurisdizione «esclusiva» alla giurisdizione del giudice amministrativo.*; R. VILLATA, *Leggendo la sentenza n. 204 della Corte Costituzionale*, in *Dir. proc. amm.*, n. 3/2004, p. 832 e ss.

l'esclusione dei c.d. comportamenti⁵ della pubblica amministrazione dalla giurisdizione esclusiva⁶) si radicherebbe la giurisdizione del giudice ordinario⁷.

Ma quando si è in presenza di un'attività autoritativa? Il mancato esercizio di potere, l'omesso controllo è ascrivibile all'attività autoritativa della pubblica amministrazione? La dicotomia atti autoritativi (giurisdizione del g.a.) comportamenti (giurisdizione del g.o.), in concreto non è così netta come invece sembra delinearsi, a livello teorico e astratto, nella sentenza della Corte Costituzionale. Al fine di individuare il provvedimento autoritativo si potrebbe innanzitutto, procedere attraverso una operazione, per così dire, *a contrario*, e stabilire ciò che potrebbe essere sicuramente autoritativo⁸. In tale categoria rientrerebbero i provvedimenti limitativi della sfera giuridica dei destinatari fra cui: i provvedimenti ablatori (reali, personali, patrimoniali), i provvedimenti disciplinari e quelli sanzionatori (di c.d. autotutela esecutivo-sanzionatoria); gli stessi, determinando una modificazione *in peius* della sfera giuridica del destinatario, richiederebbero le forme pubbliche, rimanendo quindi preclusa la fungibilità con gli schemi, i moduli privatistici. La preclusione riguarda poi gli atti certificativi (produttivi di cd "certezze pubbliche", aventi natura essenzialmente dichiarativa) i quali hanno proprie peculiarità e caratteristiche. Siffatta fungibilità può, diversamente, riguardare (anzi, alla luce della norma in questione si predilige, almeno in teoria, il ricorso ai moduli privatistici per la maggiore snellezza e semplicità) la categoria degli atti ampliativi della sfera giuridica del destinatario v. autorizzazioni, concessioni. In quest'ultimo caso, il

⁵ Per le prime applicazioni giurisprudenziali riguardanti il concetto di comportamento in materia urbanistica si veda in www.lexfor.it: Cass. SS.UU. Ordinanza n. 21099/2004; Tar Bolzano n. 475/2004; Cons di Giust. amm., Sez. giurisdiz., Ordinanza n. 201 Aprile 2005; sui comportamenti relativi all'illegittima espropriazione di aree è stata ribadita la giurisdizione esclusiva perché implica la verifica di atti di espressione di un potere pubblico, Cass. SS.UU. n. 21944/2004: "rientrano nella giurisdizione del G.O. le controversie attinenti a *comportamenti* di soggetti pubblici (non dotati di pubblica potestà perché carenti di potere in astratto e in concreto) materializzatisi nell'irreversibile trasformazione non autorizzata di fondi di proprietà privata, a nulla rilevando il fatto che il decreto di esproprio sia tardivamente intervenuto ove l'esistenza e validità di quest'ultimo non venga assolutamente in considerazione".

⁶ Sui caratteri della giurisdizione esclusiva, per tutti, v. F. SATTA, *Giurisdizione esclusiva (ad vocem)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Agg.. 2002.

⁷ Sui rapporti giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa, per tutti, v. A. ROMANO: *Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa dopo la legge n. 205 del 2000 (epitaffio per un sistema)*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, p. 602 e ss.

⁸ "L' espressione "atti autoritativi" è talvolta impiegata per designare i soli atti che non abbisognano del consenso del destinatario degli effetti" cfr. D. SORACE, *La riforma del diritto costituzionale nelle amministrazioni pubbliche*, in *Dir. pubb.*, 1997, p. 782. Sul punto si veda anche M. CLARICH, *Il provvedimento amministrativo: efficacia ed esecutorietà*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, cit., p. 319, secondo il quale "non è chiaro peraltro se si possa instaurare una corrispondenza biunivoca tra provvedimenti autoritativi e provvedimenti limitativi della sfera giuridica dei privati. Ciò tenuto conto del fatto che anche gli atti ampliativi hanno il carattere dell'unilateralità, hanno cioè attitudine a produrre gli effetti giuridici a prescindere dal consenso del destinatario".

ricorso allo strumento pubblicistico sembra recessivo, si privilegia appunto il più snello strumento negoziale; da qui, per fare un esempio, un contratto di locazione o di affitto al posto della tradizionale concessione⁹. Tuttavia, e non da ultimo, si ritiene in dottrina che: “il vasto settore dei provvedimenti concessori, da sempre maggiormente permeabile alla ricezione di principi e modelli privatistici, non sembra fornire alcuna possibilità di concreta applicazione del modello alternativo del contratto in quanto la funzione distributiva propria del potere discrezionale consente, di regola, di rinvenire una manifestazione di autoritatività nei confronti dei terzi esclusi dal godimento dell’*utilitas* oggetto dell’atto attributivo”¹⁰.

3. I silenzi della pubblica amministrazione

La legge di riforma del procedimento amministrativo ha generalizzato (nei procedimenti ad istanza di parte), l’istituto del silenzio-assenso¹¹, “fatto salvo comunque, il potere della pubblica amministrazione di riassumere determinazioni in via di autotutela”, (art. 20 *l. proc. amm.*).

Si è dunque detipicizzata la fattispecie¹², che prima dell’intervento riformatore poteva trovare applicazione nelle sole ipotesi previste dalla legge. La generalizzazione dell’istituto pone comunque dei problemi di compatibilità con quello che è l’impianto generale del procedimento amministrativo in cui la fase istruttoria è elemento cardine. Infatti, la formazione del provvedimento *per silentium*, toglie di mezzo il cuore del procedimento, cioè l’istruttoria; è evidente allora, come una applicazione ad ampio raggio, pone degli interrogativi sulla legittimità dell’azione amministrativa nel momento in cui la stessa sfocia in un provvedimento finale che prescinde dall’espletamento della fase cardine e fondamentale (di emersione dei c.d. interessi procedimentali), rappresentata dalla comparazione degli interessi, dalla acquisizione delle istanze, e così via.

⁹ Optare per la concessione anziché per il contratto di diritto comune ha non pochi risvolti sostanziali circa i poteri esercitabili dalla p.a (vedi il potere sostitutivo, sanzionatorio, di modifica unilaterale, di revoca e di riscatto).

¹⁰ Così, da ultimo, L. MONTEFERRANTE, *La disciplina privatistica nell’adozione degli atti di natura non autoritativa della pubblica amministrazione* in *Giustizia amministrativa. Rivista di diritto pubblico*. www.giustamm.it. Sul tema, *amplius*, M. D’ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, Napoli, 1981.

¹¹ Sul silenzio alla luce della riforma, per tutti v. G. MORBIDELLI, *Il silenzio-assenso*, in *La disciplina generale dell’azione amministrativa* cit..

¹² “La regola ha due eccezioni, la prima rimessa ad una determinazione discrezionale dell’amministrazione procedente. La seconda, alla legge (o ad atti cui la legge rinvia).” cfr G. MORBIDELLI, *Il silenzio-assenso*, cit. p. 265.

Tra le novità introdotte si annovera la eliminazione della diffida ad adempiere nella ipotesi del c.d. silenzio-inadempimento¹³ (che, a differenza della precedente ipotesi di silenzio, non assurge a *silenzio-significativo*, non equivale cioè a provvedimento, seppur tacito). Secondo l'art. 2, comma 5, *l. proc. amm.*, in questa ipotesi: “il giudice amministrativo può conoscere della fondatezza dell'istanza”¹⁴. Sul punto si impone una prima considerazione. In relazione ai profili giurisdizionali, è noto che il procedimento giurisdizionale avverso l'inadempimento della pubblica amministrazione è un procedimento di natura sommaria e non un *ordinario* giudizio innanzi al TAR: da qui l'impossibilità di una indagine nel merito della fondatezza della pretesa del ricorrente. Siffatta possibilità, alla luce della riforma, è (o comunque dovrebbe essere) ammissibile, solo in caso di istanza avverso il silenzio-inadempimento della pubblica amministrazione avente ad oggetto un provvedimento ad esito vincolato¹⁵ (di recente, sul punto, TAR Campania n. 795/2007¹⁶ secondo cui il testo novellato

¹³ Il silenzio inadempimento “costituisce la violazione più grave ed evidente del principio di doverosità, in quanto in tali ipotesi l'amministrazione omette totalmente di svolgere l'attività di soddisfazione degli interessi a protezione necessaria” così G. ROSSI, *Diritto amministrativo*, I, *Principi*, Milano 2005, p. 425 e ss.

¹⁴ Sul dibattito in giurisprudenza, relativo alla possibilità, in siffatto giudizio, di conoscere la fondatezza nel merito della pretesa si veda, in giurisprudenza, Cons. Stato sez. VI n. 3803/2001 in *Urb e App.* n.11/2001 p. 1237 con commento di L. TARANTINO; TAR Lazio n. 2372/2001 in *Urb e App.* n. 10/2001 p. 1123 con commento di R. GIOVAGNOLI; Cons. Stato n. 3256/2002 in www.giustizia-amministrativa.it e Ad.Plen. Cons di Stato 9 gennaio 2002, n. 1 in *Urb e App.* n. 4/2002 con commento di L.T. ARANTINO. Secondo la citata decisione della Plenaria “il giudizio disciplinato dall'art 21-bis è diretto ad accertare se il silenzio violi l'obbligo dell'amministrazione di adottare un provvedimento esplicito sull'istanza del privato; il giudice non si sostituisce all'amministrazione in nessuna fase del giudizio, ma accerta se il “silenzio” si o non sia illegittimo e, nel caso di accoglimento del ricorso, impone all'amministrazione di provvedere sull'istanza entro il termine assegnato.” In dottrina, F.SATTA, *Impugnativa del silenzio e motivi di merito*, in *Foro Amm. – C.d.S.*, 2002, I, p. 48: secondo l'Autore” se l'amministrazione ha indebitamente mantenuto un comportamento inerte, male ha fatto; le si intimi di provvedere, ed a tutela del cittadino si sia pronti a nominare un commissario, che operi in nome della ormai pervicacemente inerte burocrazia. Mai però il giudice si sostituisca all'amministrazione. La celerità del giudizio non comporta commistione di ruoli e di responsabilità.” Si veda anche A. TRAVI, *Giudizio sul silenzio e nuovo processo amministrativo*, in *Foro.it.*, III, p. 227; F. D. TREBASTONI, *Silenzio della p.a. e oggetto del giudizio: un problema di tutela effettiva*, in *Foro Amm. -C.d.S.*, 2002, II, p. 242 sull'ambiguità del verbo “può” si veda L.TARANTINO, *Chiedi al silenzio in Urb e App.* n. 8/2005 p. 890. L'esito l'interpretativo può sfociare nel senso che: 1) il giudice può sempre conoscere della fondatezza dell'istanza ovvero 2) il giudice può solo in talune ipotesi, conoscere della fondatezza dell'istanza. Secondo l'autore: “una simile ambiguità deve quindi essere superata attraverso un serrato confronto su temi quali: “merito”, “separazione dei poteri”, “azioni esperibili nel processo amministrativo”, “struttura del processo amministrativo”, “parti necessarie del processo amministrativo”. Sull'argomento e sulla portata del verbo “può” altresì cfr. G. GRECO, *Ampliamento dei poteri cognitori e decisorio del giudice amministrativo nella legge 241/1990 e successive modifiche*, in *Foro amm. - TAR-* n. 6/2005 *Riforma della l. 241/90 e processo amministrativo*, (a cura di M.A.Sandulli); M.A. SANDULLI, *La disciplina del silenzio della pubblica amministrazione: spunti di riflessione in materia di tutela giurisdizionale*, in V. Parisio (a cura di), *Inerzia della pubblica amministrazione e tutela giurisdizionale: una prospettiva comparata*, Atti del IX Convegno biennale di diritto amministrativo, Milano, 2002, p. 183. Sul silenzio-rifiuto alla luce della riforma, cfr. anche F.G. SCOCA, *Il silenzio della p.a.: ricostruzione dell'istituto in una prospettiva evolutiva*, in *Inerzia della pubblica amministrazione e tutela giurisdizionale*, cit. e M. OCCHIENA, *Riforma della legge 241/90 e “nuovo” silenzio-rifiuto: del diritto v'è certezza*, in *Giustizia amministrativa. Rivista di diritto pubblico*.(www.giustamm.it).

¹⁵ In merito si veda: TAR Lazio n. 2362/2006 in *Giustizia amministrativa. Rivista di diritto pubblico*, (www.giustamm.it), che in questo specifico caso ha inteso la possibilità di conoscere la fondatezza dell'istanza

dalla legge n. 15/2005 prevede la possibilità per il Giudice di pronunciarsi sulla fondatezza della domanda, una possibilità esclusa in base alla legislazione previgente dalla prevalente giurisprudenza, che riteneva il rito medesimo finalizzato alla mera declaratoria dell'obbligo per l'amministrazione di provvedere; detta possibilità, in ogni caso, può essere intesa solo

