



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO, ITALIANO  
E SOVRANAZIONALE

Corso di Dottorato in Scienze giuridiche, XXX Ciclo  
*Curriculum in Diritto amministrativo*

TESI DI DOTTORATO

L'APPLICAZIONE GIURISPRUDENZIALE DELL'ART. 21-OCTIES,  
COMMA 2, L. N. 241/90: MITI NAZIONALI E REALTÀ EUROPEE  
A CONFRONTO

Tesi presentata da:  
Dott.ssa Ilaria Martella  
Matricola: R10930

Settore scientifico-disciplinare:  
Diritto amministrativo, IUS/10

Tutor:  
Chiar.mo Professor Luca Santino Bertonazzi

Coordinatore del Corso:  
Chiar.ma Prof.ssa Diana-Urania Galetta

*"Il tempo per leggere, come il  
tempo per amare, dilata il  
tempo per vivere"*

(Daniel Pennac, *Come un  
romanzo*)

## INDICE

<i>Premessa sull'ambito di indagine prescelto e sulla scelta metodologica</i> .....	4
---	---

### CAPITOLO I

#### L'ART. 21-OCTIES NELL'ESPERIENZA GIURISPRUDENZIALE ITALIANA

##### Sezione I.

##### L'ART. 21-OCTIES, COMMA 2, PRIMO ALINEA

1. Problematiche applicative e delimitazione dell'ambito di indagine.....	8
2. Sulla non annullabilità del provvedimento adottato " <i>in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti</i> " .....	9
2.1. <i>Il provvedimento adottato in violazione di "norme sulla forma degli atti"...</i>	9
2.1.1. <i>Brevi considerazioni</i> .....	19
2.2. <i>Il provvedimento adottato in violazione di "norme sul procedimento"</i> e il test di causalità condotto dal giudice amministrativo .....	20
2.3. <i>(segue) Sul difetto di motivazione e sull'ammissibilità di una "motivazione successiva"</i> .....	40
2.4. <i>(segue) Sul difetto di competenza</i> .....	62
3. La natura vincolata del provvedimento e il giudizio di causalità .....	71
4. La violazione di " <i>norme sulla forma degli atti o sul procedimento</i> " e l'annullabilità del provvedimento: osservazioni sulla natura "reale" e non ipotetica del giudizio di causalità .....	83

##### Sezione II

##### L'ART. 21-OCTIES, COMMA 2, SECONDO ALINEA

1. Problematiche applicative e delimitazione dell'ambito di indagine .....	85
2. Il secondo alinea dell'art. 21-octies: vincolatezza vs. discrezionalità amministrativa .....	87

3. Forma e contenuti della dimostrazione attribuita all'amministrazione. Espressione letterale vs. interpretazione giurisprudenziale .....	90
4. La comunicazione di avvio del procedimento e l'annullabilità del provvedimento: osservazioni di sintesi e spunti per il prosieguo della trattazione .....	104

## CAPITOLO II

### **L'AMMINISTRAZIONE DI RISULTATO" NELL'ESPERIENZA DELL'ORDINAMENTO GIURIDICO EUROPEO**

1. I vizi dell'atto nel diritto UE e la violazione di forme sostanziali .....	108
2. Violazione di forme sostanziali e annullabilità dell'atto viziato .....	110
3. Le figure sintomatiche di violazione di forme sostanziali nella giurisprudenza delle Corti U.E. ....	112
3.1. (segue) Sul rispetto delle formalità che presiedono alla formazione dell'atto .....	113
3.2. (segue) Sul rispetto del diritto di difesa .....	117
a) <i>Il diritto di essere sentiti</i> .....	118
b) <i>Il diritto di accedere al fascicolo del procedimento</i> .....	125
3.3. (segue) Sull'obbligo di motivazione .....	129
3.4. Brevi considerazioni di sintesi e spunti per il prosieguo della ricerca .....	137
4. Le garanzie procedurali nelle recenti sentenze della Corte di giustizia: <i>focus</i> su ottica "finalistica" e ruolo del ricorrente .....	139
5. L'obbligo di motivazione nelle recenti sentenze della Corte di giustizia: una prova di resistenza per l'ordinamento italiano .....	145

**CAPITOLO III**  
**L'AMMINISTRAZIONE DI RISULTATO" NELL'ESPERIENZA**  
**DELL'ORDINAMENTO GIURIDICO OLANDESE**

1. La giustizia amministrativa olandese. Le premesse storiche di una riforma radicale .....	150
2. Il conflitto tra giusto procedimento, efficienza e tutela giurisdizionale effettiva. L'attuale sistema giuridico olandese .....	153
3. Tipologie di <i>remedies</i> a disposizione del giudice amministrativo olandese .....	154
4. Il dibattito sulle forme di riparazione dei provvedimenti illegittimi e possibili criticità comuni .....	170

**CAPITOLO IV**  
**CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE:**  
**MITI NAZIONALI E REALTA' EUROPEE A CONFRONTO**

1. L'art. 21- <i>octies</i> in un decennio di applicazione giurisprudenziale: problematiche nazionali a confronto .....	179
1.1. L'art. 21- <i>octies</i> come incentivo di fenomeni di <i>maladministration</i> .....	181
1.2 La "dequotazione" delle garanzie procedurali e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo .....	184
1.3 L'art. 21- <i>octies</i> e il processualprocedimento .....	192
1.4. L'art. 21- <i>octies</i> e il problema dell'oggetto del giudizio .....	200
1.5. L'art. 21- <i>octies</i> e i dubbi di legittimità costituzionale .....	201
 Bibliografia .....	 215

## ***PREMESSA SULL'AMBITO DI INDAGINE PRESCELTO E SULLA SCELTA METODOLOGICA***

Come noto, l'art. 21-*octies*, l. n. 241/90 è dedicato alla definizione dei casi di "Annullabilità del provvedimento".

La norma è composta da due commi.

Il primo comma stabilisce che "E' annullabile il provvedimento amministrativo adottato in violazione di legge o viziato da eccesso di potere o da incompetenza". La disposizione racchiude in sé la tradizionale tripartizione dei vizi di legittimità - comparsa per la prima volta nel nostro ordinamento con la legge 31 marzo 1889, n. 5992, c.d. legge Crispi, e da allora pedissequamente riproposta nella normativa successiva -, alla quale ha sempre fatto seguito la regola generale secondo la quale ciascuno di tali vizi, ove integrato, è causa di annullamento del provvedimento.

Il secondo comma - introdotto come noto dalla legge n. 15/2005 di riforma della legge sul procedimento amministrativo - introduce un elemento di "rottura" rispetto alla lunga tradizione giuridica racchiusa nel primo comma.

La disposizione in esame, infatti, stabilisce che taluni dei vizi sopra illustrati possano divenire irrilevanti nell'ambito dell'esame della domanda giudiziale di annullamento del provvedimento amministrativo, spezzando così l'automatismo normativo espresso tra difformità del provvedimento dal paradigma normativo e suo annullamento.

Come noto, l'art. 21-*octies* rappresenta l'epilogo di un'accesa disputa interpretativa animata sia in dottrina sia in giurisprudenza da due antitetiche impostazioni ricostruttive: l'una, tradizionale e garantista, muove da un rigoroso ossequio al principio di legalità, che riconosce a qualsivoglia difformità del provvedimento amministrativo rispetto al modello legale la capacità di provocarne l'annullamento<sup>1</sup>; l'altro, di più recente formazione e di stampo sostanzialistico, che tende a reputare idonee a cagionare l'annullamento del provvedimento soltanto

---

<sup>1</sup> Che qualsiasi vizio di illegittimità, tale da non risolversi in un'inesistenza dell'atto, comportasse l'invalidità era affermazione comunemente accettata: cfr. G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, 1947, 243 ss.; F. BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo*, Padova, 1987; P. VIRGA, *Il provvedimento amministrativo*, Milano, 1972. Riconoscevano, invece, un pur limitato margine di applicabilità della categoria dell'irregolarità M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, Milano, 1970; E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, I, Padova, 1980.

quelle difformità che abbiano concretamente influito sulla corretta determinazione del suo contenuto dispositivo<sup>2</sup>.

A fronte di un testo normativo involuto sotto diversi punti di vista, la migliore dottrina nazionale ha profuso le proprie energie nel tentativo di individuare e schiarire le problematiche interpretative ed applicative sottese all'art. 21-*octies*, comma 2, l. n. 241/90<sup>3</sup>: dall'individuazione della natura giuridica della norma (sostanziale o processuale) e del suo campo di applicazione alla qualificazione dell'atto affetto da violazioni sulla forma o sul procedimento, dalla compatibilità costituzionale della norma alla ricerca di soluzioni ermeneutiche che ne consentissero un'applicazione "coerente" con l'ordinamento europeo.

Nell'ultimo decennio il riferimento all'art. 21-*octies* è stato centrale per lo più nella messa in discussione degli istituti e delle categorie tradizionali del diritto amministrativo a fronte delle nuove, e sempre in evoluzione, visioni del rapporto tra procedimento e processo, del principio di legalità e di buona amministrazione, oltre che della funzione della giurisdizione amministrativa nella dialettica "giudizio sull'atto-giudizio sul rapporto".

Tanto si è scritto, insomma, e sotto svariate angolazioni. Ciononostante, la disposizione normativa in parola appare, a mio avviso, ancora sprovvista di una collocazione giuridicamente apprezzabile perché gli studi si sono per lo più concentrati sul piano delle potenzialità eversive della "annullabilità non

---

<sup>2</sup> Cfr. G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, in ID., *Dizionario amministrativo*, I, Milano, 1983, 237-238, secondo il quale il principio dell'eguale rilevanza dei vizi comportava che il ricorso giurisdizionale avverso un atto amministrativo si trasformasse in una "caccia all'errore", senza che potesse venire in rilievo l'irregolarità, giacché "tutte le norme attinenti ai poteri amministrativi sono vincolanti e lo sono in pari grado: ogni loro violazione, quale che ne sia il tipo, dà luogo all'illegittimità". Si ritiene, infatti, che la pedissequa adesione al formalismo giuridico comporti "perdite di tempo, dispendio di risorse umane e finanziarie, burocratizzazione delle attività private" (così M. OCCHIENA, *Formalismo e sostanzialismo nella teoria dell'attività amministrativa*, Comunicazione al Convegno di studi di Copanello del 5-6 luglio 2002). Per una recente ricostruzione dei diversi orientamenti sugli effetti discendenti dalla violazione delle norme sul procedimento e sulla forma degli atti (formalismo vs. sostanzialismo), cfr. S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio. Formalismo pratico, azione amministrativa ed illegalità utile*, Torino, 2006.

<sup>3</sup> Di seguito, anche solo "art. 21-*octies*".

pronunciabile”<sup>4</sup> rispetto al tradizionale assetto del diritto amministrativo sostanziale e processuale, tralasciando spesso il piano della sua concreta operatività nel processo amministrativo. E’ invece l’applicazione giurisprudenziale di una norma che dà la misura di come essa operi in concreto nell’ordinamento e di quale sia l’impatto sul sistema di tutela giurisdizionale amministrativa. Nel dibattito sorto tra chi ha aspramente criticato la disposizione in esame e chi, invece, l’ha accolta con entusiasmo come segnale di un cambiamento positivo, l’esame della casistica giurisprudenziale in materia ci consente di spostare l’attenzione dalla dialettica dottrina pura al diritto vivente che viene applicato nelle aule dei tribunali.

Il cambio di prospettiva nella conduzione della ricerca è dovuto principalmente allo studio del sistema di giustizia amministrativa olandese, in cui vige una disposizione normativa (art. 6:22 Awb) molto simile a quella dell’art. 21-*octies*, comma 2, l. n. 241/90. Ciò che mi ha colpito è l’approccio particolarmente pragmatico che la letteratura giuridica tende ad assumere rispetto alle tematiche trattate nel presente lavoro di ricerca, traendo direttamente dalla realtà giurisprudenziale i profili problematici connessi all’applicazione della disposizione testé richiamata.

Per tutte le ragioni sopra indicate, il punto di vista da cui si pone il presente lavoro è, nella prima parte, empirico, perché si prefigge di cogliere le concrete dinamiche processuali che scaturiscono dall’applicazione dell’art. 21-*octies*, comma 2, l. n. 241/90. L’obiettivo che ci si propone è di cogliere il ruolo della norma all’interno del nostro processo amministrativo per verificare, a dodici anni dalla sua entrata in vigore e rispetto alle ricostruzioni teoriche elaborate dalla dottrina nazionale, quali siano le tematiche rilevanti e se i timori variamente avanzati nel tempo esibiscano o meno, ad oggi, un’effettiva consistenza.

Si ritiene che la disposizione in esame non possa più essere inquadrata entro il binomio “legalità-efficienza”, per propendere ora verso un polo ora verso l’altro, ma necessiti di un autonomo spazio che nasca da un loro reciproco coordinamento,

---

<sup>4</sup> Ha efficacemente parlato di “annullabilità non pronunciabile” con riferimento all’art. 21-*octies*, comma 2, L. FERRARA, *La partecipazione tra “illegittimità” e “illegalità”. Considerazioni sulla disciplina dell’annullamento non pronunciabile*, in *Dir. amm.*, 2008, 103 ss.



trattandosi di un valore (quello della legalità) e di un obiettivo (quello dell'efficienza) parimenti necessari per soddisfare i bisogni della società.

