

D O T T R I N A

Attività vincolata e attività discrezionale della Pubblica Amministrazione anche con riferimento alla norma dell'art.21 *octies* L. n. 241/1990

di Giuseppe Stipo ()*

SOMMARIO: LA NATURA VINCOLATA E DISCREZIONALE DEL PROVVEDIMENTO – 1. Premessa – 2. Il provvedimento vincolato – 3. Il provvedimento discrezionale – 4. La discrezionalità tecnica. I PROVVEDIMENTI VINCOLATI E DISCREZIONALI NELL'ART. 21 OCTIES COMMA 2 LEGGE 7 AGOSTO 1990 N. 241 – 5. Riferimento al vizio di annullabilità – 6. Natura processuale della norma. – 7. Mancata comunicazione dell'avvio del procedimento. – 8. Le espressioni "sia palese" e "dimostri" – 9. Le espressioni "contenuto dispositivo" e "contenuto del provvedimento" – 10. Il vizio di incompetenza – 11. Considerazioni conclusive.

1. La recente legge 15 febbraio 2005 n. 15, come per la prima volta espressamente accenna ai concetti di "nullità" e di "annullamento", così accenna alla "natura vincolata del provvedimento" (1).

Infatti l'art. 21 *octies* della legge 7 agosto 1990 n. 241, introdotto dall'art. 14 della citata legge 15 febbraio 2005 n. 15, premesso al comma 1 che "è annullabile il provvedimento amministrativo adottato in violazione di legge o viziato da eccesso di potere o da incompetenza", al comma 2 preclude al giudice di annullare "il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del

(*) *Avvocato Generale Aggiunto dello Stato, che ha lasciato l'incarico il 25 settembre 2006. All'Avvocato Giuseppe Stipo giungano i sensi di stima e gratitudine della Rassegna dell'Avvocatura dello Stato.*

(1) Sull'argomento v. G. STIPO, *Il regime d'invalidità del provvedimento amministrativo nel nuovo sistema delineato dalla legge 11 febbraio 2005 n. 15*, in questa Rassegna, 2005, p. 253 ss.

provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato” e così pure nel caso di “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”.

Quindi mentre nel caso di atti vincolati il contenuto dispositivo conforme alla legge sostanziale vale in ogni caso a sanarne la invalidità, per tutti gli altri atti, e cioè per quelli discrezionali, la sanatoria è limitata alla sola ipotesi di mancata comunicazione dell’avvio del procedimento.

Ciò dà occasione di riconsiderare, alla luce della giurisprudenza intervenuta (2), e chiarire i concetti di atto vincolato e atto discrezionale nella attività della P.A., nonché interpretare la nuova norma dell’art. 21 *octies* co. 2 citato rispetto a tali due tipi di provvedimenti.

2. E’ anzitutto pacifico che il provvedimento ha la natura di atto vincolato allorché viene emesso in adempimento ad un preciso obbligo giuridico (3).

Il provvedimento vincolato deve quindi necessariamente intervenire ogni volta che ne sussistono i presupposti stabiliti in via astratta e generale dalla legge, per cui l’attività amministrativa si esaurisce nella semplice verifica dell’esistenza dei presupposti di fatto e di diritto per l’adozione di quel tipo di provvedimento.

Perciò, in presenza di un provvedimento a carattere vincolato, non è profilabile il vizio di difetto di motivazione, in quanto il provvedimento non costituisce espressione di un potere di scelta, ma è il risultato di una mera applicazione di norme legislative, per cui è sufficiente il richiamo alle circostanze di fatto sul presupposto delle quali la norma deve trovare applicazione (4). Poiché la motivazione ha la funzione di rendere chiaro ed intelligibile l’iter logico seguito dalla Pubblica Amministrazione nell’adottare un prov-

(2) Per non appesantire il presente articolo si farà riferimento alla sola giurisprudenza, omettendo di considerare la pur cospicua dottrina formatasi sull’argomento.

(3) V. legge 18 marzo 1968, n. 249 (Delega al governo per il riordinamento dell’amministrazione dello stato, per il decentramento delle funzioni e per il riassetto delle carriere e delle retribuzioni dei dipendenti statali) art. 4 ult. comma: “per atti vincolati ... si intendono gli atti dei quali è obbligatoria la emanazione ed il cui contenuto è determinato dalla legge o dal regolamento”.

(4) Cons. Stato IV, 26 settembre 2001 n. 5044; 15 febbraio 2001 n. 721.

– Cons. Stato IV, 1 ottobre 2004 n. 6361 -Relativamente al denunciato vizio di carenza di motivazione è sufficiente ricordare che è principio pacifico quello secondo il quale la motivazione dell’atto amministrativo assolve la funzione di rendere palesi le ragioni che hanno indotto l’Amministrazione ad adottarlo al fine di consentire il successivo ed eventuale sindacato di legittimità; peraltro, quando l’attività amministrativa è vincolata, tale funzione deve considerarsi assolta se il provvedimento indichi con precisione i presupposti di fatto e di diritto la cui presenza o la cui mancanza ne hanno reso necessaria l’adozione, senza che occorran ulteriori e più ampie argomentazioni rivolte, in particolare, a confutare analiticamente le deduzioni svolte dalle parti interessate (cfr., tra le altre, Cons. Giust. Sic. 25 gennaio 1988 n. 9; IV Sez. 5730 del 18 ottobre 2002).

vedimento, qualora trattasi di attività vincolata non può parlarsi di motivazione, ma piuttosto di giustificazione, che consiste nell'indicazione del tipo di potere esercitato e dei presupposti di esso (5).

Ricorrendone quindi i presupposti legali e di fatto, l'Amministrazione può essere tenuta ad un provvedimento vincolato sia in ordine alla emanazione che al contenuto precettivo.

Esso quindi potrà essere impugnato solo contestando la presenza o meno dei presupposti richiesti per la sua adozione, ma mai per eccesso di potere, in quanto trattasi di atto dovuto che prescinde da ogni criterio di determinazione dell'Amministrazione. Ugualmente può essere denunciata la presenza dei presupposti di fatto e di legge qualora l'Amministrazione ometta di adottare il provvedimento (6).

Tuttavia non può in modo automatico farsi derivare dalla natura vincolata dell'attività demandata all'Amministrazione la qualificazione di una corrispondente posizione soggettiva del privato in termini di diritto soggettivo, con le dovute conseguenze di carattere processuale in punto di giurisdizione. E' d'uopo, infatti, distinguere, anche in seno alle attività di tipo vincolato, tra quelle

– T.A.R. Parma 19 ottobre 2005 n. 486 – Anche laddove l'Amministrazione debba provvedere in maniera vincolata al verificarsi di date condizioni, l'onere di motivazione impone che siano quanto meno indicati il tipo di potere esercitato ed i presupposti di fatto delle determinazioni assunte, sì da consentire di ricavare con assoluta certezza le ragioni poste a base della decisione e rendere conseguentemente possibile il successivo ed eventuale sindacato di legittimità (v., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. IV, 1° ottobre 2004 n. 6361). Nella circostanza il provvedimento impugnato si è limitato ad affermare che «... non sussistono i presupposti per la stipula del contratto di soggiorno per lavoro subordinato ...», senza specificare quale dei requisiti richiesti dalla normativa fosse risultato carente.

(5) Cons. Stato VI, 26 febbraio 2003 n. 1088. – In merito al lamentato difetto di motivazione, va osservato, in via generale, che tutti i provvedimenti sanzionatori in materia edilizia, compresa l'ordinanza di demolizione, in quanto atti vincolati, non richiedono una specifica motivazione su puntuali ragioni d'interesse pubblico o sulla comparazione di quest'ultimo con gli interessi privati coinvolti e sacrificati (T.A.R. Campania Napoli II, 22 dicembre 2005 n. 20537).

– T.A.R. Molise Campobasso I, 15 novembre 2005 n. 981 – I provvedimenti conseguenti all'accertata insussistenza di taluno dei requisiti prescritti per la partecipazione ad una procedura concorsuale appartengono alla categoria degli atti vincolati sia nell'*an* che nel *quid*, di talché non richiedono – secondo pacifica giurisprudenza – una particolare motivazione (Cons. Stato, VI, 14 gennaio 2002, n. 167; IV, 15 febbraio 2001 n. 721).

(6) Cass. VI Pen. 3 novembre 1997 n. 11484: “Quando l'atto domandato è un atto dovuto, cioè un atto vincolato, con esclusione di qualsiasi scelta discrezionale sui tempi e i modi della sua emanazione, la P.A. ha il dovere di provvedere ai sensi dell'art. 328 comma 2 c. p. (nel testo sostituito dall'art. 16 legge 26 aprile 1990 n. 86 – omissione di atti ufficio) e pertanto il pubblico ufficiale è tenuto, ricorrendo tutte le condizioni di fatto e di diritto necessarie, a compiere l'atto richiesto, ovvero, in mancanza delle condizioni stesse o in presenza di altre cause impeditive, a darne ragione nella risposta, prima del decorso del termine di trenta giorni. L'obbligo di compiere l'atto d'ufficio non sussiste, invece, qualora si tratti di attività discrezionale, ma, se l'atto non viene emesso, sorge comunque il dovere del pubblico ufficiale di fornire una risposta al richiedente prima della scadenza del termine (nella fattispecie è stato ritenuto che il provvedimento di sgombero dell'area pubblica che consente ad un proprietario di un immobile antistante l'accesso alla sua proprietà è atto dovuto)”.

ascritte all'Amministrazione per la tutela in via primaria dell'interesse del privato e quelle, viceversa, che la stessa Amministrazione è tenuta ad esercitare per la salvaguardia dell'interesse pubblico. Pertanto occorre avere riguardo alla finalità perseguita dalla norma primaria, con la conseguenza che quando l'attività amministrativa, ancorché a carattere vincolato, tuteli in via diretta l'interesse pubblico, la situazione vantata dal privato non può che essere protetta in via mediata, così assumendo consistenza di interesse legittimo (7).

La stessa Corte Costituzionale ha espressamente ritenuto priva di qualsiasi fondamento l'argomentazione che, di regola, al carattere vincolato del provvedimento corrispondano situazioni giuridiche qualificabili quali diritti soggettivi e, per converso, all'area della discrezionalità amministrativa quelle definibili come interessi legittimi (8).

Insomma non può mai ravvisarsi una situazione di un vero e proprio diritto soggettivo, quando il provvedimento impugnato, ancorché di carattere vincolato, è diretto in via primaria ed immediata a soddisfare un interesse pubblico.

Così il provvedimento d'inquadramento di un pubblico dipendente (naturalmente con riguardo alle categorie di cui all'art. 3 legge 30 marzo 2001 n. 165 – magistrati, diplomatici, prefetti, militari ecc. –, che, a seguito della privatizzazione del pubblico impiego sono ancora sottoposte alla giurisdizione amministrativa ai sensi dell'art. 63 stessa legge), pur se vincolato, ha natura sicuramente autoritativa e, come tale, è impugnabile, in ordine alla qualifica o al trattamento attribuiti, entro il termine di decadenza *ex art.* 21 della legge 6 dicembre 1971 n. 1034 sui T.A.R.(9).

Non sono infatti configurabili posizioni di diritto soggettivo aventi ad oggetto l'inquadramento e la progressione di carriera del dipendente pubblico, nell'ambito dell'apparato organizzativo dell'ente a cui appartiene; né è rilevante, al riguardo, la circostanza che si tratti di promozione per semplice anzianità, scevra da profili di discrezionalità amministrativa, una volta riscontrata l'esistenza dei presupposti di legge, poiché il carattere vincolato dell'attività della P.A. non implica necessariamente la configurazione in capo al privato di una posizione di diritto soggettivo, essendo comunque qualificabile come interesse legittimo la posizione tutelata nei confronti di norme d'azione, quali sono tipicamente quelle che disciplinano l'inserzione e la collocazione del pubblico dipendente nell'ambito della struttura democratico-organizzativa dell'amministrazione (10).