come un potere e non come un obbligo, soprattutto quando vengono in rilievo casi di particolare complessità e dunque casi in cui l'esito non è vincolato. Si osserva in giurisprudenza come "va tuttavia precisato che in questa sede il Tribunale ritiene di doversi limitare alla mera declaratoria dell'obbligo dell'Amministrazione di provvedere, positivamente o negativamente, sulla questione Non è infatti possibile pervenire al richiesto accertamento della fondatezza della pretesa sostanziale e alla conseguente "condanna" dell'Amministrazione a provvedere nel senso della immediata riattivazione della Scuola di Specializzazione in Odontostomatologia. Infatti, la pronuncia del giudice amministrativo sulla fondatezza dell'istanza, di cui all'art. 2, comma 5, della L. n. 241/1990 (introdotto dall'art. 2, comma 6-bis del D.L. 14 marzo 2005, n. 35, conv. in legge 14 maggio 2005, n. 80), va considerata come espressione di un potere e non di un obbligo, come risulta dallo stesso tenore della disposizione ("...può conoscere della fondatezza dell'istanza"). Ed è evidente che tale potere non è ragionevolmente esercitabile nei casi che - come quello in esame - presentino profili di particolare complessità, ontologicamente incompatibili con le caratteristiche di celerità del giudizio camerale sul silenzio, come configurato dall'art. 21 bis della l. n. 1034/71" (cfr. TAR Toscana, sez. I, 22 giugno 2005, n. 3044). In questo stesso senso TAR Campania n. 3099/2006, in *Giustizia amministrativa. Rivista di diritto pubblico*, (www.giustamm.it): "Ai sensi dell'art. 2 della L. n. 241/90 come modificato dalla L. n. 15/2005, il giudice adito ex art. 21bis della L. n. 1034/71 e s.m. ha la possibilità di valutare la fondatezza dell'istanza avanzata dall'interessato solo ove venga in rilievo un'attività vincolata da parte dell'amministrazione. Nel caso di attività discrezionale, infatti, attribuire tale potere al g.a. implicherebbe l'affermazione di una vera e propria giurisdizione di merito, nella quale la condanna all'adempimento presupporrebbe una valutazione giudiziale sostitutiva della scelta discrezionale dell'amministrazione, giurisdizione di merito limitata, nel nostro ordinamento, ai soli casi espressamente previsti dalla legge. Nello stesso senso si veda TAR Veneto in *Foro amm.* - Tar - n. 4/2005 p. 987: "Nel giudizio avverso il silenzio disciplinato dall'art. 21, l. 6 dicembre 1971 n. 1034 il giudice può conoscere della fondatezza della pretesa sostanziale quando sia pacifico che l'amministrazione inadempiente debba provvedere in un determinato senso"; v. anche TAR Campania n. 6747/2006 in *Giustizia amministrativa. Rivista di diritto pubblico*, (www.giustamm.it), secondo cui "a seguito delle modifiche apportate all'art. 2 della legge n. 241/90 dalla legge n. 80/2005, il privato che impugni il silenzio inadempimento dell'Amministrazione può richiedere che il G.A. si pronunci anche sulla fondatezza della domanda e tale facoltà non trova ostacoli di sorta laddove il provvedimento costituisca esercizio di attività vincolata, posto che in tal caso la fondatezza della domanda del privato è chiaramente apprezzabile dal giudice in quanto la vincolatività dell'atto e la fondatezza della pretesa sono, solitamente, avvinte in un'unica situazione sostanziale; e poiché, trattandosi di attività vincolata, è la stessa norma che assorbe in sé la identificazione dei presupposti per l'adozione dell'atto e per l'accoglimento della istanza del privato: in questi casi, il potere del giudice di conoscere della fondatezza della istanza, quindi, serve a consentire la piena deliberazione dell'esistenza dell'obbligo a provvedere, concorre ad integrare strutturalmente l'oggetto del giudizio sull'esistenza dell'obbligo di provvedere, affermato il quale la fondatezza deriva in re ipsa." TAR Sicilia n. 332/2006 su *Giustizia amministrativa. Rivista di diritto pubblico*, (www.giustamm.it), che statuisce come "nelle controversie relative al silenzio sulle istanze dei privati, il giudice amministrativo - anche dopo le innovazioni introdotte dall'articolo 3, comma 6-bis del D.L. 35/2005, convertito dalla legge 80/2005 - non può accertare la fondatezza sostanziale delle pretese azionate qualora queste dipendano dall'esercizio del potere discrezionale della pubblica amministrazione." In senso contrario si veda TAR Veneto n. 4304/2005 su *Giustizia amministrativa. Rivista di diritto pubblico*, (www.giustamm.it), secondo cui non sussisterebbe alcuna norma che limiterebbe la possibilità di conoscere la fondatezza dell'istanza alle sole ipotesi di cd atti vincolati. "La norma relativa al silenzio - rifiuto di cui all'art. 3, comma 6-bis, legge 14 maggio 2005, n. 80 risponde a esigenze di semplificazione, celerità dell'azione amministrativa e tutela del cittadino, superando la posizione espressa dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con decisione n. 1 del 9.1.2002 (cfr. C.d.S., V, 10.4.2002), secondo cui "il giudizio avente ad oggetto il "silenzio" dell'amministrazione, quale oggi disciplinato dall'art. 21 bis della legge 6.12.1971 n. 1034, aggiunto dall'art. 2 della legge 21.7.2000 n. 205, è volto ad accertare unicamente la violazione dell'obbligo dell'amministrazione di provvedere sull'istanza di un soggetto tendente a sollecitare l'esercizio di un pubblico potere; con la conseguenza che resta estranea al predetto giudizio la conoscibilità della fondatezza della pretesa sostanziale".

¹⁶ In *Foro amm.* -TAR- n. 12/2006, *Osservatorio giurisprudenziale*.

entro i limiti, che il principio della separazione dei Poteri consente, ovvero – ad avviso del collegio – limitatamente ad atti vincolati, cui non sia riconducibile alcun margine di discrezionalità sia amministrativa che tecnica”; nello stesso senso TAR Lazio n. 473/2007¹⁷ secondo cui la nuova formulazione dell’art. 2, l.n. 241/1990, pur avendo precisato che il rito speciale non sia più unicamente volto a verificare l’illegittimità dell’inadempimento stante la sussistenza di un obbligo a provvedere, non ha altresì rimosso i limiti posti ai poteri cognitori del giudice amministrativo, attesa la sua impossibilità di ingerenza in ordine all’*an* e al *quomodo* del provvedimento discrezionale richiesto; ancora, TAR Sicilia n. 169/2007¹⁸ secondo cui se è vero che il giudice può conoscere, in tema di silenzio-inadempimento, della fondatezza dell’istanza, purtuttavia va escluso che il Giudice amministrativo possa sostituirsi all’amministrazione adottando il provvedimento richiesto dal ricorrente in ragione del principio della separazione dei poteri; per cui qualora l’amministrazione debba compiere valutazioni di carattere discrezionale oppure nelle ipotesi in cui sia necessario effettuare accertamenti complessi durante l’iter procedimentale, il giudice amministrativo non può valutare la fondatezza dell’istanza o ordinare all’amministrazione l’emanazione di un certo provvedimento). E’ evidente che una diversa interpretazione secondo cui, l’indagine del giudice amministrativo sia di merito anche in casi di atti discrezionali, assumerebbe una portata veramente dirompente; ci sarebbe un superamento della tesi dominante, fatta propria dall’Ad. Plenaria n. 1/2002, ed una (inammissibile) introduzione di una nuova ipotesi di giurisdizione di merito, “anomala” e non più eccezionale bensì, per così dire, *trasversale*, in quanto avente ad oggetto qualunque tipologia di provvedimento.

4. La motivazione del provvedimento alla luce dell’art. 21-octies comma 2, l. proc. amm. introdotto dalla legge n. 15/2005

L’introdotta principio del raggiungimento dello scopo della norma che si assume violata, applicato all’istituto della motivazione, nonostante i lampanti effetti dirompenti, solleva dubbi di legittimità costituzionale, risultando altresì contrastante con i principi comunitari elaborati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. La mancanza o il difetto della motivazione che costituisce principio generale (art. 3 l.n.241/90)¹⁹ infatti, potrebbe

¹⁷ In *Foro amm.-TAR-* n. 12/2007, *Osservatorio giurisprudenziale*.

¹⁸ In *Foro amm.-TAR-* n. 12/2007, *Osservatorio giurisprudenziale*.

¹⁹ Sul punto, R. ROLLI, *Recenti applicazioni giurisprudenziali del principio dell’obbligo di motivazione*, in *Le Corti calabresi*, 2004.

assurgere a c.d. vizio non invalidante, soprattutto nel caso di atti vincolati²⁰; dunque, laddove emerga che, nonostante il vizio (sub-specie in termini di carenza di motivazione), il relativo atto avrebbe avuto comunque quell'esito - in virtù del suo carattere vincolato - il suddetto vizio non invaliderebbe l'atto, non determinerebbe l'annullamento dello stesso. Alla luce di quest'ultimo rilievo, emerge dunque che, se da un lato, si è potenziato l'istituto²¹, per altro verso, alla luce del principio del c.d. raggiungimento dello scopo della norma violata, l'omessa motivazione (nei casi di provvedimento "ad esito vincolato") potrebbe interpretarsi come vizio *non invalidante*, e non avere quindi carattere essenziale ed ineliminabile.²²

²⁰ Per gli orientamenti giurisprudenziali che, già prima della riforma, escludevano la necessità della motivazione nelle ipotesi di attività vincolata cfr. TAR Friuli-Venezia Giulia n. 95/1992 e TAR Lombardia n. 342/1994, in www.giustizia-amministrativa.it

²¹ La stessa motivazione infatti è stata resa obbligatoria sia per gli atti vincolati che per gli atti ad istanza di parte, e ancora, per gli atti cd non provvedimentali; ma non solo, il "rafforzamento" dell'istituto lo si evince altresì in collegamento al principio di coerenza, congruenza fra istruttoria e provvedimento; il responsabile del procedimento infatti, non può discostarsi dagli esiti dell'istruttoria se non appunto "motivando".

²² In questo senso TAR Campania, Salerno n. 760/2005 in *Giurisprudenza Amministrativa*, secondo cui "non inficia innanzitutto la legittimità dell'operato dell'amministrazione il denunciato difetto motivazionale, atteso che, al di là da meri rilievi formali, la vicenda in esame impone che si dirima la questione sostanziale posta in evidenza, consistente nello stabilire se i titoli posseduti siano sufficienti ai fini della sospirata ammissione secondo la *lex specialis* del concorso. Per giunta, ogni patologica ricaduta dei vizi attinenti alla forma degli atti amministrativi o a violazioni procedurali, è ormai da escludersi alla luce del recente intervento normativo di cui alla legge n. 15 dell'11 febbraio 2005 che ha introdotto l'art 21-octies il cui comma 2 prevede che "non è annullabile il provvedimento amministrativo adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato." Nello stesso senso TAR Campania nn. 765/2005 766/2005 in www.giustizia-amministrativa.it; v. altresì TAR Abruzzo, Pescara n. 185/2005 secondo cui "deve, pur tuttavia, in merito ricordarsi che l'art. 21-octies della L. 7 agosto 1990, n. 241, introdotto dall'art. 14 della L. 1 febbraio 2005, n. 15, dispone che non sia annullabile il provvedimento adottato in violazione delle norme sulla "forma degli atti" (cioè da esempio - come nel caso di specie - per difetto di motivazione) "qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello adottato". Tale norma oggi vigente dispone, cioè, che non possa disporsi l'annullamento da parte del Giudice amministrativo di un atto in relazione ad una sua supposta carenza di motivazione, quando - ove si tratti, come nel caso di specie, di un atto vincolato - "sia palese" che il contenuto dispositivo dell'atto (cioè nella specie il disposto rigetto della richiesta di rilascio del permesso di costruire) non sarebbe stato diverso. Ciò posto, il Collegio è dell'avviso che dall'esame degli atti di causa sia 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." TAR Abruzzo n. 394/2005 in www.lexitalia.it e in www.giustizia-amministrativa.it n. 6/2005, ha ritenuto, in quest'ultima pronuncia che "il difetto di motivazione sia uno dei vizi sulla forma degli atti cui fa riferimento l'art 21-octies e non sia pertanto un vizio sostanziale, che, ove sussistente, non debba necessariamente condurre all'annullamento dell'atto impugnato; e ciò in quanto la riforma del 2005 ha recepito la teoria del raggiungimento dello scopo, nel senso che il vizio formale non può condurre all'annullamento dell'atto amministrativo ove l'interesse pubblico sia stato in ogni caso soddisfatto". Nello stesso senso TAR Veneto n. 2020/05 e n. 935/05 in www.giustizia-amministrativa.it, e TAR Sardegna n. 1653/2005 in www.giustizia-amministrativa.it; secondo cui "l'unico motivo di gravame la ricorrente deduce l'assoluto difetto di motivazione dell'atto impugnato. Tale carenza, pur essendo effettivamente sussistente, non appare idonea a provocare l'annullamento dell'atto. Infatti, il Collegio ritiene applicabile nella fattispecie la norma di cui all'art. 21 octies, 2° comma, della L. 7/8/1990 n°241, come modificata dalla L. 11/2/2005 n°15 (sull'applicabilità della norma anche ai giudizi pendenti si veda TAR. Sardegna 25/3/2005 n°483). In base alla richiamata disposizione "Non è annullabile il provvedimento

Quest'ultima infatti, non sembra assurgere ad elemento cardine il cui difetto od omissione determina l'invalidità del provvedimento che ne sia sprovvisto: siffatto vizio diviene quindi, in talune ipotesi *superabile* (in quanto vizio formale), non determinando, così, l'annullamento del provvedimento²³ (per l'essenzialità della motivazione, di recente, TAR Liguria n. 16216/2006²⁴: “Né, nel caso di specie, può trovare utile applicazione il principio di cui all'art. 21 octies, comma 2, della Legge n. 241/90, introdotto dalla Legge n. 241/90. In primo luogo, infatti, la motivazione del provvedimento amministrativo è un elemento essenziale, la cui mancanza o insufficienza non rientra tra i vizi del procedimento e sulla forma degli atti che, ai sensi dell'articolo sopra richiamato, non danno luogo all'annullabilità del provvedimento stesso qualora il suo contenuto dispositivo comunque non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. In secondo luogo, le autorizzazioni paesaggistiche non hanno certamente natura vincolata, e quindi l'applicabilità dell'art. 21 octies è esclusa in radice dal disposto della norma stessa”; in senso difforme Tar Lombardia n. 1173/2006²⁵: “Per quanto concerne il vizio di difetto di motivazione, detto vizio rientra tra quelli sulla forma degli atti e quindi è compreso nell'ambito applicativo dell'art. 21-octies, comma 2, parte prima, della l. n. 241 del 1990: ciò, perché la riforma introdotta dall'articolo

amministrativo adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello adottato...” Orbene, come emerge dagli atti depositati in giudizio dall'intimata amministrazione, la ricorrente era priva di un requisito essenziale per l'inserimento nella graduatoria degli aspiranti a posti di assistente amministrativo: l'aver prestato almeno trenta giorni di servizio, anche non continuativo, nel medesimo profilo professionale a cui si riferisce la domanda (art. 1, 2° comma, D.M. 19/4/2001). Nella fattispecie, pertanto, è del tutto evidente che il provvedimento impugnato, non avrebbe potuto essere di segno diverso e ciò non ne consente l'annullamento anche in presenza del riscontrato difetto di motivazione. TAR Lombardia n. 1957/2006 in *Foro amm-TAR-* n. 9/2006, Osservatorio giurisprudenziale, ha rilevato che l'art. 21-octies, comma 2, parte prima, della legge n. 241/1990 è estensibile anche al vizio di difetto di motivazione.

²³ Sulla impossibilità della “riduzione” della motivazione a mero requisito di forma del provvedimento in quanto, invece elemento essenziale del provvedimento cfr. in dottrina: F.G. SCOCA, M.A. SANDULLI, A. POLICE, Relazione al convegno su “*Riforma della l.n.241/90 e processo amministrativo:una riflessione a più voci*” reperibile su www.giustamm.it, svoltosi nel maggio 2005 presso l'Università Bocconi di Milano. Nello stesso senso anche G. CORSO al convegno di Parma del Giugno 2005 su : *Le innovazioni della disciplina generale dell'azione amministrativa, una prima lettura della legge 11 febbraio 2005 n.15*. Per l'essenzialità della motivazione e la non applicabilità del principio del raggiungimento dello scopo agli atti aventi natura non vincolata v. TAR Liguria n. 1626/2006 in *Giustizia amministrativa. Rivista di diritto pubblico*.(www.giustamm.it) che statuisce come “la motivazione del provvedimento amministrativo è un elemento essenziale, la cui mancanza o insufficienza non rientra tra i vizi del procedimento e sulla forma degli atti che, ai sensi dell'articolo sopra richiamato, non danno luogo all'annullabilità del provvedimento stesso qualora il suo contenuto dispositivo comunque non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato[...]. Le autorizzazioni paesaggistiche non hanno certamente natura vincolata, e quindi l'applicabilità dell'art. 21-octies è esclusa in radice dal disposto della norma stessa.”

²⁴ In *Giustizia amministrativa. Rivista di diritto pubblico* (www.giustamm.it).

²⁵ In *Foro amm-TAR-* n.4/2006, Osservatorio giurisprudenziale.

ora citato ha sancito la prevalenza della teoria del cd raggiungimento dello scopo, nel senso che il vizio meramente formale di un atto amministrativo non può condurre al suo annullamento ove l'interesse pubblico sia stato in ogni caso soddisfatto"; nonché Tar Liguria n. 1519/2006²⁶ secondo cui, in presenza di una violazione di norme sulla forma degli atti – cui è riconducibile il difetto di motivazione – soccorre il disposto dell'art. 21-octies comma 2 primo periodo della l. 241/1990, a mente del quale il provvedimento non è comunque annullabile qualora, per la sua natura vincolata, sia palese che il contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato).