## CAPITOLO I

### L'ART. 21-OCTIES NELL'ESPERIENZA GIURISPRUDENZIALE ITALIANA

#### SEZIONE I

##### *L'art. 21-octies, comma 2, primo alinea.*

##### **1. Problematiche applicative e delimitazione dell'ambito di indagine.**

In questa prima parte della trattazione, l'indagine si concentrerà sul primo alinea che compone il comma secondo dell'art. 21-octies<sup>5</sup>, il quale stabilisce che *“non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato”*.

I confini di applicazione della disposizione in parola non sono di facile ed immediata individuazione. La complessità è imputabile alla presenza, nel contesto letterale della norma, di riferimenti a nozioni complesse che rendono difficile una comprensione certa e univoca del suo ambito di operatività, tanto da diventare recettore di numerosi studi da parte della scienza giuridica e di non univoche applicazioni giurisprudenziali.

Sotto questo profilo, le aree di confine che necessitano di chiarimento sono almeno due: 1) quali sono le *“norme sul procedimento e sulla forma degli atti”*; 2) cosa si intende per *“natura vincolata del provvedimento”*.

Una volta individuate le due aree sopra indicate, occorre poi comprendere come si configuri in concreto il giudizio di causalità che il giudice (soggetto sottointeso della norma) deve compiere per accertare la sussistenza o meno di alternative decisorie al provvedimento impugnato e, in particolare, come tale giudizio si interfacci con l'avverbio *“palese”* inserito nella norma.

Nei paragrafi che seguono si cercherà di sciogliere gli interrogativi sopra individuati e, come già anticipato, l'indagine verrà svolta sulla direttrice dell'applicazione giurisprudenziale dell'art. 21-octies, primo e secondo alinea

---

<sup>5</sup> Di seguito, anche solo *“art. 21-octies, primo alinea”*.

## **2. Sulla non annullabilità del provvedimento adottato “in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti”.**

Come accennato sopra, ai sensi dell’art. 21-*octies*, primo alinea, vi sono “*norme sul procedimento o sulla forma degli atti*” la cui violazione non determina di per sé l’annullamento del provvedimento amministrativo.

Il primo punto fermo da cui muovere è costituito dalla estrema lacunosità della disciplina legislativa sulla invalidità del provvedimento amministrativo e dalla assoluta mancanza di disposizioni che chiariscano espressamente quali norme, nella legislazione vigente, debbano essere qualificate come “*norme sul procedimento*” e quali come “*norme sulla forma degli atti*”<sup>6</sup>.

La questione non è irrilevante, perché soltanto se la violazione accertata rientra in una delle due categorie sopra citate potrebbe accadere che, a dispetto di essa, e sempre che sussistano gli altri elementi esplicitati nel primo alinea dell’art. 21-*octies*, il provvedimento non sia annullabile. Al contempo, l’esatta individuazione delle violazioni in parola consente anche di misurare il raggio di estensione delle ipotesi di esclusione dell’annullamento di cui all’art. 21-*octies*, primo alinea, e, quindi, il grado di incisione di tale norma sul tradizionale binomio “difformità dal paradigma normativo-annullamento”.

### **2.1. Il provvedimento adottato in violazione di “norme sulla forma degli atti”.**

Quanto alle norme sulla forma degli atti, occorre in primo luogo muovere da un dato di diritto positivo: il primo alinea dell’art. 21-*octies* non è riferibile alle violazioni di norme sulla forma degli atti che determinano la nullità del provvedimento ai sensi dell’art. 21-*septies*, l. n. 241/90 (“*E’ nullo il provvedimento*

---

<sup>6</sup> Le difficoltà sono state messe bene in luce da F.G. SCOCA, *Vizi formali e sistema delle invalidità*, in V. PARISIO (a cura di), *Vizi formali, procedimento e processo amministrativo*, Milano, 2004, p. 63. L’Autore rileva che, nonostante le varie riforme intervenute sulla legge del procedimento amministrativo, non siano state mai variate né approfondite le categorie dei vizi determinanti l’annullabilità. L’inadeguatezza di siffatta disciplina legislativa, secondo l’Autore, non consentirebbe, a sua volta, soluzioni univoche al problema relativo ai “vizi formali” e alla loro rilevanza giuridica nell’ordinamento.

*che manca degli elementi essenziali [...] nonché negli altri casi espressamente previsti dalla legge”).*

Tale precisazione, tuttavia, non illumina lo spettro applicativo della norma in esame, perché, in disparte le ipotesi di nullità espressa, l'individuazione di un elemento del provvedimento come essenziale o meno sconta a sua volta le incertezze dovute alla mancanza di indicazioni legislative sugli elementi del provvedimento che siano da ritenere tali<sup>7</sup>.

Come ulteriore dato, occorre considerare che, salvo casi eccezionali, non esistono forme necessarie o forme solenni del provvedimento amministrativo<sup>8</sup>.

Qualche indicazione in tal senso può rintracciarsi nei lavori di taglio squisitamente pratico svolti nel tempo dalla dottrina, che hanno portato alla luce elencazioni più o meno ampie dei requisiti della struttura formale del provvedimento: l'intestazione, il preambolo, la sottoscrizione, la data, etc. Siffatta composizione formale, tuttavia, non appare risolutiva ai fini della presente indagine perché, essendo sprovvista di una base normativa, non assume alcun valore vincolante sul piano giuridico-positivo<sup>9</sup>.

Nell'ambito di siffatta cornice, la giurisprudenza amministrativa ha, dal canto suo, tentato di individuare il campo di applicazione del primo alinea dell'art. 21-*octies*, identificando le “*norme sulla forma degli atti*” nei “*requisiti formali degli atti endoprocedimentali e del provvedimento finale*”<sup>10</sup>. La definizione, a ben vedere, è

---

<sup>7</sup> Cfr., sul tema, R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2006, 352, ove gli autori fanno notare che “*il legislatore si guarda bene dal superare la mancanza di concordia sul catalogo di siffatti elementi [essenziali dell'atto amministrativo, ndr]”*; F. SATTA, *La riforma della l. 241/90: dubbi e perplessità*, in *www.giustamm.it*, secondo il quale, l'assenza di chiarezza sul punto frustra ulteriormente il bisogno di certezza che ci si poteva attendere da una fonte (la legge sul procedimento amministrativo) chiamata a stabilire le «regole del gioco» nel rapporto tra amministrazione e cittadini.

<sup>8</sup> Cfr., *ex multis*, E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2015, 540; L. ACQUARONE, *Attività amministrativa e provvedimenti amministrativi*, Genova, 2009, 138; V. CERULLI IRELLI, *Principii nel diritto amministrativo*, vol. II, Torino, 2005, 157; P. VIRGA, *Diritto amministrativo. Atti e ricorsi*, Milano, 2001, 36; 540; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1984, 652; A. DE VALLES, *La validità degli atti amministrativi*, Roma, 1916, 230.

<sup>9</sup> Così anche F.G. SCOCA, *Vizi formali e sistema delle invalidità*, cit., 63.

<sup>10</sup> Cfr. Tar Campania, Napoli, sez. II, 29 aprile 2005, n. 5226; Tar Basilicata, Potenza, 22 agosto 2006, n. 527; Tar Lazio, Roma, sez. III, 29 agosto 2007, n. 8224; Tar Veneto, Venezia, sez. II, 09 febbraio 2010, n. 340.

puramente astratta e tautologica, sicché resta ferma la difficoltà sopra riscontrata di enucleare i casi in essa sussumibili.

In difetto, allora, di un'indicazione legislativa sul punto, e a fronte dell'accennata definizione giurisprudenziale, troppo astratta ai fini della nostra ricerca, per individuare le ipotesi di violazione di "*norme sulla forma degli atti*" non resta che fare riferimento alla casistica giurisprudenziale.

A tale proposito, occorre subito precisare che la giurisprudenza amministrativa, sebbene in modo non unanime, tende a qualificare esplicitamente come "*violazione di norma sulla forma degli atti*" ai fini dell'applicazione dell'art. 21-*octies*, primo alinea, soltanto il difetto di motivazione<sup>11</sup>.

Al di fuori del difetto di motivazione, la giurisprudenza amministrativa ha nel tempo enucleato come "*norme sulla forma degli atti*" quelle relative prevalentemente alle modalità di esternazione dell'atto - previste vuoi dalla legge generale sul procedimento amministrativo, vuoi da leggi di settore -, la cui violazione, tuttavia, viene per lo più ricondotta nella figura della *irregolarità*, ossia "*anormalità dallo schema normativo astratto, di minor conto e perciò innocua, che non comporta vizio e non conduce all'annullamento dell'atto*"<sup>12</sup>, senza che occorra a tal fine fare riferimento all'esimente di cui al primo alinea dell'art. 21-*octies*.

La giurisprudenza amministrativa, infatti, già prima dell'entrata in vigore dell'art. 21-*octies*, primo alinea, riconosceva portata non invalidante: a) all'errore nell'intestazione del provvedimento o all'assenza della data; b) all'omessa indicazione nel provvedimento dell'autorità alla quale ricorrere e del relativo termine (art. 3, comma 4, l. n. 241/90)<sup>13</sup>; c) all'omessa indicazione nella

---

<sup>11</sup> La questione sarà ripresa di seguito, nel par. 2.3., dedicato, per l'appunto, al difetto di motivazione.

<sup>12</sup> Così, *ex multis*, Cons. Stato, sez. VI, 16 maggio 2006, n. 2763. A proposito delle irregolarità, è stato efficacemente sottolineato in dottrina che le fattispecie rientranti in questa categoria non sono mai state tipizzate dal legislatore, ma sono un prodotto della giurisprudenza: G. MORBIDELLI, *Invalidità e irregolarità*, in *Annuario AIPDA 2002*, Milano, 2002, 79 ss.

<sup>13</sup> La mancata indicazione nell'atto dell'autorità davanti alla quale esso è impugnabile o del relativo termine costituisce una mera irregolarità che comporta la possibilità di rimessione in termini del ricorrente per errore scusabile, nel caso in cui il ricorso sia stato presentato davanti ad un giudice incompetente oppure in caso di impugnazione tardiva. Sulla possibilità di rimessione in termini, cfr. di recente Cons. Stato, sez. V, 18 gennaio 2017, n. 199, il quale ha precisato che "*l'omessa o erronea indicazione nel provvedimento*

comunicazione di avvio del procedimento del nome del responsabile del procedimento (art. 8, comma 2, lett. c), l. n. 241/90)<sup>14</sup> o del termine di conclusione del procedimento (art. 8, comma 2, lett. c-bis)<sup>15</sup>, l. n. 241/90); d) alla mancata traduzione del testo nella lingua dello straniero destinatario dei provvedimenti concernenti l'ingresso, il soggiorno o l'espulsione (art. 2, comma 6, d.lgs. n. 286/1998)<sup>16</sup>; e) all'illeggibilità o alla mancanza della firma in calce all'atto amministrativo monocratico, allorché concorrono elementi testuali, quali l'indicazione dell'ente competente, della qualifica o dell'ufficio di appartenenza del funzionario che ha adottato l'atto, emergenti anche dal complesso dei documenti che lo accompagnano, che permettono di individuarne con certezza l'autore<sup>17 18</sup>.

---

*impugnato del termine per ricorrere non è causa autonoma di illegittimità dello stesso, rappresentando soltanto una mera irregolarità, e non giustifica, di per sé, neppure l'automatica concessione del beneficio della rimessione in termini per errore scusabile”, dovendo a tal fine verificarsi, caso per caso, che mancanza o erronea indicazione abbiano determinato un'obiettiva incertezza sugli strumenti di tutela utilizzabili dall'interessato; diversamente opinando, il vizio formale si risolverebbe in una emancipazione indiscriminata dal termine di decadenza; sicché la rimessione in termini è possibile soltanto se l'inosservanza del termine d'impugnazione sia giustificata dall'oscurità e ambiguità della normativa applicabile, da un cambiamento del quadro legislativo, da contrasti giurisprudenziali o ancora da attività macroscopicamente equivoche o contraddittorie poste in essere dalla stessa amministrazione”. In termini, cfr., ex multis, Tar Lazio, Roma, sez. II, 16 aprile 2015, n. 5658; Cons. Stato, sez. V, 25 luglio 2014, n. 3964; C.g.a.r.s., sez. giurisd., 27 febbraio 2015, n. 163; Cons. Stato, sez. V, 31 gennaio 2003, n. 501; Cons. Stato, ad. plen., 14 febbraio 2001, n. 1. Sul punto, cfr. A.M. SANDULLI, *Manuale*, cit. 692; E. CASETTA, *Manuale*, cit., 457.*

<sup>14</sup> Secondo giurisprudenza unanime, costituisce mera irregolarità l'omessa indicazione del responsabile del procedimento nella comunicazione di avvio del procedimento dal momento che la legge n. 241/90 già vi pone rimedio, radicando la responsabilità del procedimento in capo al dirigente dell'unità organizzativa competente (v. art. 5, l. n. 241/90, secondo il quale “Fino a quando non sia effettuata l'assegnazione [al Rup, ndr], è considerato responsabile del singolo procedimento il funzionario preposto alla unità organizzativa”). Cfr. ex multis, Tar Veneto, Venezia, sez. III, 20 gennaio 2016, n. 53; Tar Calabria, Catanzaro, sez. I, 18 giugno 2014, n. 959; Tar Campania, Napoli, sez. VI, 09 gennaio 2014, n. 101; Tar Lazio, Roma, sez. I, 09 dicembre 2013, n. 10560; Cons. Stato, sez. III, 24 settembre 2013, n. 4694; Cons. Stato., sez. IV, 12 maggio 2009, n. 2910; Cons. Stato, sez. VI, 02 settembre 2003, n. 4868.