E ancora il provvedimento di decadenza dall'impiego ha natura accertativa di una situazione di fatto alla quale consegue, in modo vincolato, l'adozione di misure amministrative (11).

(7) Cons. St. VI, 15 maggio 2003 n. 2661.

(8) Corte Cost. 16 aprile 1998 n. 127.

(9) Cons. Stato V, 16 febbraio 2001 n. 810; Cons. Stato VI, 8 aprile 2002 n. 1894.

(10) T.A.R. Valle d'Aosta, 31 gennaio 1985 n. 6. Di recente è stata affermata la giurisdizione amministrativa nella controversia concernente il conferimento di incarichi dirigenziali, risultando coinvolti profili di interesse pubblico (Cons. St., VI, 16 giugno 2006 n. 3556); in senso contrario però Cass. SS. UU., 12 giugno 2006 n. 13538).

(11) Cons. Stato V, 7 aprile 2003, n. 1833.

È stata ritenuta inammissibile la richiesta di accertamento giudiziale della pretesa del ricorrente all'ottenimento di un'autorizzazione in sanatoria ai sensi dell'art. 13, legge 28 febbraio 1985, n. 47, posto che tale pretesa non si attegga a diritto soggettivo perfetto, suscettibile come tale di accertamento dichiarativo bensì ad interesse legittimo, il cui soddisfacimento deve necessariamente passare attraverso l'impugnazione di un atto dell'amministrazione, di tipo autoritativo e non paritetico, anche se vincolato, non idoneo ad essere sostituito, qualora esso manchi, dal provvedimento del giudice (12).

Rientra invece nella giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria la cognizione su un provvedimento che è espressione di un'attività vincolata per la tutela del diritto soggettivo privato all'assistenza sanitaria (13).

E così, in carenza di un potere autoritativo, è stato altresì ritenuto che il riconoscimento del diritto di prelazione, nel caso di vendita frazionata, ai titolari dei contratti di locazione in corso risulta rigorosamente vincolato all'accertamento di requisiti prestabiliti (titolarità di contratto di locazione e situazione regolare per quanto riguarda i pagamenti dei canoni al momento della presentazione della domanda di acquisto), per cui la posizione soggettiva fatta valere dall'interessato assume natura e consistenza di diritto pieno e perfetto e la relativa controversia rientra nella giurisdizione del giudice ordinario (14).

Nel caso in cui si contesti un provvedimento amministrativo di ripartizione di aree meramente attuativo della legge e quindi a contenuto vincolato, essendosi in presenza di un diritto soggettivo ad un beneficio patrimoniale spettante direttamente *ex lege*, la cognizione spetta al giudice ordinario (15).

Quindi, a seconda dei casi, qualora si contesti un provvedimento vincolato o se ne lamenti la mancata adozione, la giurisdizione potrà essere del giudice ordinario o del giudice amministrativo.

3. Mentre nella attività vincolata l'Amministrazione non è libera di valutare se emettere o meno l'atto (16), ogni qual volta invece l'adozione dell'at-

(12) T.A.R. Lombardia – Brescia, 13 ottobre 1989, n. 959.

(13) Spetta al g.o. conoscere delle controversie aventi ad oggetto la legittimità del diniego da parte di una regione in ordine al diritto dell'assistito al rimborso spese per un intervento chirurgico effettuato d'urgenza all'estero. In tali evenienze, infatti, il cittadino ha una posizione di diritto soggettivo perfetto, mentre, in capo all'amministrazione, sussiste soltanto un potere di apprezzamento dell'urgenza della prestazione sanitaria ottenuta all'estero. Di conseguenza, tale discrezionalità tecnica della P.A., non essendo espressione di supremazia, è inidonea a determinare l'affievolimento del diritto soggettivo, soprattutto laddove si tratti del diritto alla salute. Resta pertanto escluso che la predetta controversia rientri nell'ambito della giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo ai sensi dell'art. 33 del D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 80 e successive modificazioni, dichiarato parzialmente illegittimo dalla Corte Costituzionale con la sent. n. 204 del 2004 (Cass. SS.UU. 30 maggio 2005 n. 11334).

(14) T.A.R. Veneto, 17 luglio 2002, n. 3482.

(15) Trib. sup. acque, 12 dicembre 2003, n. 163.

(16) In diritto privato, come attività vincolata cioè dovuta senza possibilità di scelta, qualcosa di simile è dato riscontrare qualora un soggetto sia tenuto, indipendentemente dalla

to, in quanto spontanea, è preceduta da una libera manifestazione di volontà negoziale, l'atto è qualificato di natura discrezionale.

Addirittura, facendo riferimento all'elemento della volontà, è stato affermato che la distinzione fra atti non negoziali e negoziali corrisponderebbe sostanzialmente a quella tra atti vincolati e atti discrezionali, in quanto agli atti negoziali inerisce sempre una più o meno ampia determinazione (volontà) a provvedere mentre, in presenza di determinati presupposti, l'emanazione di un atto vincolato costituisce l'adempimento di un dovere giuridico.

In sostanza, a differenza del provvedimento vincolato, quello discrezionale è preceduto sempre da una valutazione (nell'*an* e nel *quomodo*) da parte degli organi della Pubblica Amministrazione.

Siffatta valutazione non deve essere però intesa come manifestazione di libertà assoluta e incondizionata; se l'attività negoziale privata ha valore giuridico qualunque sia il fine che la determina (a meno che non sia illecito – v. artt. 1418 e 1443 cod. civ.), nel diritto pubblico “*l'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di pubblicità e di trasparenza secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario*” (art. 1 legge 7 agosto 1990 n. 241 mod. da legge 11 febbraio 2005 n. 15), come pure debbono essere assicurati “*il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione*” (art. 97 cost.).

L'attività discrezionale comporta quindi una facoltà di valutazione e di scelta nell'adottare il provvedimento amministrativo, sempre però nel rispetto della legge e delle esigenze del pubblico interesse: da qui il vizio di annull-

sua volontà, ad un comportamento negoziale, come nell'ipotesi di violazione dell'obbligo di contrattare derivante da una legge o da un impegno assunto; mentre l'inadempimento dell'Amministrazione può essere fatto valere attraverso la procedura del silenzio che può culminare nella nomina del commissario *ad acta* che adotta il provvedimento sostituendosi agli organi amministrativi, in diritto privato l'art. 2932 cod. civ. prevede che sia il giudice a sostituirsi alla volontà dell'inadempiente attraverso una sentenza di natura costitutiva che tenga luogo del contratto non concluso. Oltre all'ipotesi più ricorrente del mancato rispetto di un contratto preliminare, si è ritenuta ammissibile una sentenza costitutiva anche nell'ipotesi della violazione dell'obbligo di contrattare da parte dell'imprenditore operante in regime di monopolio legale (Cass. 6 dicembre 1968 n. 3914). Ed ancora in caso di legittimo avviamento di centralinista non vedente, la cui assunzione sia indebitamente rifiutata dal destinatario dell'obbligo di assumerlo, il giudice, ove richiesto, deve applicare l'articolo 2932 del c.c., rendendo fra le parti sentenza che produca in forma specifica gli effetti del contratto non concluso, trattandosi di fattispecie possibile non esclusa dal titolo, essendo, infatti, prestabiliti dalla legge 113 del 1985, in tema di disciplina del collocamento del lavoro e del rapporto di lavoro dei centralinisti non vedenti, la qualifica, le mansioni e il trattamento economico e normativo del lavoratore avviato, ivi compresa l'indennità legale di mansione, assumendo carattere residuale il risarcimento economico destinato ad assicurare l'integrale soddisfazione del diritto del centralinista, indebitamente pretermesso dalla prestazione lavorativa per l'inadempimento del datore di lavoro (Cass. sez. lav., 14 agosto 2004 n. 15913).

lamento previsto dal citato art. 21 *octies* comma 1 per violazione di legge o eccesso di potere.

Perciò l'onere della motivazione, quale estrinsecazione delle ragioni che hanno condotto l'Amministrazione ad operare una determinata scelta, trova applicazione in ogni caso in cui l'Amministrazione deve decidere in base a discrezionalità amministrativa, per dare conto di come ha deciso di ottimizzare l'interesse pubblico sotteso a tale scelta.

Può quindi concludersi nel senso che il provvedimento vincolato è un "atto dovuto" in presenza di determinate circostanze di fatto e di diritto; il provvedimento discrezionale è un atto dettato da una scelta della P.A. tra più soluzioni: si sceglie quella che, a giudizio (discrezione) degli organi amministrativi, è idonea a soddisfare meglio il pubblico interesse.

4. Nell'ambito della discrezionalità si distingue una discrezionalità "amministrativa o pura" da una discrezionalità "tecnica".

La discrezionalità pura è il frutto di un apprezzamento basato sui principi di buona e retta amministrazione, la discrezionalità tecnica è invece il frutto di un apprezzamento basato su cognizioni scientifiche, come peraltro trovasi espresso nell'art. 17 legge 7 agosto 1990 n. 241 sul procedimento amministrativo: "*Ove per disposizione espressa di legge o di regolamento sia previsto che per l'adozione di un provvedimento debbano essere preventivamente acquisite le valutazioni tecniche di organi o enti appositi*".

Le valutazioni tecniche possono investire qualsiasi campo della scienza: quello giuridico in materia di concorsi, quello igienico-sanitario in materia di provvedimenti di urgenza per evitare il diffondersi di epidemie, quello storico-artistico in materia di provvedimenti a tutela dei beni culturali, quello ingegneristico in materia di stabilità e pericolosità delle costruzioni, quello ambientale a tutela del paesaggio e così via (17).

Occorre tuttavia tenere presente che per aversi discrezionalità tecnica il giudizio che l'amministrazione è tenuta a formulare deve essere connotato dal carattere dell'opinabilità, perché altrimenti ricorre l'ipotesi dell'accertamento tecnico.

In altri termini, ove presupposto del provvedimento amministrativo sia un criterio dettato da una scienza esatta, non può parlarsi di discrezionalità, perché manca qualsivoglia margine di opinabilità.

Viceversa qualora presupposto del provvedimento amministrativo sia un criterio dettato da regole e conoscenze scientifiche non esatte, in quanto tali prive del requisito della oggettiva verificabilità perché caratterizzate da un margine più o meno ampio di opinabilità, si è nel campo della discrezionalità tecnica.

(17) Le complesse operazioni tecniche volte alla ricerca ed acquisizione di dati ed elementi idonei a costituire parametri di valutazione per l'accertamento del valore di un'area edificatoria ai fini della determinazione dell'indennità di espropriazione, involgono scelte basate sulla discrezionalità tecnica in ordine alla ricerca ed alla selezione dei dati da utilizzare (Cass. 14 settembre 1999 n. 9814).

E per vero, mentre la distanza di un fabbricato dalla strada è data dai metri lineari che li separano e la misura è quella che è e non può prestarsi a diverse interpretazioni, lo stato di pericolo di un immobile potrà portare a valutazioni tecniche difformi ai fini del provvedimento di sgombero, perché la situazione concreta per alcuni potrà essere ritenuta priva di elementi di pericolosità.

Nel primo caso (accertamento tecnico) l'interessato potrà lamentare che il provvedimento è stato adottato sulla base di un'errata rappresentazione della realtà e quindi censurarlo solo sotto l'aspetto dell'errore per travisamento del fatto, nel senso che la distanza, ritenuta nel provvedimento di 30 m. è invece nella realtà di 60 m.; nel secondo caso (discrezionalità tecnica) il provvedimento è suscettibile di essere sindacato, in sede di legittimità, da parte del giudice amministrativo, sotto il profilo dell'eccesso di potere per carenza o contraddittorietà della motivazione, per illogicità manifesta, travisamento dei fatti e palese disparità di trattamento (18).