Il problema che si pone è dunque quello di delimitare in maniera netta e precisa la linea di confine tra attività discrezionale e vincolata, siffatta distinzione ha evidenti ricadute sull'istituto della motivazione, posto che, per i provvedimenti discrezionali, la carenza di motivazione assurge a vizio sostanziale che implica, conseguentemente, l'annullamento del provvedimento stesso. Se il principio del raggiungimento dello scopo trova applicazione in riferimento agli atti vincolati, bisogna capire che cosa si intenda per atto vincolato²⁷.

In conclusione, il recepimento dei principi comunitari (art. 1 l. n. 241/90 così come novellato dalla legge n. 15/2005), che impongono la motivazione dei provvedimenti amministrativi, non sembra in linea col l'indirizzo assunto dal legislatore volto a degradare il difetto di motivazione a vizio non invalidante.

²⁶ In *Foro amm-TAR*- n.10/2006, *Osservatorio giurisprudenziale*.

²⁷ La linea di demarcazione infatti non è poi così netta. Sul punto, in dottrina cfr. E. CASETTA, *Riflessioni in tema di discrezionalità amministrativa, attività vincolata e interpretazione*, in *Dir econ.* 1998. In giurisprudenza cfr. Cons. di St. n. 2823/2001 in *Giustizia amministrativa. Rivista di diritto pubblico* (www.giustamm.it) che statuisce come "la comunicazione del provvedimento dovrebbe diventare superflua quando: 1.l'adozione del provvedimento finale è doverosa (oltre che vincolata) per l'amministrazione; 2.i presupposti fattuali dell'atto risultano assolutamente incontestati dalle parti; 3.il quadro normativo di riferimento non presenta margini di incertezza sufficientemente apprezzabili; 4. l'eventuale annullamento del provvedimento finale, per accertata violazione dell'obbligo formale di comunicazione non priverebbe l'amministrazione del potere (o addirittura del dovere) di adottare un nuovo provvedimento di identico contenuto (anche in relazione alla decorrenza dei suoi effetti giuridici)".

Connessa alla tematica *de qua* è l'introduzione dell'art 10-bis l. proc. amm.²⁸: comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza. Si introduce la c.d. motivazione anticipata - o preavviso di rigetto - avente funzione deflattiva del contenzioso fra privato e pubblica amministrazione (di recente il TAR Veneto n. 72/2007²⁹ ha definito la succitata disposizione come norma generale a tutela della partecipazione; secondo il TAR Emilia Romagna, pronuncia n. 17/2007³⁰, "il c.d. "preavviso di rigetto", previsto dall'art. 10-bis della legge n. 241 del 1990, mira a realizzare un contraddittorio predecisorio, con l'effetto di anticipare il meccanismo dialettico che ha luogo nel processo e dar così modo

²⁸ L'art 10 bis l. n. 241/90 così come novellato, prevede testualmente che: "il responsabile del procedimento o l'autorità competente, prima della formale adozione del provvedimento negativo, comunica tempestivamente agli istanti i motivi che ostano all'accoglimento della domanda". Alla luce di tale comunicazione e si può instaurare un contraddittorio tra l'istante e l'amministrazione (nel termine di dieci giorni infatti il privato può presentare le proprie osservazioni e la relativa documentazione); nasce un vero e proprio subprocedimento il quale rafforza sicuramente il momento partecipativo e collaborativo del privato. Nulla dice la legge sulla perentorietà o meno di siffatto termine, sulla possibilità di differimento dello stesso, nonché sul contenuto delle stesse osservazioni, e del loro effetto sul termine del procedimento. Per l'irragionevolezza della norma in quanto limitata ai soli provvedimenti ad iniziativa di parte, in dottrina, F.G.SCOCA, *Conclusioni*, in *Foro amm. -Tar-Riforma della l. 241/1990 e processo amministrativo*, cit.; limita invece la disposizione ai soli procedimenti ad istanza di parte, TAR Lazio n. 11612/2006 in *Foro amm.-TAR-* n. 10/2006: "L'art. 10-bis della l. agosto 1990 n.241, che prevede l'obbligo in capo all'Amministrazione di comunicare tempestivamente al privato i motivi ostativi all'accoglimento di una domanda da questi presentata, si riferisce ai soli procedimenti iniziati ad istanza di parte."

Più in generale sull'art. 10-bis l.proc.amm., in giurisprudenza: TAR Puglia n. 2125/2006, in *Giustizia amministrativa. Rivista di diritto pubblico* (www.giustamm.it), secondo cui, "l'innovativa disposizione ha un ruolo fondamentale nello svolgimento delle funzioni ampliative o conformative della posizione giuridica del privato, che non può essere svilito a mero onere formale e, neppure, a quello di adempimento istruttorio. Esso, piuttosto, mira a dar luogo ad un contraddittorio predecisorio, fondato sulla motivazione della decisione in nuce dell'amministrazione, anticipando il meccanismo dialettico che ha luogo nel processo. A seguito di tale contraddittorio l'Amministrazione potrebbe anche mutare il proprio orientamento, accogliendo in tutto o in parte le osservazioni dell'interessato[...]. Posto che l'adempimento del preavviso di rigetto ex art.10-bis, l. 7 agosto 1990 n.241, mira a dar luogo ad un contraddittorio predecisorio, fondato sulla motivazione della decisione in nuce dell'amministrazione, anticipando il meccanismo dialettico che ha luogo nel processo, tale funzione non viene meno allorché la riapertura del procedimento nasca da un ordine dell'autorità giurisdizionale". TAR Piemonte n 3311/2005 in *Giustizia amministrativa. Rivista di diritto pubblico*(www.giustamm.it), ha statuito che "è palesemente fondato il primo motivo di ricorso con il quale l'esponente lamenta la violazione dell'articolo 10 bis della legge n. 241/1990, introdotto dalla legge n. 15/2005, poiché il provvedimento finale, oggetto dell'impugnazione, non è stato preceduto dal doveroso "preavviso di diniego". Tale disposizione, che trova applicazione nei procedimenti a istanza di parte, prevede una tecnica di diluizione procedimentale che obbliga l'Amministrazione, qualora intenda concludere il procedimento con un provvedimento negativo, a comunicare preventivamente all'istante i motivi che ostano all'accoglimento della domanda. La comunicazione in parola era dovuta nel procedimento di cui si tratta, originato dall'istanza presentata dall'attuale ricorrente, che, pur avviato in epoca antecedente l'entrata in vigore della legge n. 15/2005, si è perfezionato sotto la vigenza della nuova normativa (essendo irrilevante il fatto che, come eccepito dall'Amministrazione, detta normativa sia entrata in vigore in epoca successiva alla presentazione dell'istanza e allo svolgimento dell'istruttoria). E' pacifico, pertanto, che l'omissione della comunicazione prescritta dal citato articolo 10 bis abbia cagionato, nel caso di specie, l'illegittimità del provvedimento finale di diniego. Neppure potrebbe invocarsi, in senso contrario alla conclusione di cui sopra, l'applicabilità dell'art. 21-octies della legge n. 241/1990, stante il già rilevato carattere discrezionale del provvedimento".

²⁹ In *Foro amm.-TAR-* n.12/2006, *Osservatorio giurisprudenziale*.

³⁰ In *Giustizia amministrativa. Rivista di diritto pubblico* (www.giustamm.it).

all'Amministrazione di mutare il proprio orientamento, ove le osservazioni dell'interessato dovessero rivelarsi in tal senso convincenti; che, essendosi dunque l'Amministrazione nella circostanza astenuta dal dare preventiva comunicazione all'interessato delle ragioni poste a base del diniego, il conseguente vizio procedurale inficia l'atto impugnato, ed obbliga l'Autorità competente a provvedere alla rinnovazione *in parte qua* del procedimento, ai fine di acquisire le osservazioni del privato").

Sul punto si pone il problema se, la stessa seconda parte dell'art. 21-octies 2° comma *l. proc. amm.*, si applichi non solo al caso di omessa comunicazione dell'avvio del procedimento³¹, ma anche in situazioni analoghe, appunto come quella disciplinata dall'art. 10-bis *l. cit.*³² (per le pronunce più recenti al riguardo, si può richiamare: TAR Abruzzo n.

³¹ Sul rapporto: art. 21-octies – art. 7 *l. proc. amm.*, di recente, TAR Liguria n. 235/2007³¹: “la preventiva comunicazione di avvio del procedimento prevista dall'art. 7. l. n. 241 del 1990 rappresenta un principio generale dell'agere amministrativo, soprattutto quando si tratta di casi di autotutela a mezzo di revoca o annullamento di precedenti provvedimenti favorevoli. D'altra parte, non può trovare applicazione l'art. 21-octies comma 2 secondo periodo della legge n. 241/1990 (“il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato”) – oggetto di specifica eccezione da parte della Regione Liguria - perché l'amministrazione non ha fornito la prova che il contenuto del provvedimento medesimo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato”.

³² In merito a siffatta problematica si veda C. POLIDORI, *I vizi formali e procedurali nelle prime applicazioni pretorie dell'art.21-octies l. 241/90* in *Corr. del merito* n. 2/2006 p. 243 e ss. In giurisprudenza cfr. TAR Piemonte n. 2837/2005 in *Corr. del merito* n.5/2006 con commento di G. MICARI. Secondo il Tar, la violazione dell'obbligo di cui all'art.10-bis che prescrive l'obbligo di tempestiva comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza, comporta l'illegittimità del provvedimento amministrativo di rigetto; l'art. 10-bis dunque non è assimilabile ad un vizio procedurale o formale non essendo una applicazione dell'art. 7 l. n. 241/90 sulla comunicazione dell'avvio del procedimento (soggetto alla disciplina di cui all'art. 21-octies 2° comma seconda parte l. n. 241/90, implicante la non annullabilità anche dei provvedimenti discrezionali). *Contra* TAR Liguria n. 1118/2007 in *Foro amm.-TAR.* n. 5/2007, secondo cui la violazione dell'art. 10 bis l. 241 del 1990 ha natura procedurale e quindi sanabile ai sensi dell'art. 21 octies comma 2 primo inciso l. 241 cit., laddove sia palese che il provvedimento non avrebbe potuto avere esito e contenuto diverso l'amministrazione nel provvedimento finale, in specie laddove l'amministrazione abbia in concreto valutato le ragioni esposte nella memoria ex art. 10 bis reputandole inconsistenti.

Sul rapporto tra art 10-bis e art. 7 *l. proc. amm* cfr. anche, R.E. IANIGRO, *La tutela virtuale della partecipazione al procedimento amministrativo*, in *Corr. del merito* n. 4/2006, p. 527. In giurisprudenza secondo TAR Piemonte n.3296/2005 in *Giustizia amministrativa. Rivista di diritto pubblico* (www.giustamm.it) “Considerato che, con il terzo motivo, il ricorrente denuncia violazione dell'art. 10-bis L. 7 agosto 1990, n. 241, a norma del quale “nei procedimenti ad istanza di parte il responsabile del procedimento o l'autorità competente, prima della formale adozione di un provvedimento negativo, comunica tempestivamente agli istanti i motivi che ostano all'accoglimento della domanda (...)”. Ritenuto che l'omissione di tale incombenza vizia effettivamente il provvedimento impugnato. Ritenuto che nel caso in esame non può neppure trovare applicazione la sanatoria di cui all'art. 21-octies stessa legge, in base al quale “non è annullabile il provvedimento adottato in violazione alle norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'Amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato”. Ritenuto infatti che la prima parte di tale disposizione non riguarda la presente fattispecie, trattandosi di atto discrezionale, mentre la sanatoria di cui alla seconda parte, pur riguardante gli atti discrezionali, è riferibile alle sole violazioni procedurali concernenti la mancata comunicazione dell'avvio del procedimento, ma non anche la mancata comunicazione di cui al citato art. 10-bis.”

437/2007³³ secondo cui, l'omessa comunicazione del cd preavviso di rigetto non provoca *ex se* l'illegittimità del provvedimento finale tutte le volte in cui si provi l'irrelevanza della partecipazione dell'interessato rispetto ad un esito del procedimento medesimo che, comunque, non avrebbe potuto essere diverso e ciò in quanto il principio di cui all'art. 21-*octies*, comma 2, seconda parte, l. n. 241 del 1990, della non annullabilità del provvedimento per violazione dell'art. 7 della medesima legge, trova applicazione anche nel caso di violazione dell'art. 10-*bis*. Il TAR Lazio n. 3798/2007³⁴ di recente ha sostenuto che l'applicazione dell'art. 10-*bis* l.n. 241 del 1990 è esclusa dall'art. 21 *octies* della stessa legge, il quale stabilisce che non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato; nello stesso senso TAR Liguria n. 1118/2007³⁵ secondo cui, la violazione dell'art. 10-*bis* l. 241 del 1990 ha natura procedurale e quindi è sanabile ai sensi dell'art. 21 *octies* primo inciso l. 241 cit., laddove sia palese che il provvedimento non avrebbe potuto avere esito e contenuto diverso).

5. La disciplina degli accordi

Fenomeno importante è quello rappresentato dalla detipizzazione³⁶ degli accordi c.d. sostitutivi: si introduce la possibilità per l'amministrazione di ricorrere a tale fattispecie, non più solo nei casi previsti dalla legge, bensì ogni qual volta la stessa lo ritenga opportuno al fine del perseguimento dell'interesse pubblico³⁷, (art 11 *l. proc. amm*). La pubblica

³³ In *Foro amm.-TAR-* n.3/2007, Osservatorio giurisprudenziale.

³⁴ In *Foro amm.-TAR-* n.4/2007, Osservatorio giurisprudenziale.

³⁵ In *Foro amm.-TAR-* n.5/2007, Osservatorio giurisprudenziale.

³⁶ Tuttavia la dottrina specifica che “benchè detipizzato, per quanto attiene alla tipicità dell'an, l'accordo in parola resta pur sempre tipico, giacchè i suoi contenuti essenziali e, soprattutto, i suoi effetti non possono non continuare a corrispondere, per ragioni logiche e testuali fin troppo evidenti, a quelli del provvedimento sostituito”. Cfr. E. STICCHI DAMIANI, *Gli accordi amministrativi dopo la l. n. 15/2005*, in *Foro amm.* n. 6/2005 p. 27 e ss.