<sup>15</sup> Cfr. Tar Sicilia, Catania, sez. IV, 23 giugno 2016, n. 1746.

<sup>16</sup> Cfr., ex multis, Tar Lazio, Roma, sez. II, 27 ottobre 2014, n. 10746; Tar Puglia, Lecce, sez. II, 08 maggio 2014, n. 11180.

<sup>17</sup> Cfr. Cons. Stato, n. 3119 del 2012, per il quale “l'atto amministrativo esiste come tale allorché i dati emergenti dal provvedimento amministrativo consentano comunque di ritenerne la sicura provenienza dall'Amministrazione e la sua attribuibilità a chi deve esserne l'autore secondo le norme positive”.

Nelle ipotesi sopra illustrate, siamo di fronte a fattispecie di difformità che (non invalidano e) non conducono all'annullamento del provvedimento<sup>19</sup>.

Ciò che più interessa fare emergere ai fini della presente indagine è che, nei casi sopra citati, come già anticipato, il giudice amministrativo, per escludere l'annullabilità del provvedimento, non ha bisogno di invocare l'art. 21-*octies*, primo alinea, perché si trova di fronte a difformità inidonee, già *a priori* ed in astratto, ad esprimere un "rapporto funzionale con la determinazione del contenuto dispositivo della decisione provvedimento" <sup>20</sup>, riguardando prescrizioni relative alla formazione del provvedimento che "non hanno la finalità di indirizzare il processo decisionale dell'amministrazione, condizionandone la finale composizione di interessi, (...) [in quanto] sono estranee al decision-making process e hanno di mira esclusivamente altri interessi, la cui eventuale lesione non può in alcun modo influire sulla corretta determinazione del contenuto decisionale del provvedimento"<sup>21</sup>.

---

<sup>18</sup> Per questi ed altri esempi di irregolarità, si rinvia a B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento amministrativo: struttura del provvedimento*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, 1019-1020; R. VILLATA, *L'atto amministrativo*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA, *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, 839; F. LUCIANI, *Il vizio formale nella teoria dell'invalidità amministrativa*, Torino, 2003, 292 ss; P.M. VIPIANA PERPETUA, *Gli atti amministrativi: vizi di legittimità e di merito, cause di nullità ed irregolarità*, Padova, 2003, 388 ss.; G. MORBIDELLI, *Invalidità ed irregolarità*, cit., 80-81; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 1993, 335; B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, in G. SANTANIELLO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, Padova, 1993, 337; G. CORSO, voce *Validità* (dir. amm.), in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, 105; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1984, 691.

<sup>19</sup> Taluna giurisprudenza, invero, con riferimento alla mancanza o illeggibilità della sottoscrizione, parla di nullità del provvedimento per mancanza di un elemento essenziale dell'atto. Per una ricostruzione delle controverse conseguenze dovute alla mancanza o all'illeggibilità della sottoscrizione del provvedimento, si rinvia a R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 392 ss.

<sup>20</sup> Così A. ROMANO TASSONE, *Contributo sul tema dell'irregolarità degli atti amministrativi*, Torino, 1993, 85 ss.

<sup>21</sup> A. ROMANO TASSONE, *Vizi formali e vizi procedurali*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2006. Definisce l'irregolarità una "sorta di inosservanza di legge [...] innocua", M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981, 429. In termini, cfr. S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento*, Torino, 2016, 417 ss.; M. TRIMARCHI, *L'invalidità nel pensiero di Romano Tassone*, in *Dir. amm.*, 2014, 555 ss.; G. FALCON, *Lezioni di diritto amministrativo*, Padova, 2013, II, 335; F. BASSI, *Lezioni di diritto amministrativo*, 2008, Milano, 106; D. MARRAMA, *Brevi riflessioni sul tema dell'irregolarità dei provvedimenti amministrativi*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 359 ss.; R. VILLATA, *L'atto amministrativo*, cit., 838-839; P.M. VIPIANA PERPETUA, *Gli atti amministrativi*, cit., Padova, 2003, 381 ss.; P. VIRGA, *Diritto amministrativo*, cit., 116-118; V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti di diritto amministrativo*, 471 ss.; G. CICCIO, *Sulla nozione*

Non potendo, nemmeno potenzialmente, incidere sul processo decisionale dell'amministrazione e sulla corretta composizione degli interessi in gioco<sup>22</sup>, l'inidoneità di tali difformità ad incidere sul contenuto dispositivo del

---

*di irregolarità con particolare riguardo al diritto amministrativo, in Nuova rass., 1969, 897 ss.*

<sup>22</sup> Il profilo è colto da Tar Lombardia, Milano, sez. I, 20 aprile 2006, n. 1042, ove si legge che “*vizio formale ai fini dell'applicazione della disposizione in esame [art. 21-octies, primo alinea, ndr] non può essere che quello non incidente sull'assetto degli interessi in gioco, quello cioè che non riguarda l'applicazione della normativa (sostanziale) che definisce tale assetto: il legislatore ha infatti inteso codificare la regola del "raggiungimento dello scopo", intervenendo non sul vizio ma sulle sue conseguenze al fine di impedire l'annullamento del provvedimento impugnato ogniqualvolta il suo vizio non abbia impedito una definizione degli interessi in gioco normativamente corretta*”. Così anche Tar Reggio-Calabria, Catanzaro, 13 marzo 2006, n. 283. In dottrina, cfr. A. ROMANO TASSONE, *Contributo, cit.*, il quale espressamente ritiene che le irregolarità non sono in grado di impedire al provvedimento di “*porsi come corretta sintesi dei vari interessi in gioco, risolvendo adeguatamente il problema di definire e soddisfare l'interesse pubblico concreto*”. Ritengono parimenti che l'interesse pubblico non venga leso perché la difformità non è in grado preventivamente e di per se stessa di pregiudicarlo, B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, in S. SANTANIELLO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, Padova, 1993, 337; F. BASSI, *Lezioni, cit.*, 107; E. CASSETTA, *Le trasformazioni del processo amministrativo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 1999, 689, secondo il quale, nei casi in cui il mancato rispetto di una norma sulla formazione della decisione importi irregolarità, si realizza comunque l'interesse pubblico, con la conseguenza che l'atto irregolare non può essere annullato in via di autotutela per “*eccesso di interesse pubblico*”. Le conseguenze della violazione delle norme da cui scaturisce l'irregolarità dovranno piuttosto ricercarsi sul piano dell'ordinamento speciale dell'amministrazione: si tratterà di individuare e sanzionare le responsabilità disciplinari (cfr. ad esempio art. 3-ter, l. n. 273/1995) e amministrative (così E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo, cit.*, 485; A. ROMANO TASSONE, *Contributo sul tema dell'irregolarità degli atti amministrativi, cit.*, 91; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo, cit.*, I, 712. *Contra*, F. FRACCHIA, *Vizi formali, semplificazione procedimentale, silenzio-assenso e irregolarità*, in *Dir. economia*, 2000, 453).



provvedimento<sup>23</sup> emerge già in esito ad un accertamento *ex ante, a priori*, senza che vi sia la necessità, cioè, di un accertamento *ex post* e di volta in volta<sup>24</sup>.

Per le ragioni appena esposte, le prime pronunce in materia hanno correttamente evidenziato che l'entrata in vigore dell'art. 21-*octies*, comma 2, non ha inciso in alcun modo sulla categoria dell'irregolarità<sup>25</sup>, dal momento che l'idoneità della violazione (di una norma sulla forma degli atti o sul procedimento) ad incidere sul corretto assetto degli interessi in gioco deve essere evidenziata di volta in volta dal giudice, in base al criterio del carattere palese dell'assenza in concreto di alternative decisorie.

Ne consegue che nessuna delle prescrizioni di natura formale sopra descritte rientra tra le "*norme sulla forma degli atti*" di cui all'art. 21-*octies*, primo alinea<sup>26 27</sup>,

---

<sup>23</sup> Che le prescrizioni in parola, sulla forma degli atti, abbiano di mira altri "valori", lo si intuisce bene dall'esame della casistica giurisprudenziale in materia. Ad esempio, è stato affermato che l'obbligo di indicare nel provvedimento l'autorità e il termine entro il quale ricorrere non ha come obiettivo quello di garantire "*l'individuazione e la cura dell'interesse pubblico concreto cui è finalizzato il provvedimento, né la riconducibilità dello stesso all'autorità amministrativa*" bensì quello di "*tende(re) semplicemente ad agevolare il ricorso alla tutela giurisdizionale*" (Tar Puglia, Lecce, sez. II, 11 giugno 2015, n. 1976.). V. anche, *ex multis*, Tar Lombardia, Brescia, sez. I, 02 febbraio 2017, n. 148; Tar Lazio, Roma, sez. III, 03 marzo 2017, n. 3078; ID, sez. II, 13 gennaio 2015, n. 431; Tar Lazio, Roma, sez. II, 7 maggio 2014, n. 4752; Cons. Stato, sez. VI, 05 marzo 2013, n. 1297; Tar Campania, Napoli, sez. VIII, 22 giugno 2010, n. 15532; Tar Liguria, Genova, sez. II, 10 maggio 2006, n. 444; Tar Toscana, Firenze, sez. I, 25 gennaio 2005, n. 269; Tar Lombardia, Milano, 27 gennaio 1996, n. 113.

<sup>24</sup> In dottrina è stato affermato che l'irregolarità è collegata ad una classificazione, condotta *a priori*, dei requisiti di validità e di quelli di regolarità dell'atto giuridico e che, pertanto, la qualificazione di un atto amministrativo alla stregua di irregolare è scevra da qualsiasi componente sostanzialista: cfr. F. FRACCHIA, M. OCCHIENA, *Teoria dell'invalidità dell'atto amministrativo e art. 21-*octies*, l. 241/90: quando il legislatore non può e non deve*, in *www.giustamm.it*, ora anche come *Art. 21-*octies*, comma 2*, in *La pubblica amministrazione e la sua azione*, N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO (a cura di), Torino, 2005, 609 ss.; F. MANGANARO, *Principio di legalità e semplificazione dell'attività amministrativa*, Napoli, 2000; F. SAITTA, *L'omessa comunicazione dell'avvio del procedimento: profili sostanziali e processuali*, in *Dir. amm.*, 2000,, 449 ss.; A. ROMANO TASSONE, (voce) *Situazioni giuridiche soggettive*, in *Enc. dir.*, Milano, 1998, 966 ss.; ID., *I problemi di un problema. Spunti in tema di risarcibilità degli interessi legittimi*, in *Dir. amm.*, 1997, 83.

<sup>25</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 16 maggio 2006, n. 2763.

<sup>26</sup> D'altra parte, quand'anche si volesse applicare l'art. 21-*octies*, primo alinea, alle ipotesi di violazione di "*norme sulla forma degli atti*" costituenti mere irregolarità, l'indagine sull'incidenza causale del vizio sul contenuto dispositivo del provvedimento porterebbe sempre ad una risposta negativa perché, come detto, si tratta di imperfezioni sulla forma che non hanno alcuna connessione con la formazione del contenuto provvedimentoale. Concordano, sul punto, M. RAMAJOLI-R. VILLATA, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2006, 538; F. FRACCHIA, M. OCCHIENA, *Art. 21-*octies**, cit., 615, i quali evidenziano anche che

perché mentre le prime configurano ipotesi di irregolarità che opera *ex ante* e in astratto, l'art. 21-*octies*, primo alinea, richiede un'analisi fattuale caso per caso e a posteriori.

Il giudizio di causalità richiesto dall'art. 21-*octies*, primo alinea, sembra piuttosto aver codificato quelle tendenze, emerse in giurisprudenza già prima della riforma del 2005, che fondavano il giudizio di annullabilità del provvedimento sulla c.d. *prova di resistenza*, in base alla quale una violazione di legge non può condurre all'annullamento del provvedimento quando il ricorrente non possa attendersi, dalla rinnovazione del procedimento, una decisione diversa da quella annullata<sup>28</sup>.

Si consideri, in via esemplificativa, il contenzioso elettorale, ove la prova di resistenza è stata ed è tuttora frequentemente utilizzata con riferimento alla violazione delle norme sui requisiti formali degli atti preordinati a garantire l'affidabilità delle operazioni elettorali<sup>29 30</sup>.