Insomma, se si tiene distinta l'ipotesi dell'accertamento tecnico (nel quale, come detto, non esistono margini di valutazione), il controllo di legittimità del giudice amministrativo è identico in qualsiasi ipotesi di atto discrezionale, sia che trattasi di discrezionalità pura sia che trattasi di discrezionalità tecnica.

Naturalmente, se il provvedimento, ancorché emesso a seguito di valutazione tecnica, va ad incidere su una posizione di diritto soggettivo, la giurisdizione è del giudice ordinario.

Nella giurisprudenza delle SS.UU. della Cassazione (v. tra le tante 23 aprile 2001 n. 169) si trova affermato che rispetto all'attività e agli atti che si appalesano espressione di una discrezionalità, non amministrativa ma tecni-

(18) Nella decisione del Consiglio di Stato, sez. VI, 1 ottobre 2002 n. 5156 troviamo indicata la correlazione tra discrezionalità tecnica e "*concetti giuridici indeterminati*" ed introdotta la distinzione tra "*sindacato di tipo forte*" e "*sindacato di tipo debole*".

Al giudice amministrativo è consentito accedere pienamente al fatto, accertandone anche attraverso consulenza tecnica il presupposto di fatto che ha condizionato il giudizio finale dell'Amministrazione e che può essere stato travisato o ignorato nella sua realtà o nella sua esistenza storica. Trattandosi in questo caso dell'esame di un elemento esterno all'attività amministrativa, al giudice è consentito esercitare un *sindacato di tipo forte*, in quanto volto a sostituire la valutazione del giudice a quella dell'Amministrazione.

Qualora invece a base del provvedimento non vi è un accertamento di mero fatto (che può essere travisato o ignorato nella sua realtà o nella sua esistenza storica), bensì un apprezzamento che si risolve in una valutazione tecnica complessa, risultante dall'applicazione di *concetti giuridici indeterminati* e basata sull'applicazione di regole proprie di scienze inesatte ed opinabili, il sindacato del giudice amministrativo in proposito è *di tipo debole*, cioè un sindacato in punto di ragionevolezza e di coerenza.

Orientamento questo seguito anche dal T.A.R. Lazio, che ha di recente ribadito come il giudice amministrativo, fermo restando il potere di conoscere i fatti in *modo pieno*, può verificare la logicità, la congruità, la ragionevolezza e l'adeguatezza del provvedimento e la completezza dell'istruttoria, quindi l'esattezza dei presupposti di fatto posti a fondamento della deliberazione, ma non può spingersi oltre fino ad esprimere proprie autonome scelte, perché in tal caso assumerebbe la titolarità del potere (Sez. I, 9 agosto 2005 n. 6157). Lo stesso T.A.R. ha tenuto a sottolineare che il sindacato non può spingersi sino alla indebi-

ca, in quanto presupponente apprezzamenti ed indagini da compiersi sulla base di criteri non giuridici, ma tecnici e scientifici, vengono a configurarsi in capo ai relativi destinatari, non posizioni subiettive di interesse ma diritti perfetti, siccome tali, passibili di tutela dinanzi all'autorità giudiziaria ordinaria.

La massima sopra riportata non può accogliersi in senso assoluto, ma piuttosto deve ritenersi espressa con riguardo al caso pratico sottoposto all'esame del giudice regolatore della giurisdizione.

Se infatti dovesse ammettersi che di fronte ad un atto amministrativo espressione di discrezionalità tecnica il giudice è sempre quello ordinario, non si spiegherebbe la norma dell'art. 1 comma 2 legge 21 luglio 2000 n. 205 sulla giustizia amministrativa, che ha inserito la consulenza tecnica tra i mezzi istruttori a disposizione del giudice amministrativo nell'esercizio della giurisdizione generale di legittimità (19).

Il problema della discrezionalità tecnica è stato riesaminato dal Consiglio di Stato con la decisione della Sezione quarta 9 aprile 1999 n. 601 (20), che ha puntualizzato concetti e criteri, poi seguiti dalla giurisprudenza

ta sostituzione del giudice all'Autorità, la quale soltanto è titolare del potere, che si estrinseca attraverso una discrezionalità basata sull'applicazione non di regole scientifiche esatte, ma attraverso concetti giuridici indeterminati (Sez. I, 15 novembre 2005 n. 11292; 15 dicembre 2005 n. 13749).

In materia di valutazione di impatto ambientale è stato affermato: in tema di valutazione dell'impatto ambientale il potere della amministrazione, più che da vera e propria discrezionalità amministrativa, appare caratterizzato da discrezionalità tecnica. Il giudice non può naturalmente sostituire la propria valutazione tecnica alla valutazione tecnica dell'amministrazione, dovendo il proprio sindacato sulle regole tecniche esercitarsi soprattutto in relazione a macroscopiche illegittimità ed incongruenze manifeste anche se senza alcuna aprioristica limitazione derivante dalla natura tecnica dell'attività che, lungi dall'essere in via di principio insindacabile, è suscettibile di sindacato, in sede di legittimità, da parte del giudice amministrativo, sia per vizi logici, sia per errore di fatto, sia per travisamento dei presupposti, sia per difetto di istruttoria, sia, infine, per cattiva applicazione delle regole tecniche (Cons. Stato, VI 30 gennaio 2004 n. 316).

(19) Legge 21 luglio 2000 n. 205 art. 1 comma 2.– Il terzo comma dell'articolo 44 del testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato, approvato con regio decreto 26 giugno 1924, n. 1054, e successive modificazioni, è sostituito dal seguente: "La decisione sui mezzi istruttori, *compresa la consulenza tecnica*, è adottata dal presidente della sezione o da un magistrato da lui delegato ovvero dal collegio mediante ordinanza con la quale è contestualmente fissata la data della successiva udienza di trattazione del ricorso".

(20) Cons. Stato, IV, 9 aprile 1999 n. 601:

– La discrezionalità tecnica ricorre quando l'Amministrazione, al fine di provvedere su un determinato oggetto, deve applicare una norma tecnica alla quale una norma giuridica conferisce rilevanza diretta o indiretta, con la conseguenza che l'applicazione di un criterio tecnico inadeguato o il giudizio fondato su operazioni non corrette o insufficienti, comportano un vizio di legittimità dell'atto amministrativo.

– La discrezionalità tecnica, diversa dal merito amministrativo, è sindacabile in sede giurisdizionale in base non al mero controllo formale ed estrinseco dell'"iter" logico seguito dall'autorità amministrativa, ma alla verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo.

più recente dello stesso Consiglio di Stato: al riguardo si può fare riferimento alle successive decisioni della stessa Sezione quarta 5 agosto 2005 n. 4165 e 6 ottobre 2001 n. 5287 (21).

Anche la Cassazione, a parte quella ora riportata massima di carattere generale troppo tassativa, nell'ipotesi di discrezionalità tecnica fa riferimento, anche alla stregua della sentenza della Corte Costituzionale n. 204/2004 (22), all'esercizio in concreto di pubblici poteri da parte dell'Ente Pubblico ed alla posizione soggettiva del privato su cui l'atto amministrativo va ad incidere: se l'atto va ad incidere su posizioni di diritto soggettivo e non vi sia esercizio di pubblici poteri, la giurisdizione è del giudice ordinario.

In altri termini può ripetersi quanto sopra detto a proposito degli atti vincolati.

Si suole parlare di discrezionalità mista allorché un atto amministrativo è il risultato di una valutazione di carattere tecnico e di una valutazione del pubblico interesse: al giudizio tecnico (discrezionalità tecnica) è connesso un giudizio sul modo di soddisfare l'interesse pubblico (discrezionalità pura) (23).

Il concetto di discrezionalità mista è puramente teorico, in quanto, come più su detto, non c'è alcuna differenza agli effetti della tutela giurisdizionale tra discrezionalità pura o amministrativa e discrezionalità tecnica.

– Il solo fatto della preesistenza di fattori di rischio in fattispecie in cui sia documentata l'attività continuativa particolarmente impegnativa e stressante del pubblico dipendente costituisce affermazione di criterio tecnico inadeguato a fondare il giudizio di esclusione della dipendenza da causa di servizio dell'infermità "infarto del miocardio": pertanto è illegittimo il conseguente provvedimento che nega la dipendenza da causa di servizio della suddetta infermità.

(21) Cons. Stato, IV, 5 agosto 2005 n. 4165 – D'altra parte, non può non evidenziarsi che le valutazioni delle prove di esame da parte delle commissioni esaminatrici di concorsi a pubblici impieghi è espressione dell'ampia discrezionalità tecnica di cui esse dispongono nello stabilire l'idoneità tecnica e culturale dei candidati, il cui esercizio è stato ritenuto sindacabile soltanto sotto il profilo dell'eccesso di potere (Cons. Stato IV, 8 settembre 1997 n. 955) per illogicità manifesta, travisamento dei fatti e palese disparità di trattamento (Cons. Stato IV, 24 marzo 1997, n. 298).

– Cons. Stato IV, 6 ottobre 2001 n. 5287 – La c.d. "discrezionalità tecnica" è caratterizzata da giudizi tecnici che l'amministrazione è tenuta a formulare *a)* connotati dal carattere dell'opinabilità, *b)* e dal profilo dell'opportunità amministrativa che involge la determinazione finale. I primi sono attratti alla cognizione del giudice, il secondo, inerente al merito, è estraneo ai suoi poteri.

(22) V. nota 13.

(23) Va data comunicazione di avvio del procedimento volto ad attuare una delocalizzazione degli impianti di distribuzione carburanti nei confronti dei soggetti interessati, dal momento che detto procedimento alterna momenti di discrezionalità amministrativa e di discrezionalità tecnica, nei quali sicuramente assume valore significativo l'apporto partecipativo del destinatario dell'atto finale, in quanto le determinazioni che l'amministrazione è tenuta ad assumere costituiscono, oltre che il frutto della comparazione degli interessi coinvolti, anche la risultante dell'applicazione di tecniche e conoscenze comuni a tutti gli operatori del settore, delle quali l'amministrazione potrebbe avere solo una conoscenza parziale od erronea (Cons. Stato V, 24 settembre 2003 n. 5451).

In sostanza il provvedimento è sempre di natura discrezionale.

5. Come all'inizio detto, il carattere vincolato o discrezionale del provvedimento amministrativo ha notevoli conseguenze in campo processuale.

L'art. 21 *octies* comma 2 legge 7 agosto 1990 n. 241, nel testo introdotto dalla legge 11 febbraio 2005 n. 15, ai fini dell'annullamento, ha reso ininfluenti i vizi di forma e del procedimento di un provvedimento a *natura vincolata* qualora sia *palese* che il suo contenuto dispositivo sia conforme al diritto sostanziale, mentre per tutti i provvedimenti, e quindi anche per quelli di natura discrezionale, è irrilevante l'omessa comunicazione di avvio del procedimento, qualora l'Amministrazione dimostri in giudizio che la scelta adottata è coerente al diritto positivo, per cui non consente in alcun modo un esito diverso del procedimento.

Dice la norma: “*non è annullabile il provvedimento*”; da ciò sembra evincersi che la disposizione ha ad oggetto il provvedimento affetto da vizi di annullabilità e non da nullità.

Ed invero il vizio di nullità è disciplinato dall'art. 21 *septies* (24) della stessa legge mentre il vizio di annullabilità è disciplinato dal successivo art. 21 *octies* (25).