³⁷ Per un commento sul tema dopo l'intervento delle riforma del 2005: E. STICCHI DAMIANI, *Gli accordi amministrativi dopo la l. n. 15/2005*, in *Foro amm.* n. 6/2005 p. 27 e ss.; L. MONTEFERRANTE, *La nuova disciplina degli accordi procedurali: profili di tutela giurisdizionale* in *Foro Amm.* Vol. IV supplemento al n. 6/05: *Riforma della l. 241/90 e processo amministrativo* (a cura di) M.A. SANDULLI; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contratti e accordi di diritto pubblico*, in AA.VV., *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, a cura di V. Cerulli Irelli, Napoli, 2006; N. SAITTA, “005: licenza di sostituire” (a proposito del “nuovo” art 11 della l.n. 241), in *Giustizia amministrativa. Rivista di diritto pubblico* 3/2005; G.TULUMELLO, *Il nuovo regime di atipicità degli accordi sostitutivi: forma di Stato e limiti*

amministrazione, come noto, ha facoltà di scelta, sia per ciò che concerne l'*an* che il *quomodo* della procedura. Sul punto merita qualche riflessione la c.d. deliberazione preliminare³⁸ posta a monte della fattispecie, e per mezzo della quale vengono illustrate le ragioni che inducono l'amministrazione ad optare per il modulo consensuale anziché per quello unilaterale³⁹. Il problema che si pone concerne il contenuto della deliberazione stessa, con la quale la pubblica amministrazione verifica la possibilità che non sussistano ragioni ostative a che si possa addivenire ad un contratto con il privato: l'interrogativo riguarda il legame tra questa delibera preliminare ed il conseguente contratto. La fattispecie, a ben vedere, sembra richiamare la sequenza provvedimento-contratto che si rinviene nelle c.d. concessioni-contratto (oggi assorbite, appunto, nei c.d. accordi procedimentali). Tale accostamento presta il fianco a tutti i problemi che ne scaturiscono, quali ad es. l'impugnabilità congiunta o autonoma della delibera e dell'accordo finale, ancora, la tipologia dei vizi della delibera stessa; tra questi si annovera come ed in quali termini gli stessi refluiscano sull'accordo; non si dovrebbero porre, invece, problemi di giurisdizione, posto che, lo stesso art. 11 l.cit, prevede in materia, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Per quanto concerne la posizione dei terzi⁴⁰, l'art. 11 comma 1 l. cit., specifica a chiare lettere, che è ammesso il ricorso agli accordi *senza pregiudizio dei diritti dei*

all'amministrazione per accordi, in *Giustizia amministrativa. Rivista di diritto pubblico* (www.giustamm.it); A.REGGIO D'ACI, *Gli accordi amministrativi e la tutela dei "terzi": quale giurisdizione?*, in *Giustizia amministrativa. Rivista di diritto pubblico*. (www.giustamm.it).

³⁸ La dottrina, sul tema osserva come "attraverso tale deliberazione l'organo valuta l'opportunità e la sussistenza dei presupposti di legge per la stipula dell'accordo: è in tale determinazione che si concentra il giudizio di legittimità della fattispecie e, al contempo, si consuma la valutazione discrezionale circa l'opportunità dell'accordo; per il suo tramite si accerta, in definitiva, il rispetto dei principi che governano l'azione amministrativa e che qualificano lo statuto costituzionale della parte pubblica contraente; non sussistono pertanto ragioni logico sistematiche per affermare che l'accordo debba essere necessariamente esercizio del potere in senso tecnico; lo svolgimento del potere si arresta con l'assunzione della delibera preliminare; successivamente v'è agire funzionale (e determinazione discrezionale) ma non funzione in senso tecnico secondo la nota accezione di Benvenuti". Cfr. L. MONTEFERRANTE, *La nuova disciplina degli accordi procedimentali: profili di tutela giurisdizionale* in *Foro Amm.* Vol. IV supplemento al n.6/05: *Riforma della l.241/90 e processo amministrativo*, (a cura di) M.A. SANDULLI.

Sulla funzione della deliberazione preliminare in materia di accordi si veda ancora, E. STICCHI DAMIANI, *Gli accordi amministrativi dopo la legge n.15/2005* in *Foro amm.- TAR* cit.

³⁹ Di recente, in dottrina, F. SATTA- F. CARDARELLI, *Il contratto amministrativo*, in *Dir. amm.*, n. 2 del 2007, p. 205, ss.

⁴⁰ Sull'argomento si veda, L. MONTEFERRANTE, *La nuova disciplina degli accordi procedimentali: profili di tutela giurisdizionale* cit.; L. DE LUCIA, *Provvedimento amministrativo e diritti dei terzi Provvedimento amministrativo e diritti dei terzi. Saggio sul diritto amministrativo multipolare*, Giappichelli, Torino, 2005; A. REGGIO D'ACI, *Gli accordi amministrativi e la tutela dei "terzi" :quale giurisdizione?*, cit.

terzi; la disposizione sembra ricalcare l'art. 1372 comma 2, c.c.⁴¹ che prevede appunto che il contratto non produce effetto rispetto ai terzi se non nei casi previsti dalla legge. Si osserva in dottrina come "laddove rilevino posizioni terze, la via dell'accordo risulterà preferibile soltanto a condizione che, sempre a parità di soddisfacimento dell'interesse generale, la medesima risulti idonea a non produrre sacrifici ingiustificati a carico dei terzi: in caso contrario, quella provvedimentale costituisce la via obbligata, venendo in gioco, in termini decisivi, anche i principi di imparzialità e ragionevolezza"⁴². L'accordo quindi, per la sua valenza provvedimentale e pubblicistica non è vicenda isolata concernente il privato e la pubblica amministrazione, da qui l'impugnabilità e l'interesse a ricorrere di eventuali terzi.

6. La conferenza di servizi

Le novità principali in ordine all'istituto in questione possono sintetizzarsi in questi termini. Innanzitutto si è proceduto (opportunamente, a nostro modo di vedere), alla distinzione fra termini di "indizione" e termine di "convocazione" nell'ottica della sostanziale operatività, o comunque accelerazione, dell'istituto. L'art. 14-ter l. *proc. amm.* stabilisce che la prima riunione della conferenza di servizi è convocata entro quindici giorni ovvero, in caso di particolare complessità dell'istruttoria, entro trenta giorni dalla data dell'indizione. La convocazione della prima riunione, anche per via telematica o informatica deve pervenire almeno cinque giorni prima della relativa data. Siffatta puntualizzazione non è di poco conto, perché evita il verificarsi di *arresti procedurali* derivanti dall'originario termine di sola indizione della conferenza. Poteva accadere in sostanza che, una volta indetta la conferenza, venisse procrastinata l'effettiva convocazione della stessa e dunque l'inizio effettivo dei lavori.

L'art 14-ter comma 2 della l.cit., prevede altresì la possibilità di svolgere la conferenza attraverso il ricorso a strumenti informatici; previsione che si collega al principio di cui all'art

⁴¹ In tal senso F.G. SCOCA, *Autorità e Consenso* cit; F. CARINGELLA, *Il riparto di giurisdizione*, in *Trattato di giustizia amministrativa*, Milano, 2005. In senso contrario si sostiene tuttavia che "per il terzo l'accordo deve essere comunque qualificato come provvedimento amministrativo, o meglio, a prescindere dalla sua qualificazione, la clausola di salvezza induce a ritenere che costui, dal punto di vista della tutela e della sua effettività deve essere mantenuta indenne dalla scelta effettuata da altri soggetti (ivi compresa l'amministrazione) di addivenire a una fattispecie consensuale...Le esigenze di multipolarità devono costituire uno dei parametri alla stregua dei quali verificare la compatibilità delle norme del codice civile in tema di obbligazioni e contratti oltre che, probabilmente, uno dei criteri in base ai quali ricostruire la stessa figura in questione. E proprio per questa ragione, non sembra che, ove l'accordo avvenga nel quadro di una norma multipolare, si possa richiamare l'art 1372, 2° comma c.c., che come noto, impedisce la previsione di effetti (diretti, essendo, come noto, consentiti solo quelli riflessi) nei confronti dei terzi". Così L.DE LUCIA, *Provvedimento amministrativo e diritti dei terzi. Saggio sul diritto amministrativo multipolare*, cit.

⁴² Cfr E. STICCHI DAMIANI, *Gli accordi dopo la l.15/2005*, cit.

3-bis l.cit., il quale prevede appunto che: “per conseguire maggiore efficienza nella loro attività, le amministrazioni pubbliche incentivano l’uso della telematica, nei rapporti interni, tra le diverse amministrazioni e tra queste e i privati”. Nella prima riunione, o comunque in quella immediatamente successiva, le amministrazioni devono determinare il termine per la decisione della determinazione conclusiva che non può comunque superare i novanta giorni salvo quanto previsto dal successivo comma 4 (art 14-ter comma 2, l.cit). Controverso è l’introdotto criterio maggioritario (di tipo per così dire, *qualitativo-sostanziale*); criterio che, peraltro, già alla luce delle leggi antecedenti, aveva soppiantato l’originario principio della unanimità.

L’art. 14-ter comma 6-bis l. cit, parla appunto di adozione, da parte dell’amministrazione procedente, della determinazione motivata “valutate le specifiche risultanze della conferenza e tenendo conto delle posizioni prevalenti espresse in quella sede”. Il concetto di *posizione prevalente*, si distacca da una logica di tipo numerico-formale; la nuova prospettiva è di tipo funzionale e teleologico, perciò non quantitativa⁴³.

V’è di più. Alla luce della riforma il dissenso deve essere notificato solo in sede di conferenza e non in un momento successivo; diversamente, il dissenso espresso in sede di conferenza e tempestivamente manifestato, consente l’impugnazione della decisione adottata. Emerge dunque la distinzione tra amministrazione *silente*, amministrazione *dissenziante* e amministrazione *assente*. Nel primo caso infatti, si considera come acquisito l’assenso dell’amministrazione che, regolarmente convocata, non esprima definitivamente la propria volontà nei termini previsti dalla conferenza (art. 14-ter comma 7 l. proc.). Non è più possibile quindi impedire la formazione di questa vera e propria forma di silenzio-assenso, mediante un dissenso tardivo e postumo, o mediante una impugnazione della determinazione conclusiva; alla luce delle novità introdotte dalla legge n. 15/2005 non è più possibile, dunque, sanare la propria posizione, attraverso un intervento postumo.

Nel caso invece di amministrazione *dissenziante*, l’impugnazione, come detto, può essere esercitata subordinatamente alla ricorrenza di ben precise condizioni (dissenso espresso e pertinente, esercitato in sede di conferenza, tempestiva manifestazione dello stesso).

⁴³ “Mentre il criterio della maggioranza è eminentemente soggettivo, nel senso che ad ogni amministrazione partecipante corrisponde un voto, si può ritenere che il criterio della prevalenza vada riferito al tipo e all’importanza delle attribuzioni di ciascuna amministrazione con riferimento alle questioni in oggetto. Ne deriva che per stabilire quale sia la posizione prevalente, l’amministrazione procedente, che è responsabile di questa determinazione, dovrà avere riguardo alle singole posizioni che le diverse amministrazioni coinvolte assumono in sede di conferenza con riferimento al potere che ciascuna di esse avrebbe di determinare l’esito, positivo o negativo, del procedimento, in base alle singole leggi di settore di cui si tratta. Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti di diritto amministrativo*, Torino, 2006, p. 372.

Nell'ipotesi di amministrazione *assente* (anche se regolarmente convocata) - alla luce dell'art. 14-ter comma 9, l.proc.amm. - il provvedimento finale conforme alla determinazione conclusiva sostituisce a tutti gli effetti l'autorizzazione, l'assenso delle amministrazioni partecipanti, o comunque invitate a partecipare ma appunto risultate assenti.

Tra le novità introdotte, si può ricordare la ulteriore nuova ipotesi di *dissenso qualificato*, cioè quello concernente la tutela della pubblica incolumità, nozione tutta da decodificare posta la sua genericità. La novella ha altresì risolto il problema relativo alla identificazione della determinazione conclusiva del procedimento. In precedenza si poneva il dubbio sulla necessità di un vero e proprio atto che "formalizzasse" la determinazione conclusiva della conferenza. Il problema può dirsi oggi risolto in quanto è previsto un "atto formale" che recepisca i termini della determinazione; ciò rileva ai fini della tutela giurisdizionale del privato. L'art. 14-ter, comma 9 l.proc.amm., fa infatti riferimento al cd "provvedimento finale" conforme alla "determinazione conclusiva" di cui al comma 6-bis.

7. La denuncia di inizio di attività

L'analisi circa le novità e di risvolti applicativi della riforma, può proseguire ponendo l'accento sul rilievo in ordine all'ampliamento delle ipotesi di c.d. denuncia di inizio di attività: il titolo edilizio di cui all'art 19 l. cit., secondo l'orientamento prevalente si pone (o meglio, si poneva), come titolo abilitativo di natura non provvedimentale⁴⁴ soggetto a controllo postumo della pubblica amministrazione, contrapposto al titolo provvedimentale rappresentato dal permesso di costruire. Alla luce della espressa previsione implicante la possibilità, in materia di d.i.a., di agire in via di autotutela⁴⁵, (categoria dogmatica alla quale

⁴⁴ Così R.DE NICTOLIS, *Natura giuridica della denuncia di inizio di attività in materia edilizia e tutela del terzo*, Urb. e app. n. 12/2003 p. 1374 e ss. "la denuncia di inizio di attività non ha natura di provvedimento amministrativo, nemmeno tacito. E' un atto di un soggetto privato, e non di una pubblica amministrazione, che ne è invece destinataria, e non costituisce esplicazione di una potestà pubblicistica". Inoltre, "la DIA è pertanto una dichiarazione del privato a cui, in presenza di specifiche condizioni, la legge riconosce effetti tipici, corrispondenti a quelli propri del permesso di costruire, vale a dire, l'efficacia abilitativa all'esecuzione delle opere progettate".

⁴⁵ Per gli espressi riferimenti alla categoria dell' autotutela, si veda, all'interno della legge n. 241 così come novellata, (Art. 19 "è comunque salvo il potere dell'amministrazione competente di assumere determinazioni in via di autotutela ai sensi degli articoli 21-quinquies e 21-nonies". Art. 20 "nei casi in cui il silenzio dell'amministrazione equivale ad accoglimento della domanda, l'amministrazione competente può assumere determinazioni in via di autotutela ai sensi degli articoli 21-quinquies e 21-nonies). Sul significato del concetto di autotutela per tutti si veda F. BENVENUTI, *Autotutela*, (ad vocem), *Enc. del dir.* p. 539. In giurisprudenza si veda Cons. Stato n.259/1999 in *Foro amm.*, 1999 p. 613; sull'autotutela in termini di conferma si veda Cons. Stato n.1080/2004 in *Dir e giust.* n. 15/2004; sull'autotutela in termini di ritiro del provvedimento si veda Cons. Stato n.6291/2004 in *Giorn. dir.amm.*, n. 2/2005 p. 151; sulla autotutela in termini di annullamento alla luce della novella cfr. G. BARONE, *L'incidenza della nuova disciplina degli atti amministrativi sui poteri di autotutela della pubblica amministrazione* su www.giustamm.it. Sull'autotutela c.d. cautelare, da ultimo, si veda: Cons

sembra avere definitivamente aderito il legislatore della riforma), diviene sicuramente più arduo coniugare la tesi volta ad interpretare la fattispecie in termini di titolo non provvedimentale (sul punto, di recente, Tar Piemonte n. 1885/2006⁴⁶: il riferimento espresso agli istituti dell'autotutela decisoria induce, quindi, a ritenere che il legislatore abbia voluto assumere una posizione specifica in ordine alla vexata quaestio della natura giuridica della d.i.a., nel senso che la previsione dell'adottabilità di provvedimenti di secondo grado sottende la qualificazione della d.i.a. (rectius: degli effetti della d.i.a.) come atto abilitativo tacito formatosi a seguito della denuncia del privato e del conseguente comportamento inerte dell'amministrazione). Infatti, se fossimo in presenza di un titolo non provvedimentale, non avrebbe senso l'intervento postumo in via di autotutela in quanto mancherebbe del suo oggetto proprio, ovvero del provvedimento. Il legislatore della novella sembra aver aderito o comunque ratificato, a livello legislativo, la categoria dogmatica della c.d. autotutela (decisoria) della pubblica amministrazione (artt. 19, 20 e 21-bis e ss. *l. proc. amm.*), intesa come capacità, da parte della pubblica amministrazione, di *ritornare* (attraverso un procedimento di riesame o di revisione) sul provvedimento emesso, per ragioni sia di legittimità (annullamento con effetti *ex tunc*) che di opportunità (revoca con effetti *ex nunc*)⁴⁷. Di recente il TAR Veneto n. 1949/2007⁴⁸ ha statuito che, in un'ottica di semplificazione procedimentale, nel caso della dia, con il decorso del termine fissato dal legislatore si forma un'autorizzazione implicita di natura provvedimentale, i cui effetti potranno essere inibiti soltanto a seguito dell'annullamento in via di autotutela da parte dell'amministrazione, che infatti a tale riguardo non perde i propri poteri sanzionatori a fronte di interventi rivelatisi in contrasto con le prescrizioni urbanistiche.