---

costruire la fattispecie dell'art. 21-*octies* entro i confini dell'irregolarità pone problemi in punto di compatibilità della norma con l'art. 113 Cost.; R. CHIEPPA, *Il nuovo regime dell'invalidità del provvedimento amministrativo*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it). A favore dell'inquadramento dell'irregolarità nel primo alinea dell'art. 21-*octies*, cfr. A. ROMANO TASSONE, *Vizi formali*, cit., secondo il quale, "a dispetto di qualche imprecisione del dettato normativo [...] è di immediata evidenza che, se il vizio denunciato risulta in "astratto" inidoneo a compromettere la correttezza del dispositivo del provvedimento, ciò si verificherà necessariamente anche in concreto"; L. FERRARA, *I riflessi sulla tutela giurisdizionale dei principi dell'azione amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento amministrativo: verso il tramonto del processo di legittimità?*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 605; G. VIRGA, *Le modifiche ed integrazioni alla legge n. 241 del 1990 recentemente approvate. Osservazioni derivanti da una prima lettura*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it).

<sup>27</sup> Nell'ambito delle "norme sulla forma degli atti" di cui all'art. 21-*octies*, primo alinea, potrebbero rientrare quelle che sono state definite da certa dottrina ipotesi di *irregolarità estesa, forte, o non minimale* (da contrapporre alle ipotesi di irregolarità minimale o debole), governate dalla direttrice del raggiungimento dello scopo della norma, la quale, diversamente dall'irregolarità tradizionale, presuppone un'indagine *ex post* effettuata dal giudice: così G. MORBIDELLI, *Invalidità*, cit., 88. Segue la medesima sistematica F. LUCIANI, *Il vizio formale*, cit., 195-195, 292 ss.

<sup>28</sup> Nella prospettiva della prova di resistenza, il ricorrente sarebbe privo dell'interesse a promuovere un giudizio da cui non potrebbe ricavare alcuna concreta utilità. Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. VI, n. 2763/2006, cit.

<sup>29</sup> Occorre precisare che la giurisprudenza in materia elettorale impropriamente qualifica come *irregolarità* difformità formali che andrebbero piuttosto collocate nell'ambito di operatività del principio di strumentalità delle forme, di cui la c.d. prova di resistenza è espressione: quest'ultima, infatti, a differenza dell'irregolarità, richiede una valutazione *ex post*, caso per caso, dell'idoneità del provvedimento, pur adottato in violazione di una determinata prescrizione di legge, a soddisfare l'interesse oggetto di tutela normativa (nel caso specifico del procedimento elettorale, l'affidabilità delle operazioni elettorali e la

Ad esempio, poiché nel procedimento elettorale le disposizioni in materia di verbalizzazione hanno la funzione ultima di garantire il corretto svolgimento delle operazioni di voto e, quindi, la legittimità sostanziale del risultato finale, la giurisprudenza ha precisato che eventuali incongruenze o carenze in fase di verbalizzazione non conducono all'annullamento del provvedimento finale se, a fronte dell'accertata corrispondenza tra il numero delle schede autenticate e la somma delle schede adoperate effettivamente dagli elettori con quelle non utilizzate<sup>31</sup>, nonché dell'esatta corrispondenza tra il numero totale delle schede

---

legittimità sostanziale del risultato elettorale). Così anche A. ROMANO TASSONE, *Contributo*, cit. 93 ss. Per un approfondimento sul tema in materia elettorale, si rinvia a S. D'ANTONIO, *Alcune considerazioni in tema d'irregolarità degli atti amministrativi*, in *Cons. Stato*, 1983, II, 1615 ss., nota a Tar Lazio, Roma, sez. I ter, n. 2057/1997.

<sup>30</sup> Secondo un orientamento giurisprudenziale consolidato, la regola di resistenza non è utilizzabile nel contenzioso elettorale quando le censure sollevate dal ricorrente riguardino *“gli aspetti generali delle operazioni elettorali (per esempio, l'omessa sottoscrizione dei verbali di sezione, l'arbitraria chiusura della sezione elettorale, l'irregolarità della scheda, ecc.)*. (...) *In questo caso, infatti, è la stessa trasparenza del risultato elettorale ad essere compromessa, sicché se non deve trovare soddisfazione l'interesse a vedersi aggiudicata la competizione elettorale, deve trovare soddisfazione l'interesse strumentale a partecipare ad una competizione elettorale nella quale il meccanismo di formazione della volontà popolare resta sottratto alle molteplici e gravi irregolarità emerse nell'occasione, che incidono sugli aspetti generali e sulla regolarità sostanziale delle operazioni elettorali”* (cfr. Cons. Stato, sez. V, 15 dicembre 2016, n. 5284). La prova di resistenza sul risultato delle elezioni, in altre parole, non può trovare applicazione laddove il vizio rilevato non inficia singoli voti ma riguardano più in generale la tenuta dell'intero procedimento elettorale e quindi l'interesse del ricorrente a partecipare ad una rinnovata e regolare competizione in ordine al corretto formarsi della volontà elettorale (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. III, 30 gennaio 2017, n. 368; Tar Campania, Salerno, sez. I, 07 giugno 2016, n. 1376; Cons. Stato, sez. V, 16.3.2016, n. 1059; C.g.a.r.s., sez. giurisd., 05 febbraio 2014, n. 46; Cons. Stato, sez. V, 21 ottobre 2011, n. 5670). Sembra aderire al medesimo orientamento quella recente giurisprudenza secondo cui l'esistenza della dichiarazione, da parte del pubblico ufficiale, che la sottoscrizione in calce ad una lista di candidati sia stata apposta in sua presenza è ritenuta *“forma sostanziale, indefettibile, insostituibile dell'autenticazione, che non ammette e non può ammettere equipollenti”*, come, ad esempio, *“la presenza aliunde del timbro dello stesso ufficiale autenticatore o di postume dichiarazioni rese davanti al notaio”* *“pena lo snaturamento dell'essenza stessa dell'autenticazione”* volta ad impedire abusi e contraffazioni (Cons. Stato, sez. III, 28 maggio 2016, n. 2244). In termini, v. Cons. Stato, sez. III, 18 maggio 2016, n. 2073; Cons. Stato, sez. V, 11 febbraio 2013, n. 2920.

<sup>31</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. V, 27 giugno 2011, n. 3829; Tar Lazio, Roma, sez. II, 15 marzo 2012, n. 2550; Tar Sicilia, Catania, sez. II, 10 aprile 2014, n. 1097. L'orientamento trova riferimento anche nel dato normativo: artt. 53, 63 e 68, dpr n. 570/1960.

scrutate ed il numero degli elettori che hanno votato<sup>32</sup>, sia possibile affermare che le incongruenze emergenti dai verbali non abbiano influito in concreto sulla legittimità del risultato elettorale, così come voluto dal corpo elettorale.

Parimenti, quanto ai difetti formali delle schede, il voto in esse espresso è invalido solo se dalle schede medesime “*emergano scritture o segni che si atteggiino come inoppugnabile sintomo di riconoscibilità dell’elettore*”. Così, anche, sia la lacerazione del plico contenente le schede valide di una sezione elettorale<sup>33</sup>, sia l’assenza, in altri casi, di chiusura, sigillatura e timbratura del bustone contenente le schede valide di una sezione elettorale<sup>34</sup>, sono stati considerati difetti formali inidonei ad incidere in concreto sull’attendibilità del voto ivi espresso, in mancanza di concreti elementi che potessero indurre la convinzione di una effettiva manomissione del materiale elettorale.

La c.d. prova di resistenza è peraltro utilizzata anche con riferimento a censure sostanziali. Ad esempio, con riferimento alla violazione del divieto di doppia candidatura di un medesimo soggetto a liste diverse nella medesima circoscrizione, il giudice amministrativo ha rilevato che, in mancanza di concrete conseguenze sulla volontà degli elettori e sulla raccolta delle firme necessarie alla presentazione delle liste medesime, detta violazione non comporta l’annullamento del risultato elettorale<sup>35</sup>.

Quanto sin qui osservato porta quindi globalmente a ritenere che, da un lato, a seguito della riforma del 2005, lo schema applicativo dell’art. 21-*octies*, primo alinea, sembra aver assorbito quello che stava alla base della c.d. prova di resistenza a fronte di violazione di “*norme sulla forma degli atti*” che non costituiscono mera irregolarità (si badi, le stesse considerazioni valgono per le violazioni procedurali, di cui si parlerà di seguito). La disposizione in esame, tuttavia, sembra avere uno spettro applicativo più ampio della c.d. prova di

---

<sup>32</sup> Tar Campania, Napoli, sez. II, 19 dicembre 2014, n. 6840. Analogamente, quanto alla irregolarità consistente nella mancata verbalizzazione del numero delle schede autenticate ma non utilizzate, cfr. Cons. Stato, sez. V, 27 giugno 2011, n. 3829.

<sup>33</sup> Cfr. Tar Genova, Liguria, sez. II, 01 ottobre 2009, n. 2711. V. anche, prima dell’entrata in vigore dell’art. 21-*octies*, Tar Puglia, Lecce, 09 novembre 2001, n. 6949; Cons. Stato, sez. V, 2 ottobre 2000, n. 6104 e Cons. Stato, sez. V, 01 aprile 1993, n. 470.

<sup>34</sup> V. Tar Puglia, Lecce, sez. I, 22 dicembre 2014, n. 3155

<sup>35</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. V, 17 marzo 2015, n. 1374.

resistenza. L'art. 21-*octies*, primo alinea, infatti, si applica nel caso in cui vengano in rilievo interessi sia pretensivi sia oppositivi; al contrario, la c.d. prova di resistenza dovrebbe applicarsi soltanto in caso di interessi pretensivi, perché differire un sacrificio derivante da un provvedimento ablatorio corrisponde sempre ad un interesse per il ricorrente<sup>36</sup>.

Dall'altro lato, la casistica in materia elettorale fa emergere che la prova di resistenza sopravvive all'art. 21-*octies*, primo alinea, quando vengono in rilievo, come visto sopra, violazioni di norme diverse da quelle sulla forma degli atti (o sul procedimento).

### **2.1.1. Brevi considerazioni**

L'indagine sopra svolta per individuare le “*norme sulla forma degli atti*” rispetto alle quali trova applicazione l'esimente dall'annullamento di cui all'art. 21-*octies*, primo alinea, permette di trarre alcune preliminari indicazioni utili ai fini del presente lavoro

E' innanzitutto emerso che, rispetto alle fattispecie di violazione di “*norme sulla forma degli atti*”, comunemente qualificate come tali dalla giurisprudenza e dalla dottrina, l'entrata in vigore dell'art. 21-*octies*, primo alinea, non ha avuto alcun impatto. Si tratta infatti di violazioni – per lo più riguardanti disposizioni contenute nella legge n. 241/90 - che generano, secondo una valutazione preventiva e aprioristica, mere irregolarità, per cui non vi è alcuna necessità che il giudice ricorra all'accertamento *ex post* riguardante l'incidenza prodotta in concreto da tale inosservanza sul contenuto dispositivo del provvedimento, in applicazione dell'art. 21-*octies*, primo alinea. Questo accertamento, si è detto, avrebbe sempre, e *a priori*, una risposta negativa, per l'inidoneità *ab origine* della violazione ad incidere sul processo decisionale dell'amministrazione e, quindi, sulla correttezza dell'assetto di interessi delineato dal provvedimento finale.

Ecco che, allora, l'ambito di operatività dell'art. 21-*octies*, primo alinea, appare fortemente ristretto con riferimento alla violazione delle “*norme sulla forma degli atti*”, venendo a circoscriversi intorno alle (residuali) difformità formali che non

---

<sup>36</sup> La questione sarà ripresa nel Capitolo IV, quando sarà affrontata la tematica della tutela risarcitoria in connessione con l'applicazione dell'art. 21-*octies*.

costituiscono mere irregolarità. E neanche rispetto a tali ipotesi l'art. 21-*octies*, primo alinea, sembra aver determinato, invero, risultati autenticamente innovativi: la casistica giurisprudenziale esaminata assorbe prevalentemente quella formatasi già prima della riforma del 2005 sul procedimento elettorale, ove si rinvennero “*norme sulla forma degli atti*” che concorrono a garantire la legittimità sostanziale delle operazioni elettorali, la cui violazione non può pertanto dirsi *a priori* inidonea ad incidere sulla legittimità sostanziale della determinazione finale, occorrendo a tal fine un giudizio da svolgere *ex post* e in concreto (c.d. prova di resistenza).

L'innovatività portata dall'art. 21-*octies*, primo alinea, riguarda piuttosto l'aver determinato l'applicazione del giudizio di causalità anche al difetto di motivazione, inteso da taluna parte della giurisprudenza come violazione di “*norma sulla forma degli atti*”.