Inoltre la norma stessa si riferisce ai procedimenti davanti al giudice amministrativo, anche perché si dice “*non è annullabile*”: infatti solo il giudice amministrativo potrebbe annullare un atto della Pubblica Amministrazione, emettere cioè una sentenza di natura costitutiva di annullamento (26).

(24) “Art. 21 *septies* (Nullità del provvedimento) 1. È nullo il provvedimento amministrativo che manca degli elementi essenziali, che è viziato da difetto assoluto di attribuzione, che è stato adottato in violazione o elusione del giudicato, nonché negli altri casi espressamente previsti dalla legge. 2. Le questioni inerenti alla nullità dei provvedimenti amministrativi in violazione o elusione del giudicato sono attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo”.

(25) “Art. 21-*octies* (*Annullabilità del provvedimento*) 1. È annullabile il provvedimento amministrativo adottato in violazione di legge o viziato da eccesso di potere o da incompetenza. 2. 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 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”.

(26) In diritto civile assistiamo a fenomeni in cui un atto invalido viene dal legislatore conservato in vita mantenendone la sua efficacia (invalido ma efficace – situazione opposta a valido ma inefficace) o addirittura vietando al giudice di pronunciarne la invalidità.

Così l'art. 2126 cod. civ.:

Prestazione di fatto con violazione di legge – La nullità o l'annullamento del contratto di lavoro non produce effetto per il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione, salvo che la nullità derivi da illiceità dell'oggetto o della causa.

E ancora l'art. 2504 cod. civ.:

6. Si è ancora discusso se la norma abbia natura sostanziale nel senso che l'espressione "*non è annullabile*" si riferisce alla qualifica e quindi equivale a "non è invalido" (27) ovvero si riferisce alla possibilità di emettere una sentenza costitutiva di annullamento.

Il problema ha rilevanza con riguardo alla efficacia della norma: se ha natura sostanziale non può avere efficacia retroattiva e troverà applicazione solo per i provvedimenti posti in essere successivamente alla sua entrata in vigore; se invece l'espressione "*annullabile*" ha riguardo alla potestà del giudice di annullare un atto viziato, la norma è di immediata applicazione in tutti i procedimenti giurisdizionali pendenti anche con riferimento a provvedimenti emessi in passato.

La lettera della norma depone per la sua natura processuale, tenendo conto che per il vizio di mancata comunicazione di avvio la sanatoria o conservazione si ha quando "*l'Amministrazione dimostri in giudizio*", per cui è il legislatore stesso che si rivolge al giudice. Sarebbe invero illogico ritenere che ciò non valga per i vizi di forma o procedurali degli atti vincolati, per il solo fatto che nel primo periodo dello stesso comma 2 alla espressione "*sia palese*" il legislatore non abbia anche aggiunto "*in giudizio*"(28).

Invalità della fusione – Eseguite le iscrizioni dell'atto di fusione a norma del secondo comma dell'articolo 2504, l'invalidità dell'atto di fusione non può essere pronunciata. Resta salvo il diritto al risarcimento del danno eventualmente spettante ai soci o ai terzi danneggiati dalla fusione.

Di recente il D.Lvo 12 aprile 2006 n. 163 – Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE – all'art. 246 co. 4 (ripetendo in sostanza quanto stabilito nell'abrogato D.Lvo 20 agosto 2002 n. 190, art. 14) così reca:

" Norme processuali ulteriori per le controversie relative a infrastrutture e insediamenti produttivi –4. La sospensione o l'annullamento dell'affidamento non comporta la caducazione del contratto già stipulato, e il risarcimento del danno eventualmente dovuto avviene solo per equivalente".

In tutti i casi sopra riferiti il contratto resta invalido, ma mantiene i suoi effetti in virtù di una espressa disposizione di legge.

(27) L'atto invalido si distingue in atto nullo o atto annullabile. Per i concetti di invalidità e inesistenza v. STIPO, *op. cit.* alla nota 1, pagg. 256, 259.

(28) Per Cons. St. VI, 26 ottobre 2005 n. 5969 "l'art. 21 *octies* della legge n. 241/1990 che essendo una norma processuale (sull'azione di annullamento) è applicabile anche ai procedimenti precedenti"; in senso conforme Cons. St. VI, 16 maggio 2006 n. 2763, e ancora, con ampia motivazione, T.A.R. Lazio I *quater* 1 agosto 2006 n. 6693: "la nuova disposizione non comporta alcuna eccezione alla qualificazione sostanziale del provvedimento non conforme a legge, che è e rimane invalido, ma opera sul piano degli esiti processuali, in seguito all'effettuazione di una valutazione in concreto e non in astratto del singolo caso. Tale previsione può, dunque, essere ricondotta nell'ambito delle norme di carattere processuale o procedurale, le quali sono di immediata applicazione, come ripetutamente riconosciuto anche dalla Corte Costituzionale (cfr., tra le altre: sent. n. 560 del 20 dicembre 2000; sent. n. 61 del 12 marzo 1998); in particolare, riguarda una fase che non interessa – almeno in termini diretti – l'attività amministrativa perché attiene all'annullabilità del provvedimento, oggetto di sindacato in sede giurisdizionale. Nel senso dell'immediata applicabilità alle

7. Inoltre qualche considerazione va fatta in ordine alla “*mancata comunicazione dell’avvio del procedimento*”, che si rinviene nel secondo periodo della norma in esame.

Occorre al riguardo ricordare come la giurisprudenza intervenuta prima della legge n. 15/2005 non era uniforme circa la natura invalidante del vizio di omessa comunicazione a proposito degli atti vincolati. Alcune decisioni si erano espresse per la non necessità della comunicazione di avvio quando trattasi di provvedimento di natura vincolata (29), decisioni contrastanti si sono però avute in materia di recupero di somme indebitamente corrisposte (30) e di abusi edilizi (31).

controversie pendenti dell’art. 21 *octies*, comma 2, sono, tra l’altro, già intervenute pronunce del giudice amministrativo (cfr. T.A.R. Sardegna, sent. n. 483 del 25 marzo 2005; T.A.R. Campania, Napoli, sent. n. 3780/05”).

(29) La natura del provvedimento di espulsione amministrativa di un cittadino extracomunitario, di cui all’art. 13 comma 2 lett. *a, b e c* del decreto legislativo 25 luglio 1998 n. 286, come modificato dal decreto legislativo 13 aprile 1999 n. 113, provvedimento che è vincolato e da emettere in presenza di circostanze di fatto predeterminate per legge, esclude l’esigenza del contraddittorio in sede amministrativa, potendo lo stesso differirsi in sede giurisdizionale; né dunque deve essere comunicato all’interessato l’avvio del procedimento *ex art. 7* della legge 7 agosto 1990 n. 241; tanto più quando sussista l’esigenza di celerità del procedimento, riguardando l’espulsione di un soggetto che abbia dichiarato un indirizzo inesistente e sia senza dimora certa, di modo da potersi facilmente rendere irreperibile (Cass. I, 9 aprile 2002, n. 5050).

Non sussiste l’obbligo di comunicazione dell’avvio del procedimento amministrativo che si conclude con l’emanazione di un atto vincolato (Cons. Stato IV 12 marzo 2001, n. 1381).

Posto che l’obbligo di informazione sancito dall’art. 7 legge 7 agosto 1990 n. 241 è strumentale ad esigenze di conoscenza effettiva dell’azione amministrativa, e conseguentemente alla partecipazione al procedimento da parte del cittadino nella cui sfera l’atto è destinato a incidere, in modo che egli sia in grado di influire sul contenuto del provvedimento, la mancata comunicazione dell’avvio del procedimento non vizia l’attività amministrativa quando il contenuto del provvedimento sia interamente vincolato, anche con riferimento ai presupposti di fatto, nonché tutte le volte in cui la conoscenza sia comunque intervenuta, si da ritenere comunque raggiunto in concreto lo scopo cui tende la comunicazione *de qua* (Cons. Stato V, 24 novembre 1997 n. 1365).

Non è necessario l’avviso dell’avvio del procedimento in caso di annullamento di aggiudicazione provvisoria di un appalto, quando si tratti di atto vincolato dall’accertamento di infiltrazioni mafiose (Cons. Stato IV, 11 febbraio 1999 n. 150).

(30) Cons. Stato VI, 14 ottobre 2004 n. 6654 – L’omessa comunicazione dell’avvio del procedimento amministrativo, prevista dall’art. 7 legge 7 agosto 1990 n. 241, avente per oggetto l’emissione dell’atto di recupero di somme erroneamente corrisposte dall’Amministrazione a un dipendente, pur costituendo infrazione al generale dovere di trasparenza, non costituisce causa di illegittimità del provvedimento, fermo restando la possibilità per l’interessato di contestare errori di conteggio o la sussistenza dell’indebito, chiedendo nel termine di prescrizione la restituzione di quanto trattenuto (cfr. VI Sez., 30 aprile 2002 n. 2318. Contra, Ap. 12 dicembre 1992 n. 2, *ivi* 1992, I, 1765, motivatamente disattesa dalla decisione massimata).

Non risulta viziato il provvedimento finale (nella fattispecie, l’atto di recupero di somme indebitamente erogate dalla P.A. ai propri dipendenti) in caso di omissione della for-

La norma dell'art. 21 *octies* secondo comma sembra avere conciliato i due orientamenti, confermando l'obbligo di comunicazione, ma rendendo il provvedimento non annullabile qualora sia palese o l'Amministrazione

malità di comunicazione di avvio del procedimento, qualora il contenuto del provvedimento sia completamente vincolato, pure con riferimento ai presupposti di fatto. E ciò anche nel caso in cui l'eventuale annullamento del provvedimento finale per violazione dell'obbligo di comunicazione non priverebbe l'amministrazione del potere, o del dovere, di adottare un nuovo provvedimento di identico contenuto, anche in relazione alla decorrenza dei suoi effetti giuridici (T.A.R. Lazio Roma II *ter* 26 gennaio 2004 n. 172).

Con l'art. 7 legge 7 agosto 1990 n. 241, recante le norme sulla comunicazione dell'avvio del procedimento amministrativo e sulla partecipazione a quest'ultimo, è entrato in vigore il sistema della democraticità delle decisioni amministrative e dell'accessibilità dei documenti amministrativi, in cui l'adeguatezza dell'istruttoria si valuta anzitutto nella misura in cui il destinatario dell'atto conclusivo sia posto in grado di contraddire, indipendentemente dalla circostanza che il procedimento riguardi funzioni discrezionali, piuttosto che vincolate. Pertanto, l'atto di recupero di somme irregolarmente corrisposte ad un dipendente sanitario a titolo d'indennità infermieristica o di turno, è sì vincolato ai sensi degli art. 49 e 51 d.P.R. 28 novembre 1990 n. 384, non sfugge all'obbligo, in capo alla P.A. datrice di lavoro, di dare all'interessato la comunicazione d'avvio del relativo procedimento di ripetizione dell'indebito, a nulla rilevando che sul punto sia intervenuto un accordo sindacale decentrato, atteso che quest'ultimo concerne solo la questione generale e non anche la singola posizione di ciascun dipendente coinvolto (Cons. Stato V, 23 febbraio 2000, n. 955).

Anche a prescindere dalla valutazione di atto vincolato o discrezionale, il provvedimento di recupero di somme indebitamente corrisposte a dipendenti pubblici non sfugge all'obbligo, in capo alla amministrazione, di dare all'interessato la comunicazione d'avvio del relativo procedimento (T.A.R. Toscana II, 5 febbraio 2002, n. 118).