8. Il diritto di accesso

Nell'ottica della attuazione dei principi di trasparenza e pubblicità, espressione del più generale principio del buon andamento di cui all'art. 97 Cost., la novella è intervenuta anche

Stato., sezione VI, Sentenza 29 maggio 2006 n. 3207, in *Giustizia amministrativa. Rivista di diritto pubblico* (www.giustamm.it).

⁴⁶ In *Foro amm.-TAR*. n.1/2006, *Osservatorio giurisprudenziale*.

⁴⁷ Siffatta possibilità, secondo una diversa impostazione, più che una ipotesi, appunto, di autotutela, assurgerebbe ad attività provvedimentale "di secondo grado" ovvero come proiezione del proprio potere di "amministrazione attiva", alla luce del principio di continuità dell'azione amministrativa; ma ancora, si è parlato di "autoimpugnativa" della pubblica amministrazione o di "controllo postumo" e successivo del proprio operato.

⁴⁸ In *Foro amm.-TAR*- n.5/2007, *Osservatorio giurisprudenziale*.

sulle norme in materia di diritto di accesso, (artt. 22 e ss. l. proc. amm.), che hanno elevato l'accesso a principio generale dell'attività amministrativa, riconducendolo ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali spettanti alla potestà esclusiva dello Stato in base all'art. 117, secondo comma, lettera m) Cost.⁴⁹. Di recente, sul punto, va segnalata la decisione del TAR Lazio, Roma, n. 3619/2007⁵⁰, secondo cui il diritto di accesso ai documenti amministrativi è un principio generale dell'ordinamento e perciò deve essere garantito per ogni tipologia di attività della P.A. potendo viceversa subire restrizioni solo se motivate da esigenze di riservatezza.)

Siffatta posizione giuridica soggettiva potrebbe intendersi in termini di vero e proprio diritto soggettivo a prendere visione della documentazione in possesso della pubblica amministrazione⁵¹ (di recente, sul punto, TAR Lombardia n. 147/2007⁵² secondo cui il diritto

⁴⁹ Su cui, diffusamente, S. GAMBINO, *Il diritto di accesso. Profili costituzionali e amministrativi, alla luce del novellato Titolo V Cost. e della legge n. 15 del 2005*, in *Le Corti Calabresi*, 2005.

⁵⁰ In *Foro amm.-TAR*- n.3/2007, *Osservatorio giurisprudenziale*.

⁵¹ Prima della riforma, ampio si è presentato il dibattito in merito alla natura giuridica di siffatto istituto. Secondo un certo orientamento (fatto proprio dall'Ad. Plenaria del Consiglio di Stato, Ad. Plen. n. 16/1999 in *Dir. proc. amm.*, 2000 p. 148) nonché Cons. di Stato n.1725/1998 in *Foro it.*, 1999, III p. 4333; Cons. di St. n. 1137/1998, in *Cons. St.*, 1998, I, p. 1440; Cons di Stato Ad Plenaria n. 5/2001 in (www.giustamm.it); Cons di Stato n. 3549/2002, in *Giustizia amministrativa. Rivista di diritto pubblico* (www.giustamm.it). L'espressione "diritto" sarebbe utilizzata in termini tecnici in quanto, in realtà, saremmo in presenza di un interesse legittimo⁵. I dati che deporrebbero per questa connotazione sarebbero: la natura impugnatoria dell'accesso (v. appunto il termine decadenziale), da qui, la inammissibilità del ricorso in mancanza della notificazione ad almeno uno dei controinteressati; inoltre, lo stesso non sarebbe altro che espressione del principio di trasparenza, da qui il collegamento con l'azione amministrativa. Secondo altro orientamento: Cons. di Stato n.1725/1998 in *Giorn dir. Amm.* 1999 p. 162; Cons. di Stato n.1679/2005 in *Red Giuffrè*, 2005; Cons. di Stato n. 2954/2005 in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. di Stato n.2398/2003 in *Giorn dir. amm.* n. 1/2006. Il diritto di accesso andrebbe qualificato come diritto in senso tecnico, il ricorso assurgerebbe non ad impugnativa di un provvedimento amministrativo, ma come pretesa all'accertamento di un diritto e alla condanna del soggetto (subspecie l'ente, l'amministrazione depositaria) ad esibire i documenti amministrativi. Non c'è correlazione con la potestà autoritativa della pubblica amministrazione in quanto la stessa, - relativamente all'esercizio del diritto d'accesso - è tenuta ad un'attività di tipo meramente materiale (cioè offrire in visione o produrre copia del documento); la pubblica amministrazione si limita alla sola verifica della legittimità dell'istanza ed alla insussistenza di ostacoli relativi all'ostensione.

Da ultimo, per una ricostruzione dell'istituto in termini strumentali o comunque per l'indifferenza e inutilità dell'esatta qualificazione giuridica, si veda Cons. di Stato Ad. Plenaria n. 7/2006, in *Giustizia amministrativa. Rivista di diritto pubblico* (www.giustamm.it). "Non sembra peraltro, che nella specie, rivesta utilità ai fini dell'identificazione della disciplina applicabile al giudizio avverso le determinazioni concernenti l'accesso, procedere all'esatta qualificazione della natura della posizione soggettiva coinvolta. L'accesso è collegato a una riforma di fondo dell'amministrazione, informata ai principi di pubblicità e trasparenza dell'azione amministrativa, che si inserisce a livello comunitario nel più generale diritto all'informazione dei cittadini rispetto all'organizzazione e alla attività amministrativa. Ed è evidente, in tale contesto, che si creino ambiti soggettivi normativamente riconosciuti di interessi giuridicamente rilevanti, anche in contrapposizione tra di loro: interesse all'accesso; interesse alla riservatezza di terzi; tutela del segreto. Trattasi, a ben vedere, di situazioni soggettive che, più che fornire utilità finali (caratteristica da riconoscere, oramai, non solo ai diritti soggettivi ma anche agli interessi legittimi), risultano caratterizzate per il fatto di offrire al titolare dell'interesse poteri di natura procedimentale volti in senso strumentale alla tutela di un interesse giuridicamente rilevante (diritti o interessi). Il carattere essenzialmente strumentale di tali posizioni si riflette inevitabilmente sulla relativa azione, con la quale la tutela della posizione soggettiva è assicurata. In altre parole, la natura strumentale

di accesso costituisce un diritto soggettivo, e pertanto, la mancata notifica del ricorso avverso il diniego di accesso ad un controinteressato non costituisce causa di inammissibilità del gravame). A prescindere, tuttavia, dalla qualificazione sulla natura giuridica del dell' accesso quale diritto soggettivo o interesse legittimo, i problemi più complessi e delicati (e sostanzialmente irrisolti), rimangono quelli concernenti i rapporti tra l'esercizio del diritto di accesso ed il contrapposto diritto alla riservatezza⁵³ (di recente, il TAR Trentino Alto Adige n.

della posizione soggettiva riconosciuta e tutelata dall'ordinamento caratterizza marcatamente la strumentalità dell'azione correlata e concentra l'attenzione del legislatore, e quindi dell'interprete, sul regime giuridico concretamente riferibile all'azione, al fine di assicurare, al tempo stesso, la tutela dell'interesse ma anche la certezza dei rapporti amministrativi e delle posizioni giuridiche di terzi controinteressati. Sotto tale punto di vista, il giudizio a struttura impugnatoria consente alla tutela giurisdizionale dell'accesso di assicurare la protezione dell'interesse giuridicamente rilevante e, al contempo, quell'esigenza di stabilità delle situazioni giuridiche e di certezza delle posizioni dei controinteressati che si è visto essere pertinenti ai rapporti amministrativi scaturenti dai principi di pubblicità e trasparenza dell'azione amministrativa."

Alla luce della riforma di cui alla legge n. 15/2005 (la quale ha elevato l'accesso a principio generale dell'attività amministrativa e ricondotto tra i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali spettanti alla potestà esclusiva dello Stato) si può affermare che il diritto di accesso sia configurato in termini di diritto soggettivo ovvero come diritto ad essere informati attraverso la visione o estrazione di atti; ciò anche in virtù del fatto che il giudice può conoscere della fondatezza dell'istanza.

⁵² In *Foro amm.-TAR-* n.12/2006, *Osservatorio giurisprudenziale*.

⁵³ Sui rapporti accesso-riservatezza cfr. G. VIRGA, *Il difficile rapporto tra diritto di accesso e diritto alla riservatezza alla luce delle norme sulla partecipazione amministrativa (come conciliare due diritti apparentemente in conflitto)* su *Giustizia amministrativa. Rivista di diritto pubblico* (www.giustamm.it). M. CLARICH, *Trasparenza e diritti della personalità nell'attività amministrativa*, relazione al convegno *Trasparenza e protezione dei dati personali nell'azione amministrativa* tenutosi a Roma l'11 Febbraio 2004, in www.giustizia-amministrativa.it; E. BARILA'- C. CAPUTO, *La tutela della privacy nella pubblica amministrazione*, Giuffrè, 2000; C.MUCIO, *Il diritto alla riservatezza nella pubblica amministrazione*, 2003; A. PERINI, *Il diritto di accesso e la tutela della riservatezza nelle amministrazioni locali*, in *Riv. amm.*, 1997, I, p. 1156; M. OCCHIENA, *Diritto di accesso, atti di diritto privato e tutela della riservatezza dopo la legge sulla privacy*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, p. 377. G. ARENA – M. BOMBARDELLI, *Il diritto di accesso ai documenti amministrativi*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa* cit;

Per i più recenti interventi della giurisprudenza sull'argomento, cfr. TAR Veneto n. 1130/2006, in *Giustizia amministrativa. Rivista di diritto pubblico* (www.giustamm.it), secondo cui, "in linea di massima, deve ritenersi che nel contrasto tra il diritto del datore di lavoro a conoscere le dichiarazioni rese dai dipendenti nel corso del procedimento ispettivo ed il diritto alla riservatezza degli stessi, prevalga quello del primo, con la conseguenza che lo stesso ha titolo all'accesso in modo totale, comprensivo dell'estrazione di copia, per quanto concerne le dichiarazioni rese dagli ex dipendenti, non più soggetti a possibili ritorsioni, e nella forma della sola visione per quanto riguarda i dipendenti ancora in forze."; Ad. Plenaria n. 5/1997 in *Foro it.*, III, 1997 ha statuito come "anche se la norma non prevede che i documenti archivio o possano arrecare un pregiudizio ovvero dalla loro conoscenza possa derivare una lesione specifica ed individuata, e ritiene sufficiente, ai fini di escluderne la conoscibilità, che questi documenti "riguardino", si riferiscano, in senso ampio, alla vita privata o alla riservatezza, non sembra esservi dubbio che nel conflitto tra accesso e riservatezza dei terzi la normativa statale abbia dato prevalenza al primo allorché sia necessario per curare o difendere i propri interessi giuridici... Si deve pertanto concludere che l'interesse alla riservatezza, tutelato dalla normativa mediante una limitazione del diritto di accesso, recede quando l'accesso stesso si esercita per la difesa di un interesse giuridico, nei limiti ovviamente in cui esso è necessario alla difesa di quell'interesse".

Sul rapporto accesso/riservatezza dei terzi, si veda TAR Veneto n. 1130/2006, cit., ove si specifica che "il bilanciamento tra diritto di accesso ai documenti amministrativi da parte degli interessati e il diritto alla riservatezza dei terzi non è rimesso alla potestà regolamentare o alla discrezionalità delle singole amministrazioni ma è stato compiuto direttamente dalla l. 7 agosto 1990 n. 241 che, nel prevedere la tutela della riservatezza dei terzi, ha fatto salvo il diritto degli interessati alla visione degli atti la cui conoscenza sia necessaria per curare o difendere i propri interessi giuridici." TAR Lombardia n. 181/2007 in *Giustizia*

10/2007 ha affermato la prevalenza del diritto d'accesso ai documenti amministrativi prevale rispetto alla tutela della riservatezza; pertanto esso si impone nel caso di istanza di ostensione di documenti necessaria alla proposizione di una azione giudiziale). Un ulteriore profilo problematico investe il rapporto tra esercizio del diritto di accesso e tutela del segreto d'ufficio⁵⁴. Alcune ambiguità investono il riferimento al concetto di *stretta indispensabilità* a cui fa riferimento il “nuovo” art. 24 l. n. 241/90, relativamente ai documenti contenenti dati sensibili e giudiziari: siffatto concetto, sfumato e poco *afferrabile*, sembra lasciare in sede interpretativa, una eccessiva discrezionalità all'organo decidente (sul punto, di recente, TAR Calabria n. 777/2007⁵⁵, secondo cui deve essere comunque garantito ai richiedenti l'accesso ai

amministrativa. Rivista di diritto pubblico (www.giustamm.it). “Ai sensi dell'art 24 della legge n° 241 del 7-8-1990, quando i documenti riguardino la vita privata o la riservatezza di persone fisiche, deve comunque essere garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici. Tale previsione è stata interpretata nel senso che la domanda di accesso agli atti prevista dall'art. 25 l. 7 agosto 1990 n. 241 prevalga sull'esigenze di riservatezza dei terzi quando sia concretamente collegato alle specifiche esigenze del richiedente, di carattere serio e non emulativo, allorché il documento sia indispensabile o utile ai fini della tutela processuale, purché tale esigenza non possa essere altrimenti soddisfatta (T.A.R. Calabria Catanzaro, sez. I, 08 giugno 2005 , n. 1010). Il diritto di accesso ai documenti amministrativi non prevale sul diritto alla riservatezza il cui bilanciamento è invece rimesso alla prudente comparazione dell'amministrazione e del giudice quanto alla prevalenza dell'interesse alla tutela giurisdizionale mediante previo accesso rispetto al diritto alla tutela della privacy personale (Consiglio Stato , sez. V, 12 ottobre 2004 , n. 6581).” Cons. St. n. 3601/2007 in *Giustizia amministrativa. Rivista di diritto pubblico* (www.giustamm.it): “Il diritto alla riservatezza, di cui all'art. 22 lett. c) della L. 241/1990, concerne solo quelle vicende collegate in modo apprezzabile alla sfera privata del soggetto e non anche quelle destinate ad assumere una dimensione di carattere pubblico, pertanto non può essere invocato quando la richiesta di accesso ha ad oggetto il nome di coloro che hanno reso denunce o rapporti informativi nell'ambito di un procedimento ispettivo”.