## **2.2. Il provvedimento adottato in violazione di “norme sul procedimento” e il test di causalità condotto dal giudice amministrativo.**

Procedendo con l'individuazione delle “*norme sul procedimento*” rispetto alle quali trova applicazione il primo alinea dell'art. 21-*octies*, deve subito precisarsi che in giurisprudenza sono state ritenute tali “*le norme relative al modus operandi della pubblica 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*”<sup>37</sup>. Il raggio di azione del primo alinea dell'art. 21-*octies*, dunque, appare subito più ampio rispetto a quello sopra individuato con riferimento alla violazione delle “*norme sulla forma degli atti*”, andando a intercettare la violazione di tutte quelle prescrizioni normative – potremmo dire “operative” - che conducono l'amministrazione all'adozione del provvedimento finale. Si tratta, però, di fattispecie di più facile individuazione perché le coordinate si rinvennero direttamente nella legge sul procedimento amministrativo.

I giudici amministrativi, infatti, fanno rientrare nell'ambito di applicazione dell'art. 21-*octies*, primo alinea, la violazione delle seguenti disposizioni, che vengono

---

<sup>37</sup> Cfr. Tar Campania, Napoli, sez. IV, 12 aprile 2005, n. 3780.

qualificate come “*norme sul procedimento*”: a) art. 10, comma 1, lett. b), l. n. 241/90, che prevede l’obbligo per l’amministrazione procedente di valutare - ove pertinenti all’oggetto del procedimento - le memorie scritte e i documenti presentati dai soggetti interessati<sup>38</sup>; b) art. 10-*bis*, l. n. 241/90, nella parte in cui prevede l’obbligo per l’amministrazione procedente di dare ragione, nella motivazione del provvedimento finale, dell’eventuale mancato accoglimento delle osservazioni presentate dall’interessato al preavviso di rigetto; c) art. 10-*bis*, l. n. 241/90, sul preavviso di rigetto<sup>39</sup>; d) le disposizioni che prescrivono all’amministrazione procedente di richiedere pareri ad altre autorità prima di adottare il provvedimento finale.

L’elenco appena illustrato, lungi dall’esaurire il novero delle prescrizioni che l’amministrazione deve rispettare nell’esercizio delle proprie funzioni ai sensi della legge sul procedimento amministrativo, vuole piuttosto mettere in evidenza un dato empirico emerso dalla disamina della casistica in materia: al suo interno sono indicate le garanzie procedurali la cui violazione è, più frequentemente, contestata dai ricorrenti nei propri ricorsi; rispetto ad esse, quindi, il “test di causalità” sotteso all’art. 21-*octies*, primo alinea, trova più spesso applicazione.

Nel prosieguo, senza pretesa alcuna di completezza, saranno passate in rassegna alcune delle pronunce più rilevanti che riguardano le violazioni procedurali sopra indicate, cercando nel contempo di mettere in evidenza i passaggi logico-

---

<sup>38</sup> Si noti che l’obbligo dell’amministrazione di valutare gli elementi forniti dalla parte privata nel corso del procedimento - obbligo espresso sia nel presente punto *sub a)* sia nel successivo punto *sub b)* - è strettamente connesso con l’obbligo di motivazione del provvedimento finale, il cui *deficit*, se riferito alla mancata valutazione di memorie o documenti, rileva anche come violazione del contraddittorio procedimentale. Sotto questo punto di vista, viene in rilievo il ruolo della motivazione come garanzia del contraddittorio nell’ambito del procedimento. La questione sarà ripresa e affrontata nel paragrafo 2.3, dedicato appunto al difetto di motivazione.

<sup>39</sup> Occorre riscontrare l’esistenza di un circoscritto indirizzo della sezione I del Tar Genova, secondo il quale la violazione dell’art. 10-*bis* non rientrerebbe nel campo di applicazione né del primo alinea né del secondo alinea dell’art. 21-*octies*: cfr. Tar Liguria, Genova, sez. I, 29 gennaio 2010, n. 195; ID., 19 novembre 2009 n. 3408. Nel prosieguo della trattazione, si darà conto dell’esistenza di due ulteriori minoritari orientamenti giurisprudenziali (avallati da una parte minoritaria della dottrina): secondo un primo orientamento, la violazione di cui all’art. 10-*bis* rientrerebbe nel campo di applicazione del secondo alinea dell’art. 21-*octies*; ad avviso di un secondo orientamento, rientrerebbe nel primo o nel secondo alinea, a seconda della natura vincolata o discrezionale del provvedimento.

giuridici che caratterizzano l'applicazione in concreto del giudizio di causalità condotto dal giudice. Gli elementi raccolti saranno poi elaborati a sistema nel successivo paragrafo 3.

*a) Violazione dell'art. 10, comma 1, lett. b), l. n. 241/90*

Occorre innanzitutto chiarire che, per giurisprudenza unanime, l'obbligo dell'amministrazione di esaminare le memorie prodotte dall'interessato nel corso del procedimento non implica la confutazione analitica di tutti i rilievi prospettati<sup>40</sup>. Affinché l'obbligo in parola si consideri adempiuto, infatti, è sufficiente che il provvedimento finale sia corredato da un'adeguata motivazione, resa complessivamente a sostegno dell'atto stesso, dalla quale siano percepibili le ragioni per le quali l'amministrazione ritenga di non condividere quanto dedotto dai soggetti privati ovvero ritenga non pertinenti gli elementi dedotti rispetto all'oggetto del procedimento<sup>41</sup>.

Nel caso in cui ciò non avvenga, la violazione dell'obbligo di valutare *ex art. 10, comma 1, lett. b), l. 241/90*, le memorie scritte presentate dal ricorrente non dovrebbe condurre all'annullamento del provvedimento laddove, alla luce della natura vincolata dell'attività amministrativa posta in essere e dalla palese incapacità delle questioni sollevate dal ricorrente nella memoria procedimentale di incidere sulla determinazione finale, si possa concludere che la loro ipotetica valutazione non avrebbe comunque condotto ad un provvedimento con contenuto dispositivo differente rispetto a quello adottato.

---

<sup>40</sup> Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 21 aprile 2016, n. 1588; Tar Lazio, Roma, sez. II, 11 marzo 2015, n. 4054; Cons. Stato, sez. VI, 3 luglio 2014, n. 3355.

<sup>41</sup> Cfr., Tar Basilicata, Potenza, sez. I, 29 ottobre 2014, n. 758, il quale ha ritenuto che l'amministrazione non avesse violato l'obbligo di considerare gli elementi dedotti dal ricorrente nell'ambito del procedimento per l'adozione del provvedimento impugnato di risoluzione del contratto di concessione del servizio sciistico locale (il Tar ha ritenuto di qualificare il rapporto giuridico controverso come concessione di servizio pubblico, radicando così la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 133, lett. c), c.p.a.), in quanto la motivazione del provvedimento medesimo "*evidenzia tutte le inadempienze verificatesi, indicando anche gli atti con cui le stesse inadempienze erano state rilevate formalmente e non mancando di evidenziare anche il comportamento tenuto dai componenti del Consorzio, e la loro rilevanza, ai fini della risoluzione de qua*". La sentenza è stata confermata in appello da Cons. Stato, sez. V, 21 aprile 2016, n. 1588. Dello stesso tenore, *ex multis*, Tar Lazio, Roma, sez. II *ter*, 10 giugno 2014, n. 6180; Tar Campania, Salerno, sez. I, 4 aprile 2014, n. 690.



Questo è lo schema applicativo suggerito dalla formulazione letterale dell'art. 21-*octies*, primo alinea.

Siffatto schema, tuttavia, si rinviene solo in alcune delle pronunce in materia. Così, in via esemplificativa, in un ricorso proposto avverso il provvedimento di annotazione nel casellario informatico di Anac, l'impresa ricorrente aveva contestato l'omesso esame da parte dell'Autorità medesima della memoria presentata nel corso del procedimento di annotazione. Il Tar ha giudicato rilevante, ai fini dell'annullamento del provvedimento, l'accertata violazione della garanzia procedimentale in parola, in quanto, alla luce delle argomentazioni contenute nella memoria procedimentale, *"non è escluso che, valorizzando gli argomenti e le circostanze dedotte dalla Cosmopol e, in particolare, l'inadempimento del corrispettivo da parte del committente EAV, ANAC avrebbe potuto ritenere "non utile" ovvero non giustificata la risoluzione comunicata dall'Ente EAV oppure, altrimenti, sarebbe potuta pervenire ad una annotazione di diverso tenore nella quale si desse anche conto della contrastante posizione della Cosmopol e del contenzioso non ancora definito tra le parti"*<sup>42</sup>.

Analizzando la casistica in materia, infatti, emerge anche uno schema logico-argomentativo differente rispetto a quello sopra indicato, nel quale, cioè, l'inidoneità della violazione procedimentale in esame a condurre all'annullamento del provvedimento non viene motivata sulla base della palese incapacità delle

---

<sup>42</sup> Cfr. Tar Lazio, Roma, sez. III, 10 marzo 2015, n. 3943. In termini, cfr. anche Tar Liguria, Genova, 11 febbraio 2016, n. 140, ove il Collegio ha stabilito che *"Nel caso in esame, la memoria procedimentale datata 6 febbraio 2013 conteneva, tra l'altro, alcune precisazioni di fatto relative all'intervento eseguito sul box il cui ampliamento, secondo la proprietaria, non aveva interessato il lato emergente dal terreno e che, comunque, era stato contornato da "sistemi di inserimento ambientale" atti a garantire il pieno rispetto del vincolo paesaggistico gravante sull'area. Anche in considerazione della modestia dell'incremento volumetrico realizzato nella fattispecie, non poteva essere aprioristicamente esclusa la capacità di tali circostanze di incidere sul provvedimento finale. La formulazione di quest'ultimo atto dimostra, invece, che l'amministrazione non si è soffermata sugli aspetti evidenziati dal privato, poiché il parere della Commissione edilizia che ne costituisce la motivazione per relationem reca una formula di stile ("non contengono elementi che possano portare a diversa valutazione dell'intervento") la quale, nella sua apoditticità, non è idonea a rendere conto dell'effettiva valutazione del contributo partecipativo"*; Tar Lombardia, Milano, sez. II, 04 novembre 2011, n. 2656, ove il Tar ha giudicato che *"è evidente come non siano state esaminate le osservazioni presentate dalla ricorrente, dal momento che negli atti successivi non viene fatto alcun riferimento ai profili (tra l'altro molto precisi) evidenziati dalla società"*.

osservazioni presentate dal privato nel corso del procedimento di incidere sulla determinazione finale dell'amministrazione in senso a lui favorevole, ma sulla infondatezza delle censure sostanziali articolate nel ricorso. Ciò che si intende dire è che, nel confezionare queste sentenze (che costituiscono la maggioranza in materia), il giudice (a differenza che nelle pronunce testé illustrate) non precisa quali sono le osservazioni rassegnate dal privato nel corso del procedimento; pertanto, quando l'inidoneità della violazione procedimentale a condurre all'annullamento del provvedimento è resa palese al giudice dal rigetto di tutti i motivi di diritto dedotti dal ricorrente, (in mancanza di precisazioni sul punto) sembra quasi che il giudice dia per scontata la coincidenza tra il contenuto delle osservazioni procedurali non considerate dall'amministrazione e il contenuto delle doglianze sostanziali prospettate nel ricorso.

Il punto critico è che, qualora tale coincidenza non vi fosse in concreto, verrebbe meno la corretta applicazione dell'art. 21-*octies*, primo alinea, secondo il quale, come detto sopra, l'accertamento giudiziale dell'assenza di alternative decisorie deve derivare dalla palese inidoneità delle *memorie endoprocedimentali* ad incidere sul contenuto dispositivo della determinazione finale e, non, dall'accertata infondatezza delle (eventualmente diverse) censure sostanziali sollevate nel ricorso.

E' opportuno qualche esempio.

Si consideri una controversia concernente il provvedimento sanzionatorio adottato da una Prefetto nei confronti di un istituto di vigilanza per aver impiegato quest'ultimo "*personale privo dei necessari titoli di polizia di guardia particolare giurata*" in violazione dell'art. 138 TULS. Nel ricorso, l'istituto contestava, da una parte, la qualificazione della propria attività come vigilanza ai sensi dell'art. 134 TULS, con conseguente illegittimità della sanzione; dall'altra, l'omessa considerazione delle memorie presentate nel corso del procedimento, il cui contenuto non è esplicitato in sentenza. Il Collegio, dopo aver accertato che l'attività posta in essere dall'istituto fosse effettivamente di vigilanza e che tale attività era stata svolta "*con l'impiego di personale privo dei necessari titoli di polizia di guardia particolare giurata*" in violazione dell'art. 138 TULS, ha sostenuto che tale violazione costituisse ragione sufficiente per applicare la sanzione

pecuniaria prevista dalla disposizione medesima, e che, pertanto, “*non può aver rilievo la violazione dell’art. 10 della l. n. 241/90*” perché, considerata l’assenza di alternative decisorie da parte dell’amministrazione, la valutazione delle osservazioni contenute nelle memorie endoprocedimentali (di cui, si ripete, non è dato conoscere il contenuto)<sup>43</sup> non avrebbe potuto condurre ad un esito differente<sup>44</sup>.