(31) Non è configurabile in capo all'Amministrazione procedente un onere di comunicazione dell'avvio di procedimento in occasione dell'emanazione di provvedimenti repressivi di abusi di tipo edilizio, in quanto l'atto sanzionatorio delle violazioni di normative urbanistiche o di divieti imposti "ex lege" come quelli recati dal codice di navigazione presuppone un mero accertamento tecnico sulla consistenza delle opere realizzate nonché sul carattere non assentito delle medesime, sicché in presenza di un carattere esclusivamente vincolato dell'atto stesso (sia nell'"an" sia nel "quantum") l'instaurazione del contraddittorio inteso quale apporto collaborativo sarebbe del tutto inutile (T.A.R. Toscana III, 18 dicembre 2001 n. 2025).

Il procedimento repressivo degli abusi edilizi, in quanto integralmente disciplinato dalla legge speciale e da questa rigidamente vincolato, non richiede la previa comunicazione di avvio ai destinatari dell'atto finale (T.A.R. Campania Salerno II, 9 dicembre 2005, n. 2784; in senso conforme T.A.R. Puglia, Bari, II, 28 marzo 1998, n. 349; T.A.R. Toscana, III, 2 novembre 1998, n. 396; T.A.R. Piemonte, I, 25 febbraio 1999, n. 105; T.A.R. Lazio, II, 26 novembre 1999, n. 2455; T.A.R. Piemonte, I, 13 giugno 2001, n. 1302; T.A.R. Piemonte, sez. I, 15 aprile 2002, n. 838). È integralmente disciplinato da legge speciale e pertanto rigidamente vincolato ad essa il procedimento di repressione degli abusi edilizi, da ciò ne consegue che non necessita di comunicazione ai destinatari l'avvio dell'atto finale (T.A.R. Piemonte Torino I, 5 maggio 2004, n. 753).

Il provvedimento che dispone l'applicazione di sanzioni per abusi edilizi (nella fattispecie trattasi di ingiunzione di demolizione riguardante un manufatto abusivo) non deve essere necessariamente preceduto dall'avviso dell'inizio del procedimento, stante il suo carattere di atto dovuto e vincolato (T.A.R. Umbria, 6 febbraio 2003 n. 65).

dimostri in giudizio che, essendo il provvedimento impugnato conforme alla legge, l'eventuale annullamento non escluderebbe il potere-dovere dell'Amministrazione di emanare un nuovo atto di identico contenuto (32).

È sorto il problema se l'art. 21 *octies* vada applicato solo alla comunicazione prevista dall'art. 7 legge 241/90 ovvero anche quella di cui all'art. 10 *bis* stessa legge (33).

Considerato che sia l'art. 7 che l'art. 10 *bis* fanno parte della legge che ha per titolo "*Nuove norme sul procedimento amministrativo*" non possono esistere dubbi che la loro inosservanza costituisca "*violazione di norme sul*

È necessaria la comunicazione dell'avvio anche per il procedimento di demolizione delle opere abusive, nonostante il carattere vincolato dell'ingiunzione di demolizione, dato che la necessità della comunicazione dell'avvio del procedimento ai destinatari dell'atto finale è prevista dall'art. 7, legge 7 agosto 1990 n. 241, non solo per i procedimenti complessi ma anche per quelli semplici che si esauriscono direttamente con l'adozione dell'atto finale (Cons. Stato, V, 26 febbraio 2003, n. 1095).

(32) In tali sensi sembra anche l'avviso di recente espresso nella decisione, già citata in nota 28, del T.A.R. Lazio I *quater* 1 agosto 2006 n. 6693: "È noto l'orientamento secondo il quale detto obbligo non sarebbe ravvisabile nelle ipotesi di attività vincolata sul presupposto che la partecipazione sia fruttuosa soltanto quando sia possibile effettuare una scelta discrezionale. È, però, anche noto che, in numerose pronunce, il Consiglio di Stato ha assunto un orientamento differente, riconoscendo l'obbligo di procedere alla comunicazione dell'avvio del procedimento in caso di provvedimenti di demolizione (cfr. sent. n. 3263/03; sent. n. 1703/03), ancorché con l'ammissione di una sostanziale equivalenza tra la previa adozione dell'ordinanza di sospensione dei lavori e la comunicazione *de qua* (sent. n. 5058/02, sent. n. 1968/98). In proposito, riveste carattere dirimente la recente legge n. 15/2005, la quale, nel modificare la legge n. 241/90, ha introdotto l'art. 21 *octies* che, al comma 2, prescrive: "*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 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*". ... con la prima parte del comma 2 dell'art. 21 *octies*, da ritenere riferibile anche ai casi di inadempimento dell'obbligo di cui all'art. 7 della legge n. 241/90 in quanto "norma sul procedimento", il legislatore ha sostanzialmente recepito l'orientamento giurisprudenziale in base al quale – come in precedenza esposto – sussiste l'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento in caso di attività vincolata. Nel contempo, ha dato risalto all'intrinseca meritevolezza della realizzazione dell'interesse materiale sia del cittadino che dell'Amministrazione per mezzo dell'introduzione di tecniche di valorizzazione dell'irrelevanza del "vizio" denunciato sul contenuto dispositivo del provvedimento. Come già precisato, il legislatore non ha inciso sull'art. 7 della legge n. 241/90, esentando dall'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento gli atti vincolati e, dunque, rendendo legittimi gli atti vincolati non preceduti da detta comunicazione, ma ha semplicemente escluso la possibilità per il giudice di annullare provvedimenti "vincolati" nell'ipotesi in cui il contenuto dispositivo "*non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato*", rendendo così necessaria una specifica valutazione al riguardo.

(33) Art. 7 (*Comunicazione di avvio del procedimento*) 1. Ove non sussistano ragioni di impedimento derivanti da particolari esigenze di celerità del procedimento, l'avvio del procedimento stesso è comunicato, con le modalità previste dall'articolo 8, ai soggetti nei

procedimento” e quindi, se trattasi di provvedimento di “*natura vincolata*”, questo non va annullato qualora “*sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato*”.

Piuttosto, con riferimento ai provvedimenti di natura discrezionale, il dubbio sorge, in quanto il secondo periodo dell’art. 21 *octies* co. 2 consente la sanatoria nel caso di “*mancata comunicazione dell’avvio del procedimento*” e quindi, secondo una interpretazione strettamente letterale, il riferimento è all’art. 7 la cui rubrica appunto reca “*comunicazione di avvio del procedimento*” mentre l’art. 10 *bis* in rubrica reca “*comunicazione dei motivi ostativi all’accoglimento dell’istanza*”.

Orbene, se è vero che l’interpretazione di una norma giuridica non autorizza a superare il tenore letterale se non quando questo sia equivoco, tuttavia è sempre consentita una interpretazione estensiva, che, attraverso un procedimento logico miri ad identificarne il contenuto oltre il senso letterale delle parole usate, senza sfociare nell’interpretazione analogica. Insomma all’interprete non è precluso ricercare se la norma possa avere un significato più ampio, desumendo ciò dai motivi informativi e ispiratori della statuizione legislativa, nonché dalla finalità perseguita attraverso di essa (34).

Nella specie un’interpretazione estensiva appare più conforme allo spirito della legge, non sembrando logico negare la sanatoria nei casi in cui il provvedimento, ancorché discrezionale, non possa essere mantenuto in vita tutte le volte risulti in giudizio che la rinnovazione avrebbe condotto ad altro atto di identico contenuto, con evidente inutile dispendio di attività amministrativa (35).

confronti dei quali il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti ed a quelli che per legge debbono intervenire. Ove parimenti non sussistano le ragioni di impedimento predette, qualora da un provvedimento possa derivare un pregiudizio a soggetti individuati o facilmente individuabili, diversi dai suoi diretti destinatari, l’amministrazione è tenuta a fornire loro, con le stesse modalità, notizia dell’inizio del procedimento.

Art. 10-*bis* (*Comunicazione dei motivi ostativi all’accoglimento dell’istanza*) 1. 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. Entro il termine di dieci giorni dal ricevimento della comunicazione, gli istanti hanno il diritto di presentare per iscritto le loro osservazioni, eventualmente corredate da documenti. La comunicazione di cui al primo periodo interrompe i termini per concludere il procedimento che iniziano nuovamente a decorrere dalla data di presentazione delle osservazioni o, in mancanza, dalla scadenza del termine di cui al secondo periodo. Dell’eventuale mancato accoglimento di tali osservazioni è data ragione nella motivazione del provvedimento finale. Le disposizioni di cui al presente articolo non si applicano alle procedure concorsuali e ai procedimenti in materia previdenziale e assistenziale sorti a seguito di istanza di parte e gestiti dagli enti previdenziali.

(34) Cfr. Cass. 15 settembre 1970 n. 1453, 24 settembre 1973 n. 2415. Sulla interpretazione della legge v. Cass. 6 aprile 2001 n. 5128, 13 aprile 1996 n. 3459, 27 ottobre 1983 n. 6363, 21 febbraio 1980 n. 1255.

(35) Si segnalano sull’argomento le seguenti pronunce giurisprudenziali:

“Ora, evidente essendo che tanto l’asserita violazione dell’obbligo di comunicazione di avvio *ex art. 7, legge 241*, quanto la violazione dell’obbligo di comunicazione dei motivi

8. Volendo ancora confrontare i due periodi del secondo comma dell'art. 21 *octies*, si nota, stando alla lettera della norma, che:

– il primo periodo del comma 2 sana il provvedimento vincolato, adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma, quando “sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato”;

ostativi all'accoglimento dell'istanza *ex art. 10-bis* siano riconducibili alla nozione di ‘norme sul procedimento’ (T.A.R. Puglia, Lecce, I, 26 gennaio 2006 n. 507).

“Ragionevolmente, tale disciplina va applicata non soltanto nell'ipotesi di omessa comunicazione dell'avvio del procedimento di cui all'art. 7 e ss. della medesima legge 24 del 1990, ma anche nell'ambito dell'omessa comunicazione dell'avvio di quella particolare sequenza procedimentale che avrebbe dovuto trarre origine dalla non ancora formalizzata determinazione dell'Amministrazione di non accogliere la domanda presentata dall'interessato: e ciò in quanto anche nell'evenienza dell'anzidetto art. 10-*bis* l'Amministrazione precedente è tenuta ad iniziare un contraddittorio con il destinatario dell'emanando provvedimento, al fine di raccogliergli il contributo istruttorio indispensabile per addivenire ad una compiuta disamina di quegli elementi di fatto e di diritto che risulteranno decisivi per la determinazione da assumere” (T.A.R. Veneto, II, 13 settembre 2005 n. 3421).