⁵⁴ Sul rapporto accesso/segreto d'ufficio si veda di recente in giurisprudenza Cons. Stato n. 2068/2006 in *Giustizia amministrativa. Rivista di diritto pubblico* (www.giustamm.it), secondo cui “a fronte di un'istanza di accesso a documenti, puntualmente elencati, ed in caso di diniego dell'Amministrazione in ragione del segreto d'ufficio ex art. 4 co. 10 d. lgs. 58/98, il giudice, qualora riconosca l'inopponibilità del segreto per tutti gli atti (o per parti di essi), deve individuare quelli rilevanti ed ordinarne l'esibizione, non potendo rimettere all'Amministrazione stessa la valutazione in ordine ai documenti ostensibili. Siffatta ipotetica pronuncia infatti sarebbe censurabile sul piano processuale, in quanto, in contrasto con l'art. 25 co. 6 l. 241/90, introdurrebbe un'attività dell'amministrazione diversa e ulteriore rispetto alla semplice esibizione o meno degli atti in contestazione; d'altra parte, data la genericità delle indicazioni, lascerebbe ampio spazio valutativo all'Amministrazione, in ordine al contenuto dell'attività ad essa commessa, trasferendole un potere che il legislatore ha viceversa voluto rimettere al giudice.”

Sul rapporto accesso/documenti riguardanti funzioni ispettive di vigilanza di controllo si veda TAR Veneto n. 1721/2005 in *Foro amm.* n. 4, secondo cui “tra i documenti esclusi dall'accesso non rientrano, in linea generale , quelli che riguardano lo svolgimento di funzioni ispettive , di vigilanza , di controllo, e di accertamento di infrazioni alle leggi vigenti, in quanto le esigenze di buon andamento ed imparzialità della p.a., alle quali il diritto di accesso è funzionalmente correlato, coinvolgono allo stesso modo tutte le attività rivolte alla emanazione di provvedimenti, conseguendone che l'accesso va ammesso laddove diretto a conoscere quali siano stati i soggetti sanzionati dall'amministrazione , soggetti nei cui confronti l'istante intenda tutelare i propri interessi giuridici fondati su una situazione giuridicamente rilevante”; TAR Lombardia n. 306/2005 in *Foro amm.* n. 6, secondo il quale la regola della segretezza dei documenti amministrativi è ormai una eccezione al principio generale di pubblicità; inoltre, è anche pacifico che il diritto di accesso deve prevalere sulle esigenze di riservatezza dei terzi ove la conoscenza dei documenti richiesti sia necessaria per la cura o la difesa degli interessi giuridici del richiedente.

⁵⁵ In *Foro amm.-TAR-* n.3/2007, *Osservatorio giurisprudenziale*.

documenti, anche attinenti alla sfera della riservatezza delle persone fisiche o giuridiche, quando l'interessato manifesti la necessità della loro acquisizione allo scopo di difendere giuridicamente le proprie situazioni soggettive; pertanto, deve essere garantita l'ostensione dei documenti pertinenti ad emolumenti economici di soggetti terzi che potrebbero acquistare importanza in un parallelo giudizio già instaurato dal ricorrente per tutelare la pretesa sostanziale).

9. L'annullabilità del provvedimento alla luce dell'art. 21-octies comma 2, l. proc. amm. ed il principio del raggiungimento dello scopo

La riforma di cui alla legge n. 15/2005, come si osserva, ha inciso notevolmente sull'impianto della legge n. 241/90. Orbene, tra le novità introdotte, valore assoluto e preminente assume il principio del raggiungimento dello scopo⁵⁶ che ha introdotto la categoria dei c.d. vizi non invalidanti del provvedimento amministrativo⁵⁷. In caso di provvedimenti vincolati (affetti da vizi attinenti alla violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti), è possibile che trovi luogo una sorta di *sanatoria giurisprudenziale*⁵⁸

⁵⁶ “L'art. 21 octies, comma 2, come noto, si articola in due distinte previsioni. La prima, a carattere generale, dispone che “non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato”. La seconda, dedicata ad una specifica norma sul procedimento amministrativo, l'articolo 7 della legge n. 241/1990, afferma che “il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato”. Da un confronto tra queste due previsioni emerge che le stesse sono accomunate dal divieto di annullare i provvedimenti che risultino affetti da vizi di legittimità di natura non sostanziale, ma si distinguono sotto tre profili. Innanzi tutto, come si è già accennato, la prima previsione ha carattere generale, avendo ad oggetto ogni possibile violazione delle norme sul procedimento amministrativo o sulla forma degli atti (fermo restando che esulano dalla stessa i vizi di forma che determinano addirittura la nullità del provvedimento, ai sensi dell'art. 21 septies della legge n. 241/1990), mentre la seconda si riferisce soltanto alla violazione dell'articolo 7 della legge n. 241/1990. Inoltre le due previsioni presentano un diverso ambito applicativo, perché la prima riguarda i provvedimenti vincolati, mentre la seconda si riferisce implicitamente ai provvedimenti discrezionali. Infine la non annullabilità opera diversamente nelle due fattispecie. Infatti, mentre la seconda disposizione è destinata a trovare applicazione solo nel processo e pone espressamente in capo all'Amministrazione l'onere di provare che, seppure fosse stata data comunicazione dell'avvio del procedimento all'interessato, comunque il contenuto del provvedimento finale non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato, nella prima disposizione la non annullabilità risulta genericamente subordinata alla condizione che sia palese che il contenuto dispositivo del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.” Cfr. TAR Campania n. 9984/2006 in *Giustizia amministrativa. Rivista di diritto pubblico* (www.giustamm.it).

⁵⁷ Sull'argomento in maniera più specifica cfr. F. LUCIANI, *L'annullabilità degli atti amministrativi*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa* (a cura di V. Cerulli Irelli), Napoli, 2006.

⁵⁸ Contra D.U. GALETTA, *L'art. 21 octies della novellata legge sul procedimento amministrativo nelle prime applicazioni giurisprudenziali: un'interpretazione riduttiva delle garanzie procedurali contraria alla Costituzione e al diritto comunitari*, in *Foro amm.* n. 6/05, cit. “La previsione ex art. 21- octies non parla mai di una sanatoria ope iudicis dei vizi di forma e del procedimento, bensì soltanto di una non annullabilità, nella

dell'atto (art. 21-octies comma 2, primo periodo, *l. proc. amm.*); il vizio potrebbe quindi non inficiare la validità dell'atto stesso, il quale, potrebbe esplicare regolarmente i suoi effetti nel momento in cui, ad onta della sua reiterazione, lo stesso avrebbe avuto il medesimo contenuto⁵⁹. La disposizione richiamata, contiene una seconda parte (art. 21-octies comma 2,

ricorrenza delle circostanze indicate, del provvedimento affetto da detti vizi. Sicchè quel provvedimento viziato nella forma o nel procedimento, che non venga però annullato dal giudice in ragione dell'applicazione dell'art. 21-octies, comma 2, legge n. 241/1990, è e rimane comunque un provvedimento affetto da un vizio di violazione di legge. Non è per nulla un provvedimento sanato, bensì è e rimane un provvedimento viziato, rispetto a cui, però, il vizio non produce alcuna conseguenza: né di natura annullatoria, né di natura risarcitoria”.

⁵⁹ Per una prima applicazione della disposizione v. TAR Veneto n. 935/2005 in www.giustizia-amministrativa.it: “In forza della acclarata natura vincolata del provvedimento e del fatto che il contenuto del provvedimento stesso “non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato”, il Collegio ritiene che gli altri motivi dedotti, essendo di mero carattere formale (difetto di motivazione; contraddittorietà; omessa acquisizione parere commissione edilizia integrata), seppur astrattamente fondati devono però ritenersi irrilevanti alla luce dell'art. 21 octies, comma 2° dell'art. 14 della legge 11 febbraio 2005 n. 15 (entrata in vigore l'8 marzo 2005). TAR Sardegna n. 1435/2005 in www.giustizia-amministrativa.it.” Ad avviso del Collegio è, infatti, applicabile alla fattispecie la norma di cui all'art. 21 octies 2° comma, della L. 7/8/1990 n°241, come modificata dalla L. 11/2/2005 n°15, operante anche in relazione ai giudizi instaurati precedentemente all'entrata in vigore delle intervenute modifiche legislative (Cfr. T.A.R. Sardegna 2005 n°). In base alla richiamata disposizione “Non è annullabile il provvedimento amministrativo adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello adottato. Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato”. La norma contiene due precetti. Il primo, si riferisce, esplicitamente, agli atti di natura vincolata, e prevede che il vizio procedimentale o di forma non è causa di illegittimità laddove sia evidente che l'amministrazione non avrebbe potuto adottare un provvedimento di contenuto diverso. Il secondo, non distingue in ordine alla natura degli atti, e dispone che la mancata comunicazione di avvio del procedimento non è causa di annullamento dell'atto se l'amministrazione dimostra in giudizio che non avrebbe potuto determinarsi altrimenti. A prima vista potrebbe ritenersi che l'omessa comunicazione di avvio del procedimento possa non avere conseguenze sulla legittimità del provvedimento adottato solo laddove l'amministrazione soddisfi in giudizio l'onere probatorio impostole dalla norma, qualunque sia la natura dell'atto emanato, ma tale interpretazione letterale porterebbe ad attribuire alla violazione della pretesa partecipativa un trattamento differente, rispetto a quello riservato agli altri vizi del procedimento, difficilmente giustificabile. Ritiene, pertanto, il Collegio che l'art. 21-octies, 2° comma della L. n°241/1990 e succ. mod. debba essere interpretato nel senso che laddove l'atto sia di natura vincolata, la violazione delle norme sulla forma o di quelle procedurali, ivi inclusa l'omessa comunicazione di avvio del procedimento, non determini l'annullamento del provvedimento ove appaia palese che il contenuto di quest'ultimo non avrebbe potuto essere diverso, mentre ove l'atto sia di natura discrezionale, il mancato invio della suddetta comunicazione, può essere ininfluenza sul giudizio di legittimità del provvedimento impugnato, solo ove l'amministrazione provi quanto stabilito dalla disposizione in esame. Ed invero, solo in presenza di margini di discrezionalità, non è consentito al giudice – senza sconfinare dai propri poteri - ricostruire quello che avrebbe potuto essere il contenuto della determinazione amministrativa, ove il privato fosse stato messo in grado di fornire il proprio apporto partecipativo. La violazione del precetto di cui all'art. 7 della L. n°241/1990 è, di per sé, indice della mancata acquisizione al procedimento di alcuni degli interessi (quelli del privato) coinvolti nella vicenda, e il giudice, in base al principio di separazione dei poteri, non è abilitato a valutare la portata della mancata considerazione di questi. Orbene, nella fattispecie il provvedimento impugnato ha indiscutibilmente natura dovuta e vincolata, atteso che in presenza di un'abusiva occupazione di aree demaniali, l'amministrazione è tenuta a disporre lo sgombero. Non potendo, dunque, il provvedimento medesimo avere contenuto diverso da quello adottato, la dedotta violazione dell'art. 7 citato, non è idonea a determinarne l'annullamento.” TAR Sicilia n. 941/2005 in www.giustizia-amministrativa.it.” La doglianza è infondata alla luce dell'art. 21 octies, comma 2, della legge 7 agosto 1990, n. 241, come introdotto dall'art. 14 della recente legge 11 febbraio 2005, n. 15. Tale disposizione, che è stata ritenuta di immediata applicazione alle controversie pendenti (in tal senso TAR Sardegna, II, 25 marzo 2005, n. 483), prevede che “Non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Il

secondo periodo, *l. proc. amm.*), che assumerebbe una *portata* eminentemente processuale (in questo senso, di recente, TAR Puglia n. 1632/2007⁶⁰, secondo cui l'art. 21 *octies* comma 2 della legge 7 Agosto 1990 n. 241, come introdotto dall'art. 14 comma 1 della legge 11 Febbraio 2005 n. 15, è disposizione di carattere processuale applicabile anche ai procedimenti in corso o già definiti; nello stesso senso TAR Lazio n. 39/2007⁶¹ secondo cui l'art. 21 *octies*, l. 7 agosto 1990 n. 241 essendo norma processuale – sull'azione di annullamento – è

provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato". Nella specie, l'accertamento della mancata produzione di idonea cauzione provvisoria da parte di una delle imprese ammesse alla gara, avvenuto a brevissima distanza dalla aggiudicazione, rendeva doverosa l'esclusione della stessa in autotutela al fine di garantire il rispetto della normativa in materia di appalti di lavori pubblici e delle esigenze di tutela della concorrenza e della corretta gestione delle risorse pubbliche alla stessa sottese. Ne consegue la irrilevanza della mancata comunicazione di avvio del procedimento, stante che l'apporto partecipativo dell'interessato non avrebbe potuto condurre ad un provvedimento diverso, così come fondatamente sostenuto dalla difesa dell'Amministrazione resistente. Giova, all'uopo, rilevare come nessuna dimostrazione sia stata data dalla ricorrente circa l'esistenza del documento mancante, cosicché appare verosimile che l'apporto partecipativo della stessa al procedimento di autotutela non avrebbe apportato nuovi elementi di giudizio e non avrebbe, pertanto, verosimilmente indotto l'Amministrazione all'adozione di un diverso provvedimento. Va, peraltro, rilevato come ad identica conclusione si sarebbe pervenuti anche prima della introduzione nel nostro ordinamento del surrichiamato art. 21- *octies*. Tale norma rappresenta, infatti, la codificazione di un consolidato principio giurisprudenziale –applicabile, appunto, nella specie - secondo il quale le norme di cui agli artt. 7 e segg. della legge 7 agosto 1990, n. 241, non vanno applicate in modo meccanico e formalistico, in quanto deve tenersi conto che la partecipazione del cittadino al procedimento amministrativo tende a garantire l'attuazione dei principi di buon andamento ed imparzialità, che l'art. 97 della Costituzione pone alla base dell'attività amministrativa, con la conseguenza che la mancata comunicazione di avvio del procedimento non vizia il provvedimento finale qualora la partecipazione dell'interessato non avrebbe potuto, comunque, apportare elementi di valutazione idonei ad incidere, in termini a lui più favorevoli, sul provvedimento finale (ex plurimis Consiglio di Stato, IV, 22 giugno 2004 n. 4445 e 3 luglio 2003 n. 3969). Per completezza va rilevato come a diversa conclusione non sembra si possa pervenire neanche sulla base dell'insegnamento giurisprudenziale, secondo il quale il surrichiamato principio non può applicarsi nel caso di procedimento volto alla adozione di un provvedimento in autotutela, atteso il carattere tipicamente discrezionale dello stesso, comportante ex se la necessaria valutazione dell'esistenza di un interesse pubblico attuale all'esercizio del potere in bilanciato contemperamento con gli interessi privati coinvolti nel procedimento. TAR Veneto n. 1800/2006 in *Foro amm.-TAR-* n.5/2006, Osservatorio giurisprudenziale: "l'ordinanza di rimozione rifiuti adittata nei confronti del soggetto che ha realizzato una dicsrica abusiva su di un terreno di proprietà altrui, nonché nei confronti dello stesso proprietario dell'area interessata, che non sia stata preceduta dall'avviso di avvio di procedimento, va annullata senza che possa trovare applicazione il disposto dell'art. 21 *octies*, comma 2, l. n. 241 del 1990, allorché essa abbia ommesso di menzionare na circostanza rilevante ai fini del giudizio di responsabilità solidale ex art. 14, comma 3, d. lg. N. 22 del 1997: infatti non si può affermare che l'eventuale apporto procedimentale del proprietario sarebbe stato ceramente inidoneo ad influire sull'esito del procedimento, con specifico riguardo alla sua responsabilità a titolo di dolo o colpa (nella specie, sulla base della documentazione dimessa, il Collegio ha rilevato che l'area interessata era stata affittata dal proprietario all'autore della discarica abusiva e che di detta circostanza non faceva cenno l'ordinanza gravata). Secondo Cons. St. n. 3124/2005 in www.giustizia-amministrativa.it, "risulta privo di pregio pure il motivo d'appello attinente al preavviso procedimentale (ex artt. 7 ed 8, legge n. 241/1990) asseritamente ommesso, sia perché quest'ultimo non occorre in presenza di procedimenti avviati ad istanza di parte o, comunque, nei quali i privati interessati abbiano avuto modo di interloquire adeguatamente (come nella specie), sia perché l'art. 14, legge 11 febbraio 2005 n. 15, ne esclude la necessità quando emerga in giudizio che il provvedimento conclusivo non sarebbe stato diverso nei suoi contenuti (come la giurisprudenza amministrativa aveva già precedentemente sancito in vari casi).".