In un’altra fattispecie avente ad oggetto l’annullamento d’ufficio di un certificato di agibilità<sup>45</sup>, il giudice amministrativo ha invece ritenuto che, con riferimento all’omessa considerazione nel provvedimento finale delle osservazioni presentate dal ricorrente ai sensi dell’art. 10, l. n. 241/90, non potesse soccorrere l’applicazione dell’art. 21-*octies*, “*in quanto non risulta agli atti che il provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato*”, dal momento che, da una parte, non essendosi l’amministrazione resistente costituita in giudizio, “*non sono stati allegati in giudizio elementi decisivi comprovanti la legittimità sostanziale del provvedimento di autotutela*”; dall’altra, perché risultano fondate le censure “*dedotte dal ricorrente nel terzo motivo di ricorso*” (si noti, autonomo e diverso rispetto a quello in cui è censurata la violazione dell’art. 10, l. n. 241/90), nelle quali “*sono ravvisabili dei vizi di carattere sostanziale o, quantomeno, dei difetti di motivazione e istruttoria nell’operato del Comune*” che rendono sostanzialmente illegittimo il provvedimento impugnato<sup>46</sup>.

Ciò che si vuole evidenziare è che il giudice amministrativo dovrebbe farsi carico di indicare nella sentenza il contenuto delle memorie procedimentali presentate dal

---

<sup>43</sup> Per maggiore chiarezza e a scanso di equivoci, si precisa che la ragione per la quale non sono illustrate nella sentenza le osservazioni procedimentali del privato non è da imputare alla mancata allegazione da parte di quest’ultimo nel ricorso delle argomentazioni ivi articolate e rimaste inavase, perché altrimenti, si ritiene, il giudice lo avrebbe dichiarato apertamente in sentenza, ma, più semplicemente, ad una mancata precisazione sul punto nella narrazione della sentenza.

<sup>44</sup> Cfr. Tar Sardegna, Cagliari, sez. I, 24 settembre 2014, n. 746.

<sup>45</sup> Si noti l’applicazione del primo alinea dell’art. 21-*octies* nei confronti di un provvedimento di secondo grado, quello di annullamento d’ufficio, espressione di un potere discrezionale e non vincolato. La questione sarà ripresa nel successivo paragrafo 3, ove l’analisi del campo di applicazione della norma sarà condotta anche con riferimento al significato da attribuire alla nozione di “*natura vincolata del provvedimento*”, in connessione con il carattere “*palese*” dell’assenza di alternative decisorie.

<sup>46</sup> Cfr. Tar Campania, Napoli, sez. VIII, 01 settembre 2016, n. 4140.

privato (chiarendo, nel caso, che le osservazioni ivi contenute coincidono con le censure sollevate nel ricorso), perché sono gli elementi contenuti in *quelle memorie* che devono essere esaminati per giudicare l'assenza di alternative decisorie al provvedimento adottato. Un esempio, in tal senso, viene da una sentenza del Tar Venezia, ove il Collegio ha esplicitato che, "*coincidendo le osservazioni con i motivi dedotti nel ricorso, le stesse sono tali, all'esito del giudizio, da non potersi ritenere determinanti ex art. 21-octies l. 241/90 sulla legittimità dei provvedimenti impugnati*"<sup>47</sup>. Solo in questo modo, dalla lettura della sentenza, emerge con chiarezza la corretta applicazione dell'art. 21-octies, primo alinea, alla violazione in esame.

*b) Violazione dell'obbligo di motivazione di cui all'art. 10-bis, l. n. 241/90.*

Anche con riferimento all'omessa enunciazione, nel provvedimento finale, delle ragioni del mancato accoglimento delle osservazioni rese dal soggetto interessato a seguito del preavviso di rigetto *ex art. 10-bis, l. 241/90*<sup>48</sup>, si riscontrano pronunce con profili applicativi simili a quelli sopra illustrati.

In primo luogo, si coglie un atteggiamento pretorio volto a giustificare l'assenza di una "*puntuale confutazione analitica nella motivazione delle argomentazioni svolte dalla parte privata*", ritenendo a tal fine sufficiente "*una motivazione complessivamente e logicamente resa a sostegno dell'atto stesso, alla luce delle risultanze acquisite*"<sup>49</sup>.

In secondo luogo, lo schema argomentativo che si riscontra nella casistica esaminata è, ancora una volta, il seguente: il giudice, accertata la natura vincolata del provvedimento e la legittimità sostanziale dell'operato dell'amministrazione alla luce dell'infondatezza delle censure sostanziali sollevate dal ricorrente, ne fa discendere, automaticamente, l'irrilevanza, ai fini dell'annullamento, della mancata valutazione da parte dell'amministrazione delle controdeduzioni del privato al preavviso di rigetto. Automaticamente, si è detto, perché il giudice non chiarisce in

---

<sup>47</sup> Cfr. Tar Veneto, Venezia, sez. III, 30 ottobre 2008, n. 3382.

<sup>48</sup> Si precisa che, ai sensi dell'art. 10-bis, ultimo periodo, "*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*".

<sup>49</sup> Cfr. Tar Sardegna, Cagliari, sez. I, 16 gennaio 2017, n. 12.

sentenza né quali sono le osservazioni al preavviso di rigetto presentate dal privato, né se tali osservazioni coincidano o meno con doglianze sostanziali prospettate dal ricorrente, la cui infondatezza ha reso palese al giudice la legittimità sostanziale del provvedimento. Il giudizio di causalità ha ad oggetto la violazione dell'obbligo di esame *ex art. 10-bis* e, quindi, deve riguardare l'esame della rilevanza del contributo partecipativo non valutato sul contenuto dispositivo del provvedimento. Che poi, statisticamente, sia alta la probabilità che il contenuto delle osservazioni al preavviso di rigetto confluisca in autonome censure del ricorso, ciò non dovrebbe esimere il giudice dal verificarlo caso per caso, ove ritenga di applicare il primo alinea dell'art. 21-*octies*.

Esprime chiaramente tale approccio una recente sentenza del Tar Cagliari, ove il Collegio ha ritenuto che fosse priva di pregio la censura del ricorrente relativa alla violazione dell'art. 10-*bis* per la mancata valutazione delle osservazioni presentate (il cui contenuto non è illustrato in sentenza), in quanto, dopo aver rigettato tutte le censure sostanziali articolate dal ricorrente (violazione di un regolamento, difetto di istruttoria, etc.), *“la determinazione assunta dall'amministrazione comunale discende dalla piana applicazione delle disposizioni regolamentari, di inequivoca portata, rispetto alle quali non può che trovare applicazione il principio di conservazione degli atti amministrativi di cui all'art. 21-*octies* della legge n. 241/1990, pacificamente applicabile alle questioni concernenti l'art. 10-bis”*<sup>50</sup>.

Il giudice, anche nella fattispecie di violazione in esame, dovrebbe farsi carico di esplicitare in sentenza il contenuto delle osservazioni non considerate dall'amministrazione, senza dare per scontato che tali osservazioni siano state pedissequamente convogliate negli autonomi vizi sostanziali dedotti nel ricorso (circostanza, quest'ultima, statisticamente elevata nella prassi).

Un esempio apprezzabile sotto questo profilo si rinviene in un numero ristretto di sentenze, nelle quali il giudice esamina espressamente le osservazioni e i

---

<sup>50</sup> Cfr. Tar Sardegna, Cagliari, sez. II, 31 maggio 2016, n. 475. In termini, Tar Sardegna, Cagliari, sez. II, 05 luglio 2016, n. 565 (diniego di autorizzazione a costruire in zona sottoposta a vincolo idrogeologico); Cons. Stato, sez. VI, 10 dicembre 2015, n. 5622.

documenti presentati dal privato nel corso del procedimento per accertare la loro idoneità o meno a condurre ad un diverso esito procedimentale<sup>51</sup>.

*c) Violazione del c.d. preavviso di rigetto ex art. 10-bis, l. n. 241/90*

Procedendo con l'esame della casistica giurisprudenziale in materia di omessa comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza *ex art. 10-bis, l. n. 241/90*<sup>52</sup>, occorre innanzitutto precisare che, secondo un orientamento giurisprudenziale dominante, *"la violazione dell'art. 10-bis della l. 7 agosto 1990, n. 241 non produce ex se l'illegittimità del provvedimento finale"*, dovendo il giudice *"valutare la rilevanza o meno della violazione in esame ai fini dell'annullabilità del provvedimento impugnato soltanto qualora si tratti di un provvedimento a contenuto vincolato"*<sup>53</sup>. Secondo un orientamento maggioritario, quindi, la violazione del c.d. preavviso di rigetto rientra nell'ambito di applicazione del primo alinea dell'art. 21-*octies*<sup>54</sup>.

Secondo, invece, un orientamento minoritario, sussisterebbe la possibilità di estendere l'applicazione dell'art. 21-*octies*, secondo alinea (che si riferisce,

---

<sup>51</sup> V. Tar Campania, Napoli, 06 giugno 2017, n. 2952 (rigetto dell'istanza di accertamento di conformità), nella quale il giudice, dopo aver rigettato tutte le censure sostanziali sollevate dal ricorrente, ha proceduto con l'esame osservazioni presentate in risposta al preavviso di rigetto, nelle quali l'istante aveva mostrato la *"disponibilità ad apportare modifiche sostanziali al progetto"* e, alla luce degli atti di causa, ha ritenuto che tali modifiche non sarebbero state comunque idonee a *"comportare un diverso esito procedimentale"*; Tar Puglia, Bari, sez. III, 14 gennaio 2016, n. 35, nella quale si prendono espressamente in considerazione le osservazioni presentate dal ricorrente nella memoria procedimentale non esaminata dall'amministrazione, ritenute tuttavia incapaci di scalfire la legittimità sostanziale del permesso a costruire rilasciato dal Comune. V. anche Tar Campania, Salerno, sez. II, 17 febbraio 2011, n. 253, ove il Collegio ha precisato che l'accoglimento della censura relativa alla violazione dell'art. 10-*bis* è subordinata all'accertamento che le argomentazioni svolte dal privato abbiano *"una incidenza causale sul provvedimento finale"*.

<sup>52</sup> Come precisato nella precedente nota 45, le disposizioni relative all'obbligo di preavviso di rigetto non trova applicazione con riferimento *"alle procedure concorsuali e ai procedimenti in materia previdenziale e assistenziale sorti a seguito di istanza di parte e gestiti dagli enti previdenziali"*.

<sup>53</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 17 dicembre 2013, n. 6042.

<sup>54</sup> Cfr., *ex multis*, Tar Calabria, Catanzaro, sez. II, 19 gennaio 2017, n. 76; Tar Piemonte, Torino, sez. I, 12 agosto 2016, n. 1111; Tar Piemonte, Torino, 17 luglio 2015, n. 4564; Tar Lazio, Roma, sez. II, 2 marzo 2015, n. 3442; Tar Veneto, Venezia, sez. III, 21 maggio 2015, n. 551; Cons. Stato, sez. IV, 25 settembre 2014, n. 4809; Tar Molise, Campobasso, sez. I, 15 febbraio 2013, n. 162; Tar Toscana, Firenze, sez. III, 02 marzo 2011, n. 416; Tar Puglia, Bari, sez. II, 14 gennaio 2010, n. 53; Cons. Stato, sez. VI, 2 febbraio 2009, n. 552; Tar Veneto, Venezia, sez. II, 14 novembre 2008, n. 3550.

testualmente, alla sola comunicazione di avvio del procedimento) anche all'ipotesi di omessa comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza di cui all'art. 10-bis<sup>55</sup>. Al riguardo, l'orientamento in parola, professando la sussistenza di un'identità di *ratio* tra i due istituti - finalizzati entrambi ad assicurare la partecipazione del privato al procedimento amministrativo - tende a considerare che sarebbe poco logico che la violazione di una comunicazione interna (come è quella dell'art. 10-bis) sia "sanzionata" più gravemente della violazione del contraddittorio procedimentale ai sensi dell'art. 7, l. n. 241/90<sup>56</sup>. La maggiore

---

<sup>55</sup> Cfr. in tal senso Cons. Stato, sez. IV, 28 giugno 2016, n. 2924, "*l'articolo 10-bis della legge 7 agosto 1990, n. 241, deve essere valutato dal Giudice avendo riguardo al successivo articolo 21-octies relativo alla non annullabilità degli atti per omessa comunicazione di avvio - cui è da assimilare, il mancato preavviso di rigetto -*"; Tar Lazio, Roma, sez. II, 02 dicembre 2016, n. 12067: "*Nel caso di specie tale comunicazione non è stata effettuata, né si può fare applicazione nel caso di specie della disciplina dell'art. 21-octies. L'Amministrazione, non ha, infatti, dedotto alcuna circostanza che potrebbe rilevare ai sensi della seconda parte del secondo comma dell'art. 21-octies, dimostrando in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato*". In termini, v. anche Cons. Stato, sez. IV, 27 settembre 2016, n. 3948; Tar Campania, Napoli, sez. VI, 30 giugno 2015, n. 3456; Tar Lazio, Roma, sez. II, 04 maggio 2015, n. 6337.