“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*” (T.A.R. Piemonte I, 26 ottobre 2005 n. 3296)

– il Collegio non ritiene fondato nemmeno il primo motivo di ricorso, con cui si censura la violazione dell'art. 10-*bis* della legge n. 241/1990, introdotto dall'art. 6 della legge n. 15/2005. La norma (applicabile alla presente fattispecie, in quanto quello attivato dalla ricorrente è sicuramente un procedimento ad istanza di parte) prevede, come è noto, che la P.A., prima di rigettare un'istanza del privato, comunichi all'interessato le ragioni ostative al rilascio del provvedimento favorevole, in modo da consentire al richiedente un'ulteriore interlocuzione (attraverso la presentazione di osservazioni e documenti, di cui l'autorità precedente deve tenere conto nella motivazione del provvedimento definitivo di diniego). La giurisprudenza che si sta formando sulla predetta disposizione è orientata nel senso che la violazione dell'art. 10-*bis* comporta automaticamente (perfino con carattere assorbente degli altri motivi di ricorso) l'illegittimità del provvedimento non preceduto dal cd. preavviso di rigetto (così, ad esempio, T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VII, 4 luglio 2005, n. 9368; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II-*bis*, 18 maggio 2005 n. 3921; T.A.R. Veneto, Sez. II, 1 giugno 2005, n. 2358), ma il Tribunale non ritiene di aderire a tale orientamento, nella sua assolutezza, per due ordini di ragioni. In primo luogo, perché la stessa legge n. 15/2005 ha introdotto l'art. 21-*octies*, il quale, come è noto, dispone che il provvedimento vincolato non può essere annullato se l'Amministrazione, pur avendo violato di norme sul procedimento o sulla forma degli atti, dimostra in giudizio che il contenuto dell'atto non avrebbe potuto essere diverso. Nel caso di specie, si è in presenza di un atto vincolato, adottato al termine di un procedimento in cui si è registrata una violazione di norme procedurali (perché come tale va sicuramente qualificato l'art. 10-*bis*), ma le Amministrazioni intimare hanno dimostrato in giudizio (ma per la verità l'atto impugnato contiene già una motivazione sufficiente) che il contenuto dell'atto non avrebbe potuto essere diverso; né la ricorrente ha addotto ragioni tali che, ove esposte nel corso del procedimento, avrebbero potuto indurre la Cassa Conguaglio GPL ad adottare l'atto richiesto da B. C. In secondo luogo, il Tribunale ritiene che l'art. 10-*bis* debba essere interpretato alla stessa stregua con cui la giurisprudenza costante ha sempre applicato l'art. 7 della medesima legge n. 241/1990, ossia nel senso che la mancata comunicazione di avvio del procedimento non provoca *ex se* il

– il secondo periodo sana il vizio di mancata comunicazione di avvio del procedimento “*qualora l’amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato*”.

Il secondo periodo si riferisce al “*provvedimento amministrativo*” in genere e quindi agli atti discrezionali e agli atti vincolati, per cui, confrontandolo con il primo periodo, dovrebbe evincersi che lo stesso secondo periodo contempli gli atti vincolati qualora il rispetto della norma sostanziale non “*sia palese*” ma lo si ricava dalla attività svolta in giudizio dall’Amministrazione.

Attraverso una interpretazione strettamente letterale della norma si avrebbe quindi che in caso di mancata comunicazione di avvio spetta all’Amministrazione dimostrare al giudice che il provvedimento impugnato non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato; se però il provvedimento è vincolato, tale dimostrazione non è necessaria qualora *sia palese* che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato (36).

La circostanza che il provvedimento “*non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato*” la troviamo menzionata sia nel primo che nel secondo periodo, però per gli atti vincolati tale circostanza può essere palese (come detto, il vizio di omessa comunicazione di avvio fa parte infatti di una violazione delle norme sul procedimento) mentre per i provvedimenti che non sono vincolati (che altro non possono che essere quelli discrezionali) occorre sempre la dimostrazione da parte dell’Amministrazione.

Sembra quindi evincersi che ci sia una differenza tra le espressioni “*sia palese*” e “*dimostri*”. Sia palese dovrebbe star a significare che la conformi-

legittimità del provvedimento terminale, dovendosi verificare se la partecipazione avrebbe potuto rivestire utilità sostanziale per l’interessato. Infatti, la comunicazione di cui all’art. 10-*bis* non è altro che una nuova comunicazione di avvio (della fase terminale) del procedimento, per cui non appare ragionevole che il regime di invalidità del provvedimento sia diverso a seconda della fase del procedimento in cui la violazione delle norme procedurali viene perpetrata. Ovviamente, ciò non significa che l’art. 10-*bis* non debba essere applicato in maniera costante e convinta da parte delle Amministrazioni pubbliche (visto che si tratta di una norma che vuole assicurare comunque maggiore trasparenza all’azione amministrativa e, contestualmente, ridurre le ragioni di attrito con il cittadino), ma, sul versante processuale, il giudice deve applicare le norme secondo un criterio sistematico, per cui quando si discute dell’illegittimità del provvedimento amministrativo e della sua annullabilità occorre tenere conto della disposizione di cui all’art. 21-*octies*, la quale impedisce nel caso di specie l’annullamento del provvedimento in epigrafe (T.A.R. Puglia-Lecce II, 5 dicembre 2005 n. 5633).

(36) Ma allora se si tratta di vizio di forma o di vizio del procedimento diverso dalla omessa comunicazione di avvio la sanatoria per gli atti vincolati troverebbe luogo solo qualora “*sia palese*” la rispondenza alla norma sostanziale, ma non potrebbe essere dimostrata in giudizio: l’interpretazione strettamente letterale conduce a ciò, ma non se ne vedono le ragioni. Così come per gli atti discrezionali la sanatoria non può avere luogo quando la conformità al diritto sostanziale risulti palese indipendentemente dalla dimostrazione dell’Amministrazione.

tà al diritto sostanziale non ha bisogno di dimostrazione, cioè risulta dal provvedimento stesso senza il ricorso ad attività istruttorie o ad integrazioni documentali.

Insomma, mentre per gli atti discrezionali, ai fini della sanatoria, occorre sempre la dimostrazione in giudizio, per gli atti vincolati la dimostrazione è necessaria nel caso in cui il rispetto delle norme sostanziali lo si debba ricavare da elementi estranei al provvedimento.

Dal tenore della norma in discorso si ha dunque che per gli atti vincolati può non sussistere l'onere della prova, in quanto la norma esclude l'annullamento qualora "*sia palese*" la conformità alla legge sostanziale: ciò significa che la conformità può essere rilevata d'ufficio e quindi anche nella contumacia dell'Amministrazione che ha emesso il provvedimento.

Per i provvedimenti di natura discrezionale (e a tal proposito rileva in tutta la sua importanza la distinzione tra atti discrezionali e atti vincolati) la sanatoria non può che seguire all'assolvimento dell'onere della prova da parte dell'Amministrazione (37), con la conseguenza che, nella contumacia dell'Amministrazione, il giudice, carente la comunicazione di avvio del procedimento, non potrà verificare se "*il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato*" e dovrà pronunciare in ogni caso l'annullamento; né sembra, nel silenzio della legge, che il controinteressato possa farsi carico dell'onere della prova.

9. Emergono poi altre differenze tra il primo e il secondo periodo del comma 2 in argomento:

- il primo periodo, relativo agli atti vincolati, accenna alla conformità sostanziale del "*contenuto dispositivo*" del provvedimento;
- il secondo periodo fa riferimento "*al contenuto del provvedimento*" senza aggiungere "dispositivo".

Si pone quindi il problema se da ciò possa trarsi qualche differenza nella disciplina processuale tra gli atti discrezionali e gli atti vincolati.

Invero il contenuto di un provvedimento consta di una parte espositiva (intestazione, preambolo, motivazione, data, luogo e così via) e di una parte precettiva o dispositiva che rappresenta il *dictum* del provvedimento.

In generale il vizio nel contenuto espositivo dà luogo a mere irregolarità non invalidanti, a meno che non si tratti della motivazione, il cui difetto o incongruenza dà luogo a violazione di legge (v. art. 3 legge 241/90) o ad eccesso di potere.

(37) Ai sensi dell'art. 21-*octies* legge 7 agosto 1990 n. 241, se l'atto amministrativo è vincolato, la violazione dell'obbligo di comunicare l'avvio del procedimento non determina l'annullamento del provvedimento se è palese che il suo contenuto non avrebbe potuto essere diverso, mentre se l'atto è di natura discrezionale l'omessa comunicazione può essere ininfluenza sul giudizio di legittimità del provvedimento impugnato solo se l'Amministrazione prova quanto stabilito dal cit. art. 21-*octies* (T.A.R. Sardegna, 20 giugno 2005, n. 1435).

Come più su si è visto (38), il vizio di motivazione non è però rilevante a proposito degli atti di natura vincolata, mentre lo è a proposito degli atti discrezionali.

Ciò potrebbe giustificare come il primo periodo del comma in esame, considerando gli atti vincolati, abbia fatto riferimento al solo “contenuto dispositivo”, non interessando altre parti del contenuto.

Il secondo periodo invece, trattando anche degli atti discrezionali, non poteva omettere di considerare quella parte del provvedimento concernente la motivazione (39), per cui il vizio di omessa comunicazione dell’inizio del procedimento sarà rilevante se la partecipazione dell’interessato avrebbe potuto dimostrarsi influente ai fini di una diversa motivazione tale da portare a modificare la parte dispositiva del provvedimento (40).

(38) V. retro note 4 e 5.

(39) La motivazione, ancorché non sia un elemento essenziale del provvedimento, nel senso che la sua mancanza non configura la nullità di cui all’art. 21 *septies* co. 1, tuttavia è un requisito di validità, che può condurre all’annullamento del provvedimento. È stata sempre posta in evidenza la connessione tra discrezionalità e motivazione.

(40) L’art. 21 *octies*, seconda parte, della legge 241/1990, introdotto dalla legge 15/2005 (secondo cui non si deve procedere all’annullamento giurisdizionale nel caso di omissione di avviso del procedimento, ove “l’Amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato”) non è applicabile nel caso in cui, sulla base degli atti depositati dall’Amministrazione e degli elementi di diversa natura acquisiti in giudizio, non possa ritenersi raggiunta la prova richiesta dalla disposizione stessa e le soluzioni prospettate in giudizio dal privato non siano state mai concretamente esaminate dall’Amministrazione (T.A.R. Sardegna, II, 25 marzo 2005 n. 483).

Trattandosi nella ipotesi di revoca di precedente concessione di suolo pubblico, di un provvedimento non rivestente natura di atto vincolato deve ritenersi applicabile il principio attualmente sancito dall’art. 21 *octies* della legge 11 febbraio 2005 n. 15 introduttiva di modifiche alla legge 7 agosto 1990 n. 241 sul procedimento amministrativo, in base al quale perché possa ritenersi priva di efficacia invalidante la omissione dell’avviso di avvio del procedimento si rende necessario che emerga in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello effettivamente adottato, circostanza tale ultima non verificabile nel caso di specie attesa la natura discrezionale dell’atto impugnato e la mancanza di ogni elemento in tal senso deponente da parte dell’Amministrazione (T.A.R. Lazio Roma Sez. II, 16 febbraio 2006, n. 1199).

E da ultimo Cons. Stato 16 maggio 2006 n. 2773: “a fronte della veduta natura sostanziale dell’adempimento *de quo*, il riferimento alle novità normative introdotte dalla recente legge n. 15/2005 in tema di riforma del procedimento amministrativo, dalle quali viene fortemente ridimensionato il rilievo delle illegittimità di forma e procedimento che non incidano significativamente sul contenuto dell’atto amministrativo (in particolare viene in considerazione il disposto di cui all’art. 21 *octies* della legge n. 241/1990, il cui secondo comma, dopo aver individuato talune fattispecie di vizi di violazione di legge, che, in deroga alla regola generale di cui al comma precedente, non danno luogo all’annullamento dell’atto amministrativo illegittimo secondo lo schema dell’irregolarità e del raggiungimento dello scopo, enuclea poi, con una peculiarità operante sulla distribuzione del correlato carico istruttorio e sulla sua estensione anche agli atti non vincolati, la specifica ipotesi relativa all’inosservanza dei precetti di cui agli artt. 7 e 8 della legge n. 241/1990 in punto di comunicazione di

Comunque è a quest'ultima parte che deve aversi riguardo per riscontrare la corrispondenza del provvedimento discrezionale alla norma sostanziale; se si vuole interpretare alla lettera il secondo periodo, dove è omesso il riferimento al dispositivo, non avrebbe senso verificare ad esempio se il preambolo o la menzione di atti endoprocedimentali non potevano essere diversi.

La norma ha un senso se si ha riguardo al risultato che il provvedimento ha inteso ottenere: la demolizione, il diniego di licenza, il vincolo urbanistico o archeologico, l'ingiunzione di pagamento e così via.