⁶⁰ In *Foro amm.-TAR-* n. 5/2007, Osservatorio giurisprudenziale.

⁶¹ In *Foro amm. -TAR-* n. 12/2006, Osservatorio giurisprudenziale.

applicabile anche ai procedimenti precedenti l'entrata in vigore della riforma di cui alla l. 11 Febbraio 2005), nel momento in cui consente all'amministrazione, nel caso in cui sia violato l'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento, di dimostrare in giudizio, che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato⁶². (di recente, sul punto, TAR Liguria n. 335/2007⁶³: “per costante e concorde giurisprudenza, infatti, la preventiva comunicazione di avvio del procedimento prevista dall'art. 7. l. n. 241 del 1990 rappresenta un principio generale dell'agere amministrativo, soprattutto quando si tratta di casi di autotutela a mezzo di revoca o annullamento di precedenti provvedimenti favorevoli. D'altra parte, non può trovare applicazione l'art. 21-octies comma 2 secondo periodo della legge n. 241/1990 (“il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato”) – oggetto di specifica eccezione da parte della Regione Liguria - perché l'amministrazione non ha fornito la prova che il contenuto del provvedimento medesimo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Secondo la recente giurisprudenza del Consiglio di Stato (Cons. di St., VI, 17.10.2006, n. 6194), infatti, “deve escludersi la sussistenza di tale prova quando gli elementi che il privato intendeva introdurre nel procedimento (e che ha indicato in giudizio) non sono facilmente risolvibili se non con valutazioni di merito che appaiono precluse al giudice amministrativo (che peraltro si fonderebbero su una risposta alle osservazioni del privato resa in giudizio dalla p.a., o meglio dal suo difensore, sulla base di ulteriori elementi rispetto a quelli emersi in sede procedimentale, con l'effetto di squilibrare ancor più la posizione del cittadino rispetto all'amministrazione)”.

⁶² Sul punto v. TAR Calabria n. 1319/2005 in www.giustizia-amministrativa.it che statuisce “quanto alla presunta violazione della legge n.241/1990, indipendentemente dalla interpretazione formalistica o meno dell'art.7 della legge n.241/1990, occorre prendere atto che nelle more del giudizio è entrata in vigore la legge n.15 del 2005 che, all'art.14, ha introdotto l'art.21-octies della legge n.241/1990: tale norma dispone che non sia annullabile il provvedimento adottato in violazione delle norme sulla “*forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello adottato*”. La disposizione in parola esclude che possa disporsi l'annullamento da parte del giudice amministrativo di un atto in relazione ad un vizio, come quello della mancata o intempestiva comunicazione dell'avvio del procedimento, quando “*sia palese*” che il contenuto dispositivo dell'atto impugnato non sarebbe stato diverso (T.A.R. Abruzzo, Pescara, 14.4.2005, n.186; 14.4.2005, n.185; 14.4.2005, n.174). Ciò posto, il Tribunale è dell'avviso che la candidata con la domanda di partecipazione al concorso ha acquisito contezza dell'unitario procedimento concorsuale rendendo superflua ogni ulteriore comunicazione da parte dell'Amministrazione, la quale d'altra parte non avrebbe potuto mai prescindere dalla rigorosa applicazione dei criteri di ammissione determinati nel bando.”

⁶³ in *Giustizia amministrativa. Rivista di diritto pubblico* (www.giustamm.it),

In buona sostanza, in caso di omissione di comunicazione dell'avvio del procedimento quindi, il principio richiamato trova maggiore estensione in quanto non opera il limite caratterizzato dalla vincolatività del provvedimento stesso: nello stesso tempo tuttavia, è più limitato rispetto alla fattispecie di cui al primo comma, posto che concerne solo il vizio di omessa comunicazione di avvio del procedimento.

La norma applicativa del principio del raggiungimento dello scopo, sin dalle prime applicazioni giurisprudenziali si è rivelata foriera di oscillanti opzioni interpretative, posto che risulta controversa la natura, la qualificazione giuridica del provvedimento non suscettibile di annullamento. Se interpretato in termini di mera irregolarità⁶⁴, non si configurerebbero allora, spazi per il risarcimento del danno a favore del privato lesso, posto che, la irregolarità, è concetto diverso dalla illegittimità-illiceità che apre la strada alla tutela risarcitoria, (di recente, il TAR Calabria n. 38/2007⁶⁵ ha inteso in termini di mera irregolarità che non incide né sulla validità, né sull'efficacia del provvedimento, l'omessa indicazione, nel provvedimento adottato, del termine e dell'autorità a cui ricorrere; in senso contrario TAR Lazio n. 288/2007⁶⁶ secondo cui l'art. 21-octies, l.n. 241 del 1990 ha introdotto la categoria dei vizi invalidanti non con lo scopo di degradare la violazione a mera irregolarità, bensì per incidere sulle conseguenze all'invalidità del provvedimento che si assume essere viziato. Ancora, Tar Campania n. 9984/2006⁶⁷: “si deve innanzi tutto escludere che un provvedimento difforme dal paradigma normativo, perché adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti, possa essere considerato semplicemente irregolare. Infatti un provvedimento amministrativo deve qualificarsi irregolare quando, sulla base di una valutazione condotta in astratto, *a priori* e senza alcun riferimento alla fattispecie concreta, la difformità dal paradigma normativo che lo contraddistingue non può compromettere la migliore individuazione dell'interesse pubblico concreto, né la sua soddisfazione, né la riconducibilità dell'atto stesso all'autorità amministrativa. Invece, secondo il chiaro tenore letterale delle disposizioni in esame, l'idoneità o meno del provvedimento adottato in violazione di una norma sul procedimento o sulla forma a soddisfare l'interesse pubblico è destinata ad essere evidenziata di volta in volta dal giudice, all'interno del processo, con specifico riferimento ad una determinata fattispecie concreta.).

⁶⁴ Sul punto, da ultimo, F.LUCIANI, *Irregolarità*, in *Dizionario di diritto pubblico* (a cura di S. Cassese), 2006.

⁶⁵ In *Foro amm.* – TAR- n. 1/2007 Osservatorio giurisprudenziale.

⁶⁶ In *Foro amm.* –TAR- n. 3/2007 Osservatorio giurisprudenziale.

⁶⁷ In *Giustizia amministrativa. Rivista di diritto pubblico* (www.giustamm.it).

Se, diversamente, si considera il provvedimento illegittimo o comunque affetto da una anomalia non lieve, seppur non implicante l'annullamento (in virtù della operatività del ricordato principio del raggiungimento dello scopo), allora, il privato istante, proprio sulla declaratoria di illegittimità (non sfociante nell'annullamento), potrebbe insistere al fine di ottenere il risarcimento del danno. Alla luce del recente intervento del Consiglio di Stato, sembra invero, non configurabile siffatta evenienza posto che il principio della pregiudiziale amministrativa osta ad una pronuncia di risarcimento del danno slegata dal previo annullamento del medesimo⁶⁸.

L'interpretazione del principio espresso nell'art. 21-octies comma 2, *l. proc. amm.*, (norma per così dire, sostanziale, ma con ricadute anche processuali), che consente l'individuazione di vizi *formali* contrapposti a quelli *sostanziali* non è quindi assolutamente agevole. Un filone interpretativo rigoroso del suddetto principio apparso in giurisprudenza⁶⁹, e conseguentemente del concetto di atto avente natura vincolata, non implicherà particolari stravolgimenti: il vizio *non invalidante* (attinente a violazioni formali e/o procedimentali), non incide sull'efficacia del provvedimento stesso, nel caso in cui il suo esito abbia carattere *vincolato*; dunque, più è rigorosa l'interpretazione del concetto di atto vincolato, più è limitata

⁶⁸ Cfr. Cons. Stato n. 2136/2007 in *Giustizia amministrativa. Rivista di diritto pubblico* (www.giustamm.it) In senso opposto cfr le ordinanze nn.13659,13660,13911/ 2006 delle SS.UU. Corte di Cassazione, su *Giustizia amministrativa. Rivista di diritto pubblico* (www.giustamm.it); alla luce di queste pronunce non si dovrebbero più porre problemi relativi alla pregiudiziale amministrativa (che prevede necessariamente l'impugnativa nei termini di decadenza del provvedimento illegittimo), posto che è stata sancita appunto la possibilità di una tutela risarcitoria autonoma delle situazioni di interesse legittimo; l'accertamento della illegittimità dell'agire della pubblica amministrazione non può risultare precluso dalla inoppugnabilità del provvedimento. Per i primi commenti cfr. V. CERULLI IRELLI, *Prime osservazioni sul riparto delle giurisdizioni dopo la pronuncia delle Sezioni Unite*, in *Giustizia amministrativa. Rivista di diritto pubblico* (www.giustamm.it); M.A. SANDULLI, *Finalmente "definitiva" certezza sul riparto di giurisdizione in tema di "comportamenti" sulla c.d. "pregiudiziale" amministrativa? Tra i due litiganti vince la "garanzia di piena tutela"*, in *Giustizia amministrativa. Rivista di diritto pubblico* (www.giustamm.it); Per le prime applicazioni giurisprudenziali in senso difforme dalle pronunce delle SS.UU., cfr., TAR Puglia n. 3710, 4 luglio 2006, in *Giustizia amministrativa. Rivista di diritto pubblico* (www.giustamm.it).

⁶⁹ Per le pronunzie "garantiste" che hanno proceduto all'annullamento del provvedimento impugnato per mancata dimostrazione in giudizio, da parte della pubblica amministrazione, che il contenuto del provvedimento stesso, non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato, cfr., TAR Sardegna n. 483/05 in www.giustizia-amministrativa.it, secondo il quale nel caso di provvedimenti discrezionali emanati violando l'obbligo di comunicazione di avvio del procedimento, la conseguenza necessaria, anche dopo l'approvazione della previsione di cui all'art 21-octies, dovrà essere l'annullamento del provvedimento impugnato; TAR Campania n. 5226/2005, TAR Puglia n. 1332/2005, TAR Lazio n. 534/2005 tutte consultabili su www.giustizia-amministrativa.it; Secondo il TAR Sardegna n. 1386/2005 dell'art. 21-octies "è necessario seguire una interpretazione restrittiva e rigorosa, poiché altrimenti, in presenza di una obiettiva violazione di legge (mancato o non idoneo avviso di avvio del procedimento), si rischierebbe di limitare il diritto di azione del cittadino" Secondo TAR Liguria n. 1528/2006 in *Foro amm.-TAR*- n.10/2006, Osservatorio giurisprudenziale: "L'art. 21-octies, l. 241/90, ha una natura eccezionale, che deroga alla regola generale sull'annullabilità dei provvedimenti amministrativi adottati in violazione di legge o viziati da eccesso di potere o da incompetenza, cosicché se ne impone una interpretazione restrittiva".

l'operatività del principio del raggiungimento dello scopo. Diversamente, se si allargheranno le *maglie* del concetto di atto vincolato⁷⁰, attraverso una estensione (surrettizia o anche esplicita), a fattispecie in cui residuano in capo alla pubblica amministrazione margini di discrezionalità⁷¹ (apertura fatta già dal legislatore della novella per quanto concerne l'omissione della comunicazione di avvio del procedimento che concerne, appunto, anche i provvedimenti discrezionali), è evidente che il modo di intendere l'attività provvedimentale della pubblica amministrazione viene, evidentemente, stravolta dall'attività di verifica processuale da parte dei giudici⁷². Si potrebbero porre, allora, problemi sotto l'aspetto della creazione di un vero e proprio *vulnus* di tutela per il cittadino, raggiungimento dello scopo potrebbe assurgere a sinonimo di "sacrificio" del destinatario del provvedimento⁷³ il quale troverà sempre più difficoltoso ottenere l'annullamento del provvedimento. Un'applicazione *equilibrata* della norma, diversamente, porterebbe ad attuare il principio di efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa, nell'ottica dell'amministrazione di risultato, facendo in modo che non ogni imperfezione abbia conseguenze invalidanti. Bisogna infatti distinguere il

⁷⁰ Per interpretazioni più estensive cfr., TAR Veneto n. 935/05 e TAR Sardegna n. 1170/2005, entrambe consultabili su www.giustizia-amministrativa.it; TAR Sicilia n. 941/05 in www.giustizia-amministrativa.it, che non ha proceduto all'annullamento del provvedimento accontentandosi di un giudizio di verosimiglianza e non sulla dimostrazione "palese" che, il provvedimento, non avrebbe potuto avere un contenuto diverso.

⁷¹ Si veda per l'appunto, TAR Sardegna n. 1170/2005, cit. In questa pronuncia si legge che "l'art 21-octies 2° comma può operare 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. Più specificatamente deve ritenersi che la disposizione normativa in questione possa trovare applicazione laddove la soddisfazione della pretesa del privato dipenda dal possesso di requisiti di cui il giudice può ictu oculi verificare la presenza e l'amministrazione si sia espressa negativamente senza motivare o enunciando esclusivamente ragioni attinenti a profili diversi da quelli che avrebbero potuto giustificare il diniego."

⁷² Interessante sul punto, è una recente pronuncia del TAR Lazio n. 9199/2007 in *Giustizia amministrativa, Rivista di diritto pubblico* (www.giustamm.it), il quale ritiene che, ad onta dell'astratta discrezionalità del provvedimento, lo stesso, in concreto, si attegga in termini di atto vincolato: "se anche, in base al parametro legislativo astratto, il provvedimento di sospensione della licenza appartiene alla categoria astratta degli atti discrezionali, tuttavia, in concreto, qualora ricorra uno dei presupposti indicati dal citato art. 100 Tulp (nella fattispecie quello dell'"abituale ritrovo di persone pregiudicate o pericolose") al Questore non residuano margini di scelta in ordine all'adozione dell'atto limitativo previsto dalla legge. E se dunque si realizza – sempre in concreto – il caso dell'atto vincolato nella forma e nei contenuti, scatta allora la regola posta dal citato art. 21-octies, secondo la quale l'autorità procedente non incorre in illegittimità ove adotti il provvedimento senza la previa informativa al soggetto che ne è destinatario negli effetti. E ciò perché l'informativa costituirebbe – nel sottinteso presupposto logico della norma primaria – inutile aggravamento del procedimento, posto che, a fronte della predeterminazione legale del *quid* e del *quomodo* del provvedimento, nulla sostanzialmente può il destinatario dell'atto per impedire l'emanazione e, soprattutto, per modificarne i relativi contenuti."