<sup>56</sup> Si ritiene, infatti, che "*la finalità cui tendono gli articoli 7 e 10-bis della l. 241/90 è identica: garantire la partecipazione del privato, in forme diverse, tenendo conto della diversa struttura dei procedimenti ad iniziativa di parte rispetto a quelli iniziati d'ufficio*": Tar Molise, Campobasso, sez. I, 15 febbraio 2013, n. 162. In termini si vedano, tra le più recenti: Cons. Stato, sez. III, 01 agosto 2014, n. 4127; Tar Lombardia, Milano, sez. I, 09 giugno 2014, n. 1499; Tar Calabria, Catanzaro, sez. I, 07 giugno 2012, n. 549; Tar Lazio, Roma, sez. I-quater, 18 gennaio 2011, n. 375; Tar Campania, Napoli, sez. IV, 28 dicembre 2009, n. 9603. Mostrano di aderire a tale orientamento, M. LIPARI, *L'amministrazione in fuorigioco attivo: le violazioni procedurali e formali "non invalidanti" dal processo al provvedimento*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 53-54; F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2007, 1050, secondo il quale la non espressa menzione della violazione dell'art. 10-bis nel primo alinea dell'art. 21-octies sarebbe frutto di una "*mera mancanza di coordinamento*"; P. LAZZARA, *Contributo al dibattito sui vizi di forma e di procedimento di cui all'art. 21-octies, l. n. 241/90*, in *Foro amm., CDS*, 2009, 197 ss., che definisce "tecnicamente inevitabile" l'applicazione del secondo alinea dell'art. 21-octies anche all'ipotesi di omessa comunicazione del c.d. preavviso di rigetto. In termini, più di recente, si esprime R. GIOVAGNOLI, *I vizi formali e procedurali, commento all'art. 21-octies*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2016, 1141 ss.; C. MICHELOTTI, *I vizi formali in base all'art. 21-octies della legge 241/1990*, in *Dir. e proc. amm.*, 2014, 187 ss.; M.A. SANDULLI, *La riforma della legge sul procedimento amministrativo tra novità vere e apparenti*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it).

*Contra*, P. PROVENZANO, *I vizi nella forma e nel procedimento. Fra diritto interno e diritto dell'Unione europea*, Milano, 2015, 199, secondo il quale il preavviso di rigetto, diversamente dalla comunicazione di avvio del procedimento, mira a favorire ove possibile una soluzione consensuale del procedimento, aderendo alle tesi sostenute sul punto da G. GRECO, *Il rapporto amministrativo e le vicende della posizione del cittadino*, in

gravità della “sanzione” si rinviene nella circostanza che, nel caso di omessa comunicazione di avvio del provvedimento, come vedremo, la violazione potrebbe non condurre all’annullamento del provvedimento impugnato indipendentemente dalla natura vincolata o discrezionale di quest’ultimo. Al contrario, facendo rientrare l’omissione del c.d. preavviso di rigetto nel campo di applicazione del primo alinea dell’art. 21-*octies*, la suddetta violazione sarebbe sempre rilevante nell’ambito del sindacato di legittimità di un provvedimento discrezionale, mentre sarebbe soggetta al “test di causalità” nelle residuali fattispecie di provvedimento vincolato.

Sulla base delle sopra esposte ragioni è stato ritenuto “ragionevole”<sup>57</sup> che il secondo alinea dell’art. 21-*octies*, nonostante la sua chiara portata letterale, trovi applicazione anche nelle ipotesi di omessa comunicazione del c.d. preavviso di rigetto.

Va in ultimo precisato che si registrano anche alcune pronunce che tendono ad applicare ora l’uno ora l’altro alinea dell’art. 21-*octies* a seconda della natura vincolata o discrezionale del provvedimento impugnato<sup>58</sup>.

La ricostruzione del percorso svolto dalla giurisprudenza e dalla dottrina con riferimento alla riconducibilità o meno della violazione del preavviso di rigetto nell’orbita dell’art. 21-*octies*, primo o secondo alinea<sup>59</sup>, mostra, sotto diverse

---

*Dir. amm.*, 2014, 613, e P. AMOVILLI, *La comunicazione dei motivi ostativi all’accoglimento dell’istanza (art. 10-bis, l. 241/90) tra partecipazione, deflazione del contenzioso e nuovi modelli di contraddittorio ad “armi pari”*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>57</sup> Così Tar Puglia, Lecce, sez. II, 05 dicembre 2005, n. 5633.

<sup>58</sup> Cfr. Tar Lazio, Roma, sez. III, 24 novembre 2015, n. 13258: “L’omessa comunicazione dei motivi ostativi all’accoglimento della domanda, in violazione della regola fissata dall’art. 10 bis della l. 7 agosto 1990 n. 241, non è causa di annullamento del provvedimento, ai sensi dell’art. 21-*octies* della stessa legge, nei casi in cui il contenuto del provvedimento non sarebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato, sia perché vincolato, sia perché, sebbene discrezionale, sia raggiunta la prova della sua concreta e sostanziale non modificabilità”; Tar Sicilia, Catania, sez. II, 20 gennaio 2017, n. 121; Cons. Stato, sez. III, 24 giugno 2016, n. 2819; Cons. Stato, sez. III, 28 settembre 2015, n. 4532; Tar Basilicata, Potenza, sez. I, 21 giugno 2014, n. 398; Cons. Stato, sez. III, 11 luglio 2014, n. 3586 che annulla la sentenza del Tar Liguria, Genova, sez. II, 128/2008 che aveva ritenuto non applicabile l’art. 21-*octies* al caso di specie (violazione dell’art. 10 bis nell’ambito di un procedimento per il rinnovo del permesso di soggiorno), involgendo valutazioni discrezionali; Cons. Stato, sez. IV, 06 dicembre 2013, n. 5818.

<sup>59</sup> Il tentativo si rinviene, ad esempio, in D. SORACE, *Il diritto delle pubbliche amministrazioni*, Bologna, 2005, il quale arriva persino a sostenere la tesi



prospettive, le numerose incongruenze che possono derivare dalla mancata condivisione o incomprensione delle ragioni sottese alle scelte compiute dal legislatore (differenziazione tra garanzie procedurali), che spinge l'interprete a cercare autonome considerazioni applicative, pur davanti, come nel caso di specie, ad una norma limpida, che chiaramente circoscrive il secondo alinea all'omessa comunicazione di avvio di procedimento.

Ora, anche ove si volesse trascurare il chiaro tenore letterale e tentare una lettura analogica del secondo alinea dell'art. 21-*octies* – escludendo, quindi, l'ipotesi da taluni avanzata di norma eccezionale<sup>60</sup> -, a chi scrive appare debole il giudizio di equivalenza sotteso al ragionamento analogico, giacché, sebbene gli artt. 7 e 10-*bis*, l. n. 241/90 contengano disposizioni dedicate alla partecipazione procedimentale, esse riguardano fasi diverse del procedimento amministrativo e perseguono obiettivi non del tutto equivalenti, risultando altrimenti l'una il doppio dell'altra<sup>61</sup>. La comunicazione di avvio del procedimento ha una funzione squisitamente collaborativa/difensiva, il preavviso di rigetto ha *anche* finalità spiccatamente deflative del contenzioso. La violazione della prima preclude, in linea di principio, ogni forma di contraddittorio procedimentale, escludendo di fatto il privato dalla conoscenza dell'avvio del procedimento; la violazione del

---

dell'inapplicabilità *tout court* dell'art. 21-*octies* al preavviso di rigetto: “*sebbene si tratti di una norma procedimentale essa riguarda una particolare e nuova garanzia procedimentale per le ipotesi di insoddisfazione degli interessati, dunque una fattispecie specifica che avrebbe dovuto essere richiamata espressamente perché parrebbe altrimenti contraddittorio che il legislatore l'abbia prevista per poi attenuarne la portata facendola rientrare nella disposizione generale in parola*”.

<sup>60</sup> Cfr. G. CARLOTTI, *La partecipazione procedimentale: Feliciano Benvenuti e la riforma della legge n. 241 del 1990*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 24, secondo il quale “*sulla fattispecie di cui all'art. 10-bis sicuramente non può applicarsi il secondo periodo del comma 2 dell'art. 21-*octies* (che è norma eccezionale, riferita tassativamente alla sola comunicazione di avvio)*”; G. CHINÈ, *L'art. 21-*octies*, comma 2, l. n. 241/1990 nel diritto vivente*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), ove si osserva che l'applicazione analogica della norma in esame è da escludersi, sia in virtù dell'art. 14 Preleggi, facendo leva sulla ritenuta natura eccezionale del secondo alinea dell'art. 21-*octies*, sia “*in un'ottica costituzionalmente orientata (...) al fine di non mortificare oltre modo la possibilità di reazione del privato nei confronti dell'amministrazione*”. A tale ultima considerazione giunge anche D. SORACE, *Il principio di legalità e i vizi formali dell'atto amministrativo*, in *Dir. pubblico*, 2007, 356

<sup>61</sup> Cfr., in tal senso, *supra*, nota 53. Interessante la pronuncia del Tar Puglia, Bari, sez. II, 14 gennaio 2010, n. 53, nella quale si giunge addirittura ad evidenziare che la totale assimilazione delle due diverse comunicazioni procedurali renderebbe dubbia la legittimità costituzionale dell'art. 10-*bis* “*sotto il profilo di ragionevolezza e di buon andamento (art. 3 e 97 Cost.)*”.

secondo preclude l'ultimo tassello del contraddittorio procedimentale, ove vi sia stata comunicazione di avvio del procedimento, e impedisce di recuperare *in extremis* l'asimmetria informativa determinata dall'eventuale omessa osservazione da parte dell'amministrazione delle memorie procedurali presentate in fase istruttoria oppure di chiarire elementi nuovi e diversi.

Mi sembrano, pertanto, più convincenti quelle pronunce che negano recisamente l'estensione del secondo alinea dell'art. 21-*octies*, specificamente dedicata all'omessa comunicazione di avvio, all'ipotesi di omesso preavviso di rigetto.

La questione viene traghettata su versanti diversi rispetto a quelli appena affrontati ove si neghi *tout court* l'applicabilità dell'art. 21-*octies*, primo e secondo alinea, al preavviso di rigetto, in quanto strumento atto a favorire una soluzione, ove possibile, negoziata e a contribuire alla deflazione del contenzioso: sotto questo profilo, cioè, non si tratterebbe di ammettere la non annullabilità di un provvedimento affetto da violazioni formali ma sostanzialmente legittimo, bensì di eludere uno strumento voluto, anche e soprattutto, per prevenire un contenzioso giudiziario e favorire la formazioni di accordi *ex art. 11, l. n. 241/90*<sup>62</sup>.

Una siffatta prospettazione, tuttavia, non convince perché cerca di sfuggire dalla lettera dell'art. 21-*octies*, primo alinea. Come si dirà anche per il difetto di motivazione, se la qualificazione di una norma, come formale o sostanziale, fosse sempre agganciata alla funzione propria della garanzia procedimentale, si concluderebbe sempre, ed inevitabilmente, per la sua natura sostanziale.

Che una ricostruzione di questo tipo dell'art. 10-*bis* sia fallace e capace di portare a conclusioni contraddittorie, si evince agevolmente dal raffronto tra l'ipotesi di violazione dell'obbligo del preavviso di rigetto e quella di omessa valutazione delle osservazioni del privato al preavviso di rigetto. In quest'ultima ipotesi, l'obbligo di

---

<sup>62</sup> Così, P. AMOVILLI, *La comunicazione di preavviso di rigetto*, cit., 40, che, sotto questo profilo, definisce il preavviso di rigetto "una nuova forma di contraddittorio di diretto rilievo costituzionale". In termini, P. PROVENZANO, *I vizi nella forma e nel procedimento*, cit. 198, secondo il quale, peraltro, l'applicabilità dell'art. 21-*octies* alla violazione del preavviso di rigetto presuppone che l'amministrazione debba raggiungere una prova (quella dell'impossibilità di giungere ad una soluzione condivisa del procedimento) che si appalesa, secondo l'Autore, quasi impossibile da raggiungere; R. RALLO, *Comunicazione dei motivi ostativi ex art. 10-bis L. 241/90 e partecipazione post-decisionale: dal contraddittorio oppositivo al dialogo sul possibile*, in F. LIGUORI (a cura di), *Studi sul procedimento e sul provvedimento amministrativo nelle riforme del 2005*, Bologna, 2007, 58-59.

preavviso di rigetto è stato formalmente rispettato ma sostanzialmente violato nella sua funzione difensiva/deflattiva del contenzioso. Eppure, come si è visto sopra, né la giurisprudenza né la dottrina hanno mai pensato di escludere la violazione dell'obbligo di motivazione *ex art. 10-bis* dal campo di applicazione dell'*art. 21-octies*.

Occorre dunque ricomporre la questione entro i confini dell'*art. 21-octies* e concludere per l'applicabilità del primo alinea al preavviso di rigetto in quanto "*norma sul procedimento*". Non per questo vengono meno le garanzie difensive del privato, perché ove venga accertato in giudizio che l'omesso preavviso di rigetto abbia in concreto impedito al privato di rilevare circostanze ed elementi che, se dedotti nel procedimento, avrebbero potuto indurre l'amministrazione a recedere dall'emanazione del provvedimento adottato, il giudice non potrà fare altro che annullare il provvedimento e l'amministrazione dovrà nuovamente pronunciarsi sulla questione, questa volta assicurando il rispetto delle garanzie del contraddittorio.

Sembrano venire meno anche le resistenze sopra esposte a difesa della funzione del preavviso di rigetto come strumento per condurre ad una soluzione condivisa del procedimento. Infatti, se al giudice emerge in modo "palese" l'assenza di alternative decisorie al diniego adottato, in ragione della sussistenza dei presupposti di fatto e in diritto richiesti dalla normativa di riferimento, deve ritenersi esclusa anche la possibilità che le parti avrebbero potuto addivenire ad un accordo *ex art. 11, l. n. 241/90*.

Procedendo ora con l'esame delle pronunce che fanno rientrare l'omessa comunicazione del c.d. preavviso di rigetto nell'ambito del primo alinea dell'*art. 21-octies*, si riscontra un unico schema applicativo, rispetto al quale non emergono i profili problematici sopra esaminati quando ci siamo occupati del vizio di omessa valutazione delle memorie endoprocedimentali e delle osservazioni *ex art. 10-bis, l. n. 241/90*.

Nella casistica esaminata, infatti, è emerso un comune "*modus operandi*" nello svolgimento del giudizio di causalità: il sindacato del giudice si estende sull'intera attività amministrativa, cosicché la censura di violazione del preavviso di rigetto perde "autonoma rilevanza" dentro la più ampia cognizione della fattispecie

controversa: il giudizio si concentra sulla sussistenza dei presupposti di fatto e di diritto della decisione, tenuto conto delle argomentazioni difensionali delle parti e delle risultanze istruttorie procedurali, che consentono al giudice una piena ricostruzione, in fatto e in diritto, della vicenda contestata. L'inidoneità della violazione procedimentale a condurre ad un contenuto dispositivo differente è resa palese dall'accertata legittimità sostanziale della decisione.

Così, ad esempio, nel caso di diniego di permesso di soggiorno, di permesso a costruire o di condono, l'accertata assenza dei presupposti richiesti dalla legge per il rilascio dei provvedimenti in parola, rende privo di alternative il contenuto di rigetto dell'istanza presentata dal privato e ininfluenza qualsiasi apporto partecipativo sull'epilogo del procedimento<sup>63</sup>. Nel caso di annullamento d'ufficio di

---

<sup>63</sup> Cfr., con riferimento alle fattispecie di diniego di permesso di soggiorno, Cons. Stato, sez. III, 29 settembre 2015, n. 4532, ove si legge che *“L'istituto del cd. preavviso di rigetto, di cui all'art. 10-bis citato, ha lo scopo di far conoscere alle amministrazioni le ragioni fattuali e giuridiche dell'interessato che potrebbero contribuire a far assumere agli organi competenti una diversa determinazione finale, derivante dalla ponderazione di tutti gli interessi in campo e determinando una possibile riduzione del contenzioso fra le parti; tuttavia, tale scopo viene meno ed è di per sé inidoneo a giustificare l'annullamento del provvedimento nei casi in cui il suo contenuto non sarebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato, sia perché vincolato, sia perché sebbene discrezionale sia raggiunta la prova della sua concreta e sostanziale non modificabilità”*. In termini, v. Tar Toscana, Firenze, sez. II, 19 gennaio 2011, n. 108. Con riferimento alle fattispecie di diniego di permesso a costruire, cfr. Tar Campania, Napoli, sez. VII, 21 settembre 2016, n. 4358, ove il Collegio ha stabilito che *“Trattandosi di provvedimento a contenuto vincolato - in quanto il rigetto discende direttamente dalla mancata conformità del progetto alle norme vigenti - non ha rilevanza l'omessa comunicazione del preavviso di rigetto ex art. 10 bis L. 241/1990 in quanto ai sensi dell'art. 21-octies L. 241/1990 il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso”*. V., in termini, Cons. Stato, sez. IV, 16 giugno 2017, 2953; Cons. Stato, sez. IV, 3 marzo 2017, n. 1001. Con riferimento alle fattispecie di rigetto della richiesta di condono edilizio, Cons. Stato, sez. VI, 18 settembre 2015, n. 4360 ove il Collegio, dopo aver rigettato le censure sostanziali sollevate dal ricorrente, afferma che *“Non appare rilevante quindi, a differenza di quanto sostenuto nel primo motivo di gravame, l'omessa comunicazione di preavviso di diniego, in quanto la preesistenza di una cabina balneare smontabile, a suo tempo assentita (e, comunque, unica tipologia di manufatto di cui era ammessa la presenza sul territorio, quanto meno dal 1966) non giustificava in alcun modo la sanabilità dell'edificio ad uso abitativo, la cui realizzazione era preclusa dalla normativa urbanistica, vigente dalla data sopra indicata”*. Il medesimo iter argomentativo è seguito da Tar Campania, Napoli, sez. VIII, 27 marzo 2017, n. 1645; Tar Campania, Napoli, sez. III, 15 maggio 2017, n. 2617; Tar Campania, Napoli, sez. III, 01 dicembre 2016, n. 5555; Tar Sardegna, Cagliari, sez. II, 05 luglio 2016, n. 565; Tar Piemonte, Torino, sez. I, 12 agosto 2016, n. 1111; Tar Campania, Napoli, sez. III, 17 settembre 2015, n. 4564; Tar Basilicata, Potenza, sez. I, 26 gennaio 2012, n. 36. Per quanto riguarda il caso di diniego di licenza all'esercizio dell'attività di intermediazione telematica nella raccolta di scommesse, v. Tar Emilia-Romagna, Parma, sez. I, 16 aprile 2014, n. 97, ove l'irrilevanza dell'omessa

un'aggiudicazione per aver l'amministrazione riscontrato una situazione di collegamento sostanziale tra l'impresa aggiudicataria e un altro partecipante in violazione del divieto disposto dall'art. 38, comma 1, lett. m)-*quater*, d.lgs. 163/2006, il giudice, accertata l'esistenza in concreto delle alterazioni nella competizione, segnalate dall'amministrazione resistente, a causa di siffatta situazione di collegamento ha ritenuto che il provvedimento gravato non avrebbe potuto esibire un contenuto differente, con conseguente ininfluenza sull'esito procedimentale della violazione del preavviso di rigetto, lamentata dal ricorrente in un apposito motivo di ricorso<sup>64</sup>.

L'apporto partecipativo pretermesso del privato viene invece ritenuto idoneo a condurre all'annullamento del provvedimento quando, alla luce dei presupposti di fatto che hanno condotto l'amministrazione a rigettare l'istanza, il giudice accerta che gli elementi dedotti dal ricorrente in giudizio nei motivi di ricorso, ove esposti nel procedimento, avrebbero potuto incidere sulla determinazione finale<sup>65</sup>.

---

comunicazione del preavviso di rigetto è fatta discendere dalla circostanza *“che, come si argomenterà in sede di scrutinio dei successivi capi di impugnazione, l'impugnato diniego si rendesse necessario in ragione del difetto in capo al richiedente dei necessari requisiti, comporta il superamento della dedotta omissione del preavviso di rigetto ex art. 10 bis della L. n. 241/1990 trovando applicazione, nel caso di specie, l'art. 21-octies della medesima fonte normativa posto che, trattandosi di attività doverosa e vincolata, il contenuto dell'atto non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto stabilito”*.

<sup>64</sup> Cfr. Tar Lazio, Latina, sez. I, 09 ottobre 2013, n. 740.

<sup>65</sup> Si veda, in via esemplificativa, Cons. Stato, sez. III, 01 agosto 2014, n. 4127 (diniego permesso di soggiorno), ove il Collegio valorizza la circostanza *“che il provvedimento finale avrebbe potuto avere un esito diverso qualora il ricorrente fosse stato messo in condizione di allegare tutte le circostanze relative alla sua condizione personale, alla presenza in Italia di tutti i suoi affetti, avendo fatto ingresso nel nostro Paese per ricongiungimento alla famiglia all'età di cinque anni, senza più rientrare nel paese di origine; elementi questi che avrebbero potuto incidere sulla decisione di diniego, tenuto conto, da ultimo, della pronuncia della Corte Costituzionale a tutela dello straniero che abbia legami familiari nel territorio dello Stato (sentenza n. 202 del 3.7.2013)”*. Si segnala che talvolta il giudice amministrativo riconosce al preavviso di rigetto la funzione di consentire al privato l'allegazione di documenti o elementi mancanti, decisivi per ottenere un esito favorevole: così Tar Campania, Salerno, sez. I, 18 dicembre 2015, n. 2667 ove, a fronte del diniego di autorizzazione per la realizzazione di una stazione radio base per carenza della documentazione allegata, il Collegio ha ritenuto *“fondata la censura intesa a lamentare la mancata attuazione dell'adempimento partecipativo di cui all'art. 10-bis l. n. 241/1990, dal momento che la preventiva comunicazione dei suddetti asseriti motivi o stativi avrebbe consentito alla parte richiedente il titolo abilitativo di procedere alla integrazione della pratica con i documenti e degli elementi mancanti”*.

Si noti che, nella violazione in esame, le doglianze e gli elementi che il privato avrebbe potuto esporre, interloquendo nel procedimento, confluiscono nel processo sotto forma di censure sostanziali, volte a scalfire la legittimità del provvedimento impugnato. Il giudice, poi, esaminando le censure sostanziali e ritenendole infondate, contestualmente accerta l'assenza di alternative decisorie e, quindi, l'irrilevanza causale, ai sensi dell'art. 21-*octies*, primo alinea, dell'omesso preavviso di rigetto<sup>66</sup>. Ciò perché, nella violazione in parola, l'apporto partecipativo del privato è proprio mancato e non avrebbe alcun senso distinguere tra quello che il ricorrente avrebbe potuto dire nel procedimento e quello che in concreto dice nel processo.

Ecco perché si diceva in apertura che, con riferimento alla violazione in esame, non sorge il problema emerso quando ci siamo occupati dell'omessa valutazione delle memorie endoprocedimentali e delle osservazioni *ex art. 10-bis*, l. n. 241/90, di distinguere tra ragioni fattuali e/o giuridiche esposte nel contributo partecipativo non esaminato dall'amministrazione – rispetto alle quali soltanto si ritiene debba trovare applicazione il giudizio di causalità *ex art. 21-*octies** - e censure sostanziali sollevate nel ricorso, nel caso in cui non vi sia corrispondenza di contenuti.

*d) Omessa acquisizione di pareri*

L'ultimo ordine di casi che occorre analizzare riguarda quelli preannunciati sopra nel punto *sub d)*, dove si è detto che anche le disposizioni che disciplinano l'acquisizione nel corso del procedimento amministrativo di pareri sono suscettibili di rientrare nel novero delle "*norme sul procedimento*", la cui violazione potrebbe non comportare l'annullamento del provvedimento ai sensi del primo alinea dell'art. 21-*octies*.

Dalla lettura delle pronunce in materia emergono diverse fattispecie rilevanti ai fini del presente lavoro.

Si riscontra un primo numero di casi nei quali la normativa di riferimento impone all'amministrazione procedente di richiedere e acquisire pareri prima dell'adozione del provvedimento finale, il cui contenuto tuttavia non è vincolante

---

<sup>66</sup> Più precisamente, o le censure sostanziali sono fondate e allora quella procedurale è assorbita, oppure le censure sostanziali sono infondate e identico è il destino di quella procedurale, salvo che non tutti i fatti allegati in giudizio siano costitutivi dei motivi di diritto sostanziale.

per l'amministrazione medesima. Più precisamente, la casistica emersa riguarda pareri che devono essere rilasciati da amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistica e territoriale<sup>67</sup>, e che l'amministrazione procedente ha *tout court* oMESSO di richiedere.

In tali fattispecie si riscontrano pronunce nelle quali il giudice amministrativo, a fronte dell'accertata omessa richiesta del prescritto parere obbligatorio, ha ritenuto di non annullare il provvedimento impugnato, in quanto, in ragione della sua natura vincolata, anche qualora fosse stato richiesto ed acquisito il parere, il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato<sup>68</sup>. Così, ad esempio, a fronte di un provvedimento di rigetto dell'istanza di delocalizzazione di un programma edilizio, non preceduto dalla richiesta del parere della Commissione edilizia comunale, il giudice ha stabilito che *"La natura vincolata [del diniego], derivante dalla tassatività della norma che ne conforma il contenuto, impone infatti di fare applicazione della regola processuale di cui all'art. 21-octies, comma 2, 1 alinea"*.

Si assiste, evidentemente, ad un processo di ridimensionamento dell'utilità dei pareri obbligatori in materia ambientale, paesaggistica e territoriale, in ragione dell'accertata assenza di alternative decisorie, conseguendo l'adozione del provvedimento alla verifica della sussistenza dei presupposti previsti dalla normativa di riferimento<sup>69 70</sup>. Sorge, allora, *de iure condendo*, la seguente domanda:

---

<sup>67</sup> Si tratta, cioè, di pareri rispetto ai quali non