Se l'Amministrazione, che ha omesso la comunicazione di avvio, dimostra in giudizio che, nel rispetto della legge e secondo un apprezzamento logico, un manufatto vada demolito, o la richiesta di una licenza non meritava accoglimento o che lo stato dei luoghi e delle cose imponeva il vincolo, il provvedimento emesso non può essere annullato, ancorché nel preambolo o in altra parte del contenuto possa riscontrarsi qualche imperfezione, cioè quel vizio che viene comunemente qualificato come mera irregolarità non invalidante (41).

Già prima della introduzione dell'art. 21 *octies*, la giurisprudenza aveva in vari casi escluso che le mere irregolarità potessero condurre all'annullamento: così per la omessa indicazione del responsabile del pro-

avvio del procedimento), non risulta certo di giovamento alle tesi dell'(Amministrazione) appellante, in assenza di una sia pur minima valutazione, da parte sua, inerente alla circostanza che il contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato”.

(41) Sul concetto di irregolarità v. Cons. Stato VI, 16 maggio 2006 n. 2763: “L'art. 21 *octies*, benché norma processuale applicabile anche ai procedimenti in corso o già definiti alla data di entrata in vigore della legge n. 15/05, non degrada un vizio di legittimità a mera irregolarità, ma fa sì che un vizio, che resta vizio di legittimità, non comporti l'annullabilità dell'atto sulla base di valutazioni, attinenti al contenuto del provvedimento, effettuate *ex post* dal giudice (il provvedimento non poteva essere diverso). L'irregolarità opera, invece, *ex ante* e in astratto; il provvedimento amministrativo affetto da vizio formale minore è un atto *ab origine* meramente irregolare, come già ritenuto dalla giurisprudenza in caso di mancata indicazione nell'atto impugnato del termine e dell'Autorità cui è possibile ricorrere (art. 3 della legge n. 241/90); inosservanza che costituisce irregolarità che non rende l'atto illegittimo, ma che consente al limite il ricorso del privato oltre i termini di decadenza avvalendosi dell'errore scusabile, determinato dall'omissione compiuta dall'amministrazione. Deve quindi ritenersi che l'entrata in vigore del citato art. 21 *octies* non abbia inciso sulla categoria dell'irregolarità dell'atto amministrativo, come già definita da dottrina e giurisprudenza e abbia invece codificato quelle tendenze già emerse in giurisprudenza mirate a valutare l'interesse a ricorrere, che viene negato ove il ricorrente non possa attendersi, dalla rinnovazione del procedimento, una decisione diversa da quella già adottata (sulla base dell'art. 21 *octies* il provvedimento non è annullabile non perché assoggettato ad un diverso regime di invalidità o irregolarità, ma perché la circostanza che il contenuto non possa essere diverso priva il ricorrente dell'interesse a coltivare un giudizio, da cui non potrebbe ricavare alcuna concreta utilità).

cedimento (42) o dell'autorità alla quale si può ricorrere (43), in materia di procedure elettorali (44), quando il vizio è stato di fatto emendato per il

(42) L'omessa espressa indicazione del responsabile del procedimento amministrativo non è causa di illegittimità del provvedimento stesso, dovendosi in tal caso intendere che il detto responsabile è il dirigente dell'unità organizzativa preposta al procedimento (Cons. Stato VI, 6 maggio 1999 n. 597).

La mancanza del nominativo del relatore e del responsabile dell'attività preparatoria delle decisioni conclusive dell'Autorità per l'energia e per il gas, non impedisce la partecipazione al procedimento e non determina l'invalidità del provvedimento finale, rilevando solo come mera irregolarità formale (T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 16 settembre 2002, n. 3377).

(43) In base ai principi generali di conservazione degli atti giuridici e di strumentalità delle forme, l'omessa indicazione in calce al provvedimento dell'autorità alla quale è possibile ricorrere contro di esso, come prescritto dall'art. 3 comma 4 legge 7 agosto 1990 n. 241, non determina né l'invalidità né l'inefficacia del provvedimento stesso, ma costituisce mera irregolarità improduttiva di effetti allorché non si siano verificate in concreto conseguenze pregiudizievoli per i destinatari ed impedimenti al raggiungimento dello scopo cui è preordinata la prevista formalità (T.A.R. Campania, Napoli, Sez. IV, 25 febbraio 1998, n. 707).

(44) Se è vero che, così come nel procedimento amministrativo, in quello elettorale non può essere invocata la regola della tassatività delle nullità (che, corrispondendo ad un'esigenza di ordine formale, si applicano nei casi in cui sono espressamente previste), risponde ad un principio di ragione, ed è applicabile quindi al procedimento elettorale, la regola della strumentalità delle forme, secondo la quale il raggiungimento dello scopo costituisce il criterio differenziale tra irregolarità ed invalidità dell'atto (Cons. Stato, Sez. V, 16 ottobre 1981, n. 452).

Nel procedimento elettorale, così come in genere in quello amministrativo, accanto al vizio che determina l'invalidità dell'atto può sussistere anche quello che si risolve in una mera irregolarità dello stesso, restando affidata la distinzione fra le due possibili soluzioni all'applicazione del criterio della strumentalità della forma; in base a tale criterio, la nullità dell'atto è data solo dalla mancanza di quegli elementi o requisiti che impediscano il raggiungimento dello scopo al quale l'atto stesso è preordinato (Cons. Stato, Sez. V, 12 dicembre 1984, n. 918). Nel procedimento elettorale, così come in genere in quello amministrativo, accanto al vizio che determina l'invalidità dell'atto può sussistere anche quello che si risolve in una sua mera irregolarità, restando affidata la distinzione fra le due possibili soluzioni all'applicazione del criterio della strumentalità della forma; in base a tale criterio, la nullità dell'atto è data solo dalla mancanza di quegli elementi o requisiti che impediscano il raggiungimento dello scopo al quale l'atto stesso è preordinato (nella specie, è stata ritenuta sufficiente, la firma dei componenti della sezione elettorale su ciascun foglio del verbale, come prescritto dall'art. 70 2° comma t.u. 16 maggio 1960, n. 570, anziché su ciascuna pagina, come sostenuto dai ricorrenti) (Cons. Stato, Sez. V, 22 gennaio 1987, n. 16).

In materia di operazioni elettorali l'annotazione, nell'apposito paragrafo del verbale, predisposto per accogliere le informazioni necessarie ad assegnare validità al voto assistito da accompagnatore, del numero di iscrizione del votante fisicamente impedito nella lista elettorale di sezione, del suo nome e cognome, del motivo specifico per cui l'elettore viene autorizzato a votare con accompagnatore, del nome e cognome del medico che ha attestato l'impedimento e del nome e cognome dell'elettore che assiste quello impedito, unitamente all'allegazione del certificato medico esibito, garantiscono con sufficiente certezza, l'identità degli elettori, pur in mancanza dell'esibizione del documento di identità. Infatti in materia di operazioni elettorali vige il principio della strumentalità delle forme, in base al quale fra tutte le possibili irregolarità rilevano, ai fini dell'invalidità, solo quelle sostanziali, che si risolvono nella mancanza di elementi o di requisiti che impediscano il raggiungimento dello scopo al quale l'atto è preordinato (Cons. Stato, Sez. V, 26 febbraio 2003,

raggiungimento dello scopo cui la norma procedimentale mirava (45) ed in genere ogni qual volta il vizio non aveva concreta rilevanza (46).

10. Resta in ultimo da esaminare se tra “*le norme sul procedimento o sulla forma degli atti*” rientrano quelle che regolano la competenza.

Se noi osserviamo la legge 7 agosto 1990 n. 241, mod. dalla legge 11 febbraio 2005 n. 15, notiamo come il suo titolo reca “*Norme sul procedimento amministrativo*”, dal che dovrebbe evincersi che fanno parte del procedimento quelle norme della legge che trattano della competenza (47).

n. 1099). Nel giudizio in materia di operazioni elettorali, vigendo il principio della strumentalità delle forme, in base al quale il raggiungimento dello scopo cui l'atto è preordinato costituisce l'elemento discriminante tra invalidità ed irregolarità dell'atto stesso, le irregolarità di procedura hanno valore solo se effettivamente incidenti sulla valutazione della espressione di voto e sulla relativa attribuzione (T.A.R. Puglia Lecce Sez. II, 12 agosto 1997, n. 416).

(45) Devono essere valutate dando applicazione al principio generale della strumentalità delle forme, secondo il quale, il raggiungimento dello scopo, cui l'atto sia preordinato, rappresenta il criterio differenziale fra invalidità e mera irregolarità dell'atto stesso, le conseguenze della mancata osservanza dell'obbligo predetto, di cui al D.M. 30 gennaio 1982, in assenza di una norma speciale che commini l'invalidità delle operazioni verbalizzate. Il raggiungimento dello scopo, cui l'atto sia preordinato, rappresenta quindi il criterio differenziale fra invalidità e mera irregolarità dell'atto stesso (Cons. Stato Sez. V, 25 gennaio 2003, n. 344).

Accanto al vizio che determina l'invalidità dell'atto può sussistere anche quello che si risolve in una sua mera irregolarità, restando affidata la distinzione fra le due possibili soluzioni all'applicazione del criterio della strumentalità della forma; in base a tale criterio, la nullità dell'atto è data solo dalla mancanza di quegli elementi o requisiti che impediscano il raggiungimento dello scopo al quale l'atto stesso è preordinato (Cons. Stato Sez. V, 22 gennaio 1987, n. 16). La categoria delle mere irregolarità afferisce a semplici anomalie o a difformità delle regole non essenziali al corretto sviluppo dell'attività procedimentale (Cons. Stato Sez. V, 12 luglio 1996, n. 855).

(46) Allorché la diversità della forma o la non perfetta osservanza di un qualche adempimento endoprocedimentale, oltre a non essere esplicitamente sanzionati con la comminatoria dell'invalidità, non impediscono in concreto il raggiungimento dell'interesse pubblico al quale la specifica azione amministrativa è preordinata, si è in presenza di una mera irregolarità che non vizia il provvedimento finale e, pertanto, non lo rende annullabile neppure in sede giurisdizionale (nella specie è stata considerata mera irregolarità la circostanza che il preavviso di nomina relativo ad una supplenza temporanea di durata superiore a trenta giorni in una scuola secondaria sia stato effettuato dal preside con “fonogramma” e non con “telegramma” come prevede l'ordinanza ministeriale 3 ottobre 1991 n. 331). T.A.R. Lazio Latina, 6 marzo 1995, n. 225.

(47) Si riportano le norme della legge n. 241 che si riferiscono alla competenza:

Art. 4 (*Unità organizzativa responsabile del procedimento*) 1. Ove non sia già direttamente stabilito per legge o per regolamento, le pubbliche amministrazioni sono tenute a determinare per ciascun tipo di procedimento relativo ad atti di loro competenza l'unità organizzativa responsabile della istruttoria e di ogni altro adempimento procedimentale, nonché dell'adozione del provvedimento finale. Art. 6 (*Compiti del responsabile del procedimento*) 1. Il responsabile del procedimento: a)... b) ... c) propone l'indizione o, avendone la competenza, indice le conferenze di servizi di cui all'articolo 14; d) e) adotta, ove ne abbia la competenza, il provvedimento finale, ovvero trasmette gli atti all'organo competente per l'adozione. L'organo competente per l'adozione del provvedimento finale, ove diver-

Quanto meno si dovrebbe concludere che la violazione di una delle norme che fanno parte della legge “in materia di procedimento amministrativo” ricadano nella disposizione dell’art. 21 *octies*, comma 2, primo periodo, relativo agli atti di natura vincolata.

so dal responsabile del procedimento, non può discostarsi dalle risultanze dell’istruttoria condotta dal responsabile del procedimento se non indicandone la motivazione nel provvedimento finale.

Art. 14 – 4. Quando l’attività del privato sia subordinata ad atti di consenso, comunque denominati, di competenza di più amministrazioni pubbliche, la conferenza di servizi è convocata, anche su richiesta dell’interessato, dall’amministrazione *competente* per l’adozione del provvedimento finale.

Art. 14 *ter* – 6. Ogni amministrazione convocata partecipa alla conferenza di servizi attraverso un unico rappresentante legittimato, dall’organo *competente*, ad esprimere in modo vincolante la volontà dell’amministrazione su tutte le decisioni di competenza della stessa. 9. Il provvedimento finale conforme alla determinazione conclusiva di cui al comma 6-*bis* sostituisce, a tutti gli effetti, ogni autorizzazione, concessione, nulla osta o atto di assenso comunque denominato di *competenza* delle amministrazioni partecipanti, o comunque invitate a partecipare ma risultate assenti, alla predetta conferenza.

Art. 14 *quater* – 3-*bis*. Se il motivato dissenso è espresso da una regione o da una provincia autonoma in una delle materie di propria *competenza*, la determinazione sostitutiva è rimessa all’amministrazione procedente, entro dieci giorni: a) alla Conferenza Stato-Regioni, se il dissenso verte tra un’amministrazione statale e una regionale o tra amministrazioni regionali; b) alla Conferenza unificata, in caso di dissenso tra una regione o provincia autonoma e un ente locale. Verificata la completezza della documentazione inviata ai fini istruttori, la decisione è assunta entro trenta giorni, salvo che il Presidente della Conferenza Stato-Regioni o della Conferenza unificata, valutata la complessità dell’istruttoria, decida di prorogare tale termine per un ulteriore periodo non superiore a sessanta giorni.

3-*ter*. Se entro i termini di cui ai commi 3 e 3-*bis* la Conferenza Stato-Regioni o la Conferenza unificata non provvede, la decisione, su iniziativa del Ministro per gli affari regionali, è rimessa al Consiglio dei ministri, che assume la determinazione sostitutiva nei successivi trenta giorni, ovvero, quando verta in materia non attribuita alla *competenza* statale ai sensi dell’articolo 117, secondo comma, e dell’art. 118 della Costituzione, alla *competente* Giunta regionale ovvero alle *competenti* Giunte delle province autonome di Trento e Bolzano, che assumono la determinazione sostitutiva nei successivi trenta giorni; qualora la Giunta regionale non provveda entro il termine predetto, la decisione è rimessa al Consiglio dei ministri, che delibera con la partecipazione dei Presidenti delle regioni interessate.

Art. 17 (*Valutazioni tecniche*) 1. Ove per disposizione espressa di legge o di regolamento sia previsto che per l’adozione di un provvedimento debbano essere preventivamente acquisite le valutazioni tecniche di organi od enti appositi e tali organi ed enti non provvedano o non rappresentino esigenze istruttorie di *competenza* dell’amministrazione procedente nei termini prefissati dalla disposizione stessa o, in mancanza, entro novanta giorni dal ricevimento della richiesta, il responsabile del procedimento deve chiedere le suddette valutazioni tecniche ad altri organi dell’amministrazione pubblica o ad enti pubblici che siano dotati di qualificazione e capacità tecnica equipollenti, ovvero ad istituti universitari. Art. 21-*octies* (*Annullabilità del provvedimento*) 1. È annullabile il provvedimento amministrativo adottato in violazione di legge o viziato da eccesso di potere o da *incompetenza*.

Art. 25 – 4. Decorsi inutilmente trenta giorni dalla richiesta, questa si intende respinta. In caso di diniego dell’accesso, espresso o tacito, o di differimento dello stesso ai sensi dell’articolo 24, comma 4, il richiedente può presentare ricorso al tribunale amministrativo regionale ai sensi del comma 5, ovvero chiedere, nello stesso termine e nei confronti degli

Non si vede però la ragione per cui la sanatoria non dovrebbe estendersi a tutti i casi di incompetenza relativa, qualora peraltro l'art. 6 della legge 18 marzo 1968 n. 249 (48) prevede la convalida dei provvedimenti impugnati nel caso di atto affetto da vizio di incompetenza relativa, essendo previsto che, anche nel corso del giudizio, l'organo competente poteva "appropriarsi" dell'atto emesso dall'organo incompetente mediante apposita delibera di convalida. Se esiste la possibilità di convalida al di fuori del processo (v. art. 21 *nonies* secondo comma) non si vede perché non possa applicarsi anche nel processo attraverso la costituzione dell'organo competente ovvero qualora "sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato".

Già, prima della legge n. 15/2005, il Consiglio di Stato ammetteva tale possibilità (49).

E invero l'incompetenza relativa può avere rilevanza solo per gli atti discrezionali, ma non per quelli vincolati, che non sono espressione di un potere di scelta, ma vengono emessi in adempimento di un precetto normativo (50).

atti delle amministrazioni comunali, provinciali e regionali, al difensore civico *competente* per l'ambito territoriale, ove costituito, che sia riesaminata la suddetta determinazione. Qualora tale organo non sia stato istituito, la *competenza* è attribuita al difensore civico *competente* per ambito territoriale immediatamente superiore.

(48) Legge 18 marzo 1968, n. 249 – Delega al governo per il riordinamento dell'amministrazione dello Stato, per il decentramento delle funzioni e per il riassetto delle carriere e delle retribuzioni dei dipendenti statali.

"art. 6. Alla convalida degli atti viziati di incompetenza può provvedersi anche in pendenza di gravame in sede amministrativa e giurisdizionale".

(49) Cons. St., VI, 20 gennaio 2003 n. 203. La convalida del provvedimento viziato da incompetenza è espressamente consentita nel vigente ordinamento dall'art. 6, legge 18 marzo 1968, n. 249, a norma del quale alla convalida di atti viziati da incompetenza può provvedersi anche in pendenza di gravame in sede giurisdizionale o amministrativa.

(50) In assenza dei requisiti di ammissione alla gara, è ininfluenza che all'esclusione dell'impresa provveda un organo diverso da quello preposto, configurandosi l'incompetenza come vizio rilevante per i soli atti di natura discrezionale e non per gli atti a contenuto vincolato, in relazione ai quali l'attività amministrativa si esaurisce nella semplice verifica dell'esistenza dei presupposti di legge per l'adozione di quel tipo di provvedimento (T.A.R. Piemonte II, 16 novembre 2001, n. 2120).

Il motivo con il quale si deduce il vizio di incompetenza dell'organo ad adottare un determinato atto amministrativo, onde poter essere giudicato ammissibile, deve comunque ricollegarsi a un apprezzabile interesse del ricorrente a ottenere, per tale via, l'annullamento dell'atto impugnato, interesse che può essere costituito anche dalla rinnovazione dell'atto medesimo allorché, sostituendosi alla determinazione dell'organo incompetente quella dell'organo attributario della potestà, la riadozione dell'atto va nuovamente preceduta da una valutazione degli interessi e da una nuova scelta delle determinazioni amministrative da adottare, da parte dell'organo competente. Ne consegue, quindi, che solo nel caso in cui si tratti di provvedimenti discrezionali l'interesse strumentale alla riadozione dell'atto, ottenuta attraverso il dedotto vizio di incompetenza, è sufficiente a sostenere la domanda di annullamento per incompetenza, mentre nel caso di atti vincolati non può essere ritenuto sussistente l'interesse a ricorrere allorché a motivo del richiesto annullamento si prospetti il solo vizio di incompetenza e il ricorrente sia sicuramente al di fuori della situazione ipotizzata dalla norma (T.A.R. Campania-Napoli IV, 16 ottobre 1995 n. 652).

Deve comunque segnalarsi che il Consiglio di Stato ha dato per scontato che la norma dell'art. 21 *octies* secondo co. ha efficacia anche riguardo al vizio di incompetenza (51), mentre per una soluzione rigorosa, nel senso di escludere categoricamente l'applicabilità della norma, in caso di vizio di incompetenza, si è espresso, con diffusa motivazione, il T.A.R. Campania-Napoli con decisione 12 aprile 2005 n. 3780 (52).

11. L'esame analitico della norma introdotta con l'art. 21 *octies* secondo comma dovrebbe condurre, attraverso una interpretazione strettamente letterale, alle seguenti conclusioni:

– per quanto riguarda gli atti vincolati la sanatoria ha riguardo ai vizi di forma e del procedimento e opera qualora “*sia palese*” che il provvedimento “*non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato*”; se il vizio del procedimento consiste nella omissione della comunicazione di avvio allora, per ottenere la sanatoria, l'Amministrazione può anche dimostrare in giudizio che il provvedimento “*non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato*”. Ciò però non potrebbe condurre a dire che, al di fuori del vizio di omessa comunicazione, il provvedimento può essere sanato solo se risulti palese la legalità sostanziale ma non anche qualora venga dimostrata in giudizio (53);

– per quanto riguarda gli atti discrezionali la sanatoria si può avere solo per il vizio di omessa comunicazione di avvio e dietro dimostrazione dell'Amministrazione (ma non del controinteressato) che il provvedimento

(51) V. Cons. Stato VI 21 giugno 2006 n. 3735: “Il riconoscimento della legittimità della previsione regolamentare ... comporta la legittimità delle note dirigenziali ... e la irrilevanza, anche alla luce dell'innovativa regola di cui all'art. 21 *octies*, comma 2, della legge n. 241/1990, della censura di incompetenza”.

(52) Orbene, secondo il Collegio, da una lettura combinata del primo e del secondo comma dell'art. 21 *octies* si desume che quando viene accertata l'incompetenza relativa dell'organo adottante (da non confondere con l'incompetenza assoluta, disciplinata dall'art. 21 *septies*, comma 1, della legge n. 241/1990), il provvedimento deve essere necessariamente annullato, non potendo trovare applicazione la disposizione che ne preclude l'annullamento laddove sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Infatti tale disposizione si riferisce soltanto ai casi in cui il provvedimento sia stato adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma. Né sembra possibile includere le norme sulla competenza tra le norme sul procedimento amministrativo o tra le norme sulla forma degli atti. Infatti dal primo comma dell'art. 21 *octies* si desume che il legislatore ha inteso confermare la tripartizione dei vizi di legittimità dell'atto amministrativo, in base alla quale la violazione delle norme sulla competenza configura il vizio di incompetenza, mentre la violazione di norme sul procedimento o sulla forma rientra nell'ambito più generale della violazione di legge. Inoltre devono ritenersi norme sul procedimento tutte quelle relative al *modus operandi* dell'Amministrazione ed alla partecipazione procedimentale del destinatario del provvedimento finale, delle altre Amministrazioni interessate e dei soggetti indicati dall'art. 9 della legge n. 241/1990, mentre devono ritenersi norme sulla forma quelle relative ai requisiti formali degli atti endoprocedimentali e del provvedimento finale.

(53) V. retro nota 36.

“non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato”, mentre per gli altri vizi formali e procedimentali il provvedimento impugnato potrà essere salvato solo se, alla stregua della giurisprudenza, il vizio può essere degradato a mera irregolarità non invalidante.

Tale essendo la disciplina normativa, sorge spontaneo chiedersi perché, ai fini della sanatoria, per gli atti discrezionali non possa essere palese la conformità al diritto sostanziale indipendentemente da ciò che l'Amministrazione possa esporre in giudizio come pure perché l'onere della prova compete solo all'Amministrazione e non anche al controinteressato.

Ci si domanda ancora perché la sanatoria per i provvedimenti vincolati è prevista per ogni vizio di forma o del procedimento mentre per gli atti discrezionali la sanatoria è prevista solo in caso di omessa comunicazione dell'avvio del procedimento.