⁷³ Sul punto, in dottrina, G. MORBIDELLI, *Invalidità e irregolarità*, in *Annuario dell'associazione italiana dei professori di diritto amministrativo* 2002, Milano 2003.

formalismo dal rispetto della forma. In conclusione, se correttamente applicato, il principio *de quo*, sancirebbe il definitivo passaggio alla “legalità dei contenuti”⁷⁴.

10. L’art. 21-septies l. proc. amm.: la dicotomia nullità/annullabilità

La riforma introduce per la prima volta nel diritto amministrativo la dicotomia nullità/annullabilità⁷⁵ (artt.21-septies, octies e nonies l. proc. amm.). Siffatto schema categoriale, di matrice civilistica, sembra così aver eliminato, la discussa categoria della c.d. inesistenza del provvedimento amministrativo. Il problema che si pone, è se siffatta dicotomia, abbia o meno riflessi sul riparto tra le giurisdizioni e se dunque possa procedersi alla equazione: giudice ordinario - provvedimento nullo, giudice amministrativo – provvedimento annullabile)⁷⁶. Ulteriore profilo problematico connesso al precedente concerne la decodificazione dei c.d. elementi essenziali del provvedimento. La nullità del provvedimento amministrativo⁷⁷ alla luce della novella, non sembra essere soggetto ad un regime sostanziale e processuale unitario e omogeneo⁷⁸, il problema è allora quello di

⁷⁴ Per questa espressione cfr., F. LUCIANI, *L’annullabilità degli atti amministrativi* cit., p. 384: “Il legislatore si è affrancato dal monopolio della legalità delle forme, a favore di una legalità dei contenuti, attraverso la quale l’Amministrazione possa garantire non solo la conformità giuridica dell’atto alla norma, ma la sua utilità in relazione ad obiettivi determinati.”

⁷⁵ Sulle complicazioni dell’ingresso della categoria della nullità nel panorama dell’invalidità del provvedimento amministrativo si veda F.G. SCOCA, in *Foro Amm. -TAR-* p 87 e ss., *Riforma della l.241/1990 e processo amministrativo*, (a cura di M.A. Sandulli).

⁷⁶ Infatti, solo per le ipotesi di nullità conseguenti alla elusione del giudicato amministrativo, la novella sembra risolvere il problema *per tabulas*, prevedendo l’attrazione della questione nell’ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Sulla nullità del provvedimento emesso in violazione o elusione del giudicato v. M. D’ORSOGNA, *Violazione ed elusione del giudicato nella nuova disciplina della nullità dei provvedimenti amministrativi*, in *Giustizia amministrativa. Rivista di diritto pubblico* (www.giustamm.it). Sul tema della giurisdizione con riferimento al provvedimento nullo cfr., F. LUCIANI, *Inefficacia e rilevanza giuridica della nullità. Considerazioni sull’azione di nullità di fronte al giudice amministrativo*, in *Giustizia amministrativa. Rivista di diritto pubblico* (www.giustamm.it). Secondo l’Autore “il fatto che l’atto nullo esiste ma sia improduttivo degli effetti tipici della decisione autoritativa, impedisce il fenomeno della degradazione del diritto soggettivo (ad interesse legittimo oppositivo) e quindi attiva la giurisdizione del giudice ordinario; il quale sarà chiamato a pronunciarsi su una classica azione per la declaratoria della nullità di un atto, con gli strumenti e le forme previste dal codice di rito. Viceversa, per le situazioni soggettive che sono già all’origine di interesse legittimo (pretensivo) – anche sulla scorta delle intuizioni della passata dottrina amministrativa, adesso confortata dalla recente norma – la giurisdizione è senz’altro attribuibile al giudice amministrativo (nel nostro sistema il riparto è ancora regolato dalla situazione giuridica soggettiva coinvolta e non dal vizio lamentato o dal tipo di azione promossa).”

⁷⁷ Sul tema della nullità del provvedimento amministrativo, da ultimo, F. LUCIANI, *Inefficacia e rilevanza giuridica della nullità. Considerazioni sull’azione di nullità di fronte al giudice amministrativo*, in *Giustizia amministrativa. Rivista di diritto pubblico* (www.giustamm.it).

⁷⁸ Sul rapporto nullità ex art. 21-septies, per violazione ed elusione del giudicato, e violazione di misure cautelari v. TAR Calabria Luglio 2005, in www.giustizia-amministrativa.it, “l’art. 21 septies, 1° comma, l. n. 241/90 stabilisce che “è nullo il provvedimento amministrativo. . . che è stato adottato in violazione o elusione del giudicato, nonché negli altri casi previsti dalla legge”. La ricorrente, nella consapevolezza dell’assenza di una

verificare ai fini della giurisdizione, su quale situazione giuridica soggettiva (se di diritto soggettivo o interesse legittimo) vada ad incidere il provvedimento viziato. In analogia a quanto previsto dall'art. 1325 c.c. (accordo, causa, oggetto, forma⁷⁹) si può dire che gli elementi essenziali civilistici si *adattino* pedissequamente al provvedimento amministrativo? Talune ipotesi sembrerebbero assurgere più a casi di scuola che ad ipotesi di reale verifica. C'è altresì da aggiungere che, in dottrina, sono presenti varietà di posizioni sull'elenco di elementi tali da considerarsi come essenziali. Rimane altresì il problema di distinguere in maniera netta il difetto assoluto di attribuzione, che da luogo a nullità, rispetto alla incompetenza implicante l'annullamento del provvedimento (sul punto TAR Basilicata n. 57/2006⁸⁰ secondo cui, qualora venga accertata l'incompetenza relativa dell'organo adottante – da non confondere con l'incompetenza assoluta, disciplinata dall'art. 21-septies comma

espressa previsione legislativa che sanzioni con la nullità la violazione o elusione di una misura cautelare concessa dal giudice amministrativo, ha sostenuto che tale fattispecie sarebbe assimilabile, quanto alle conseguenze giuridiche, alla violazione o elusione del giudicato. Ma tale assimilazione, oltre a porsi in contrasto con la chiara lettera della legge, di cui viene proposta una inammissibile interpretazione estensiva, trova un ostacolo insormontabile nei caratteri tipici del giudicato, i quali sono affatto estranei alle misure cautelari. Focalizzando l'attenzione esclusivamente sugli effetti, può richiamarsi il carattere definitivo ed incontestabile del giudicato, il quale è impermeabile finanche alle pronunce di incostituzionalità, per loro natura connotate da retroattività. Tali caratteri sono estranei alle misure cautelari, le quali sono naturalmente munite di un'efficacia interinale e provvisoria, destinata a cessare con la pronuncia di merito, anche di primo grado. E di tali differenze ha avuto piena contezza lo stesso legislatore che, nel disciplinare un procedimento speciale per l'attuazione coattiva delle misure cautelari concesse dal giudice amministrativo (art. 21, 14° comma, l. n. 1034/71, introdotto dalla legge n. 205/2000), non ha inteso estendere l'ambito applicativo del giudizio di ottemperanza, ma ha preferito limitarsi ad attribuire al giudice della cautela i soli poteri esercitati in sede di ottemperanza ex art. 27, 1° comma, n. 4) del Testo unico n. 1054/1924. In sintesi, e senza entrare nel merito della supposta violazione o elusione dell'ordinanza cautelare n. 22/2005, non appare sostenibile che a tali condotte di violazione o elusione consegua la medesima sanzione della nullità prevista dall'art. 21 *septies* per le sole decisioni giurisdizionali passate in giudicato. L'impossibilità di fare uso della categoria giuridica della nullità, conferma l'onere per la ricorrente di impugnare nell'ordinario termine decadenziale la determinazione n. 15/2005."

⁷⁹ Sull'applicazione dell'art. 21-*septies* l. *proc. amm.*, in giurisprudenza, interessante, TAR Liguria n. 169/2007, In *Foro amm. -TAR – n.10/2006*, Osservatorio giurisprudenziale secondo cui "la questione deve essere esaminata alla luce della previsione di cui all'art. 21- *septies* della l. 241/90 introdotto dalla l. 15/2005 che stabilisce, tra l'altro: "e' nullo il provvedimento amministrativo che manca degli elementi essenziali...". La previsione in questione, pur essendo riferita agli atti provvedimentali, deve essere estesa anche a tutti gli atti amministrativi anche a quelli privi di valenza provvedimentale, essendo del tutto illogico che le due specie di atti possano subire conseguenze sanzionatorie differenziate in presenza di vizi identici ed identicamente idonei a ledere gli stessi valori giuridici protetti. Ciò posto occorre rilevare come la sottoscrizione negli atti formali, quale è per definizione il verbale, integra non solo la documentazione della effettiva volontà dell'agente ma costituisce la stessa volontà dell'agente di guisa che la mancata sottoscrizione non involge solo un problema di imputazione ma, altresì, di esistenza di una volontà dell'agente o del funzionario di assumere un determinato atto. In assenza di sottoscrizione non esiste la volontà certificativa. Ne consegue che l'assenza di sottoscrizione o direttamente o in quanto univoco indizio di assenza della volontà dell'atto costituisce elemento essenziali dell'atto e del provvedimento amministrativo. Ne consegue la nullità dell'atto." secondo il Tar Lazio n. 12461/2006, in *Foro amm. -TAR – n.6/2006*, Osservatorio giurisprudenziale, la carenza di sottoscrizione del provvedimento amministrativo, anche quando non sia stato adottato con strumenti informatici, non comporta l'invalidità dell'atto, se esso presenta, nel suo complesso, elementi idonei all'individuazione del soggetto da cui proviene.

⁸⁰ In *Foro amm. -TAR – n.6/2006*, Osservatorio giurisprudenziale.

della stessa l. n. 241 del 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, e ciò in quanto detta disposizione si riferisce ai soli casi in cui il provvedimento sia stato adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma, nelle quali non rientrano le norme sulla competenza). Sul piano pratico la differenza non è poi così netta come potrebbe sembrare, i risvolti applicativi invece, in termini di invalidità dell’atto, sono come visto, radicalmente differenti.

Problematica risulta, infine, l’applicazione del regime civilistico di imprescrittibilità dell’azione nei casi di nullità⁸¹; l’applicazione infatti, anche in ambito amministrativo, implica, evidentemente, una carenza di certezza dei rapporti giuridici ben maggiore che in ambito privatistico. Per risolvere siffatti problemi, potrebbe prevedersi un termine prescrizione pari ad uno o due anni.

11. Osservazioni conclusive

La legge di riforma sul procedimento amministrativo, presenta luci ed ombre, come si è potuto notare da questa breve analisi della giurisprudenza.

La riforma, molto incidente e pregnante, si rivela di integrazione e completamento di una legge, quella del 1990, che, seppur relativamente recente, necessitava di un intervento riformatore.

L’intervento nel complesso può considerarsi positivo⁸², della cui *tenuta* però, bisogna fare i conti soprattutto con gli assestamenti (peraltro richiamati in precedenza), della giurisprudenza amministrativa.

⁸¹ La dottrina osserva sul punto che “a rigore, l’azione di nullità dovrebbe mantenere il suo tradizionale connotato di imprescrittibilità. Può però ritenersi che, anche in assenza di un’espressa previsione legislativa e date le specificità della materia in esame sopra descritte, la stessa azione debba andare soggetta a termini di impugnazione (fatti salvi i casi di nullità che conseguano alla commissione di un illecito, i quali peraltro dovrebbero ricadere, per quanto in precedenza affermato, nella giurisdizione del giudice ordinario). E uno dei casi, questo, non infrequenti invero nel diritto vigente, in cui l’ordinamento potrebbe scegliere, sul piano politico, che oltre un certo limite temporale, sia preferibile consolidare l’essere anziché ripristinare il dover essere; sia preferibile cioè puntare alla stabilità dell’azione amministrativa (ancorché nulla) ed all’effettività dei risultati da essa comunque prodotti (attraverso un atto amministrativo comunque giuridicamente rilevante).” Cfr. F.LUCIANI, *Inefficacia e rilevanza giuridica della nullità. Considerazioni sull’azione di nullità di fronte al giudice amministrativo*, cit.

⁸² Sull’ambiguità della riforma la quale presenterebbe “luci ed ombre”, cfr. B.G. MATTARELLA cit., Secondo l’Autore “singole norme meritano apprezzamento per es. l’esplicita previsione del ricorso avverso il silenzio, senza bisogno della diffida; la previsione dell’indennizzo in caso di revoca del provvedimento; le tante modifiche alla disciplina del diritto di accesso; e comunque il fatto che gli interventi sulla legge 241 siano stati concentrati in questa legge piuttosto che sparsi in testi legislativi. Altre previsioni sono invece meno convincenti. Per esempio quella relativa alla nullità del provvedimento per difetto di elementi essenziali, che è retaggio di una

Disposizioni sicuramente positive (così valutate dalla giurisprudenza) sono quelle che razionalizzano ed accelerano i meccanismi di funzionamento della conferenza di servizi; allo stesso modo importante è l'introduzione del preavviso di rigetto che si pone in linea con quelle che sono le esigenze collaborative, partecipative, di *contraddittorio anticipato* con il soggetto interessato; nell'ottica della maggior tutela del privato è altresì congrua ed opportuna l'eliminazione della diffida ad adempiere - onere in capo al privato - che aveva come effetto quello di allungare in modo surrettizio i termini di emanazione del provvedimento. Opportuna, altresì è la subordinazione dell'efficacia del provvedimento limitativo della sfera giuridica del privato, alla comunicazione all'interessato, così come la *riduzione a sistema* della categoria della autotutela dell'amministrazione. Infine, lo stesso principio del raggiungimento dello scopo⁸³, se applicato in modo equilibrato, potrebbe veramente attuare il principio di legalità sostanziale e di semplificazione dell'azione amministrativa, volta ad eliminare eccessivi formalismi ed inutili reiterazioni di procedimenti; semplificazione questa che non sembra identificarsi con i provvedimenti taciti di silenzio assenso e rifiuto, la cui generalizzazione sembra porsi più che altro in una diversa ottica, quella della sommarietà e dell'attenuazione delle garanzie procedurali e sostanziali. Alcuni punti problematici restano aperti: quello – ad esempio - della individuazione degli elementi essenziali del provvedimento la cui mancanza implica la nullità dello stesso, così come oscuri rimangono i connessi risvolti processuali. Su questo e su altri punti, dottrina e giurisprudenza hanno da assolvere al loro compito interpretativo in tempi ragionevolmente brevi, al fine del miglioramento del rapporto (oggi sfumato) tra autorità e libertà.

costruzione teorica dell'atto amministrativo, quella negoziale, che andava di moda un secolo fa. O quella relativa alla natura recettizia dei provvedimenti restrittivi. O infine, la disciplina del rapporto tra accesso e riservatezza che mira alla massima precisione e produce il risultato opposto, utilizzando una serie di concetti giuridici indeterminati la cui somma produce solo arbitrio”.

⁸³ Nebulosi appaiono i rapporti tra la parte dell' art. 21-*octies* 2° comma, l. *proc. amm.*, di carattere per così dire generale, che fa riferimento alla impossibilità di annullare in sede processuale i provvedimenti affetti da vizi di legittimità di natura non sostanziale, e la parte, più specifica, che fa riferimento ai provvedimenti discrezionali qualora venga in rilievo il vizio della cd mancata comunicazione dell'avvio del procedimento (se è vero che l'art.21-*octies* 2° comma parte seconda prevede testualmente “non è comunque annullabile il provvedimento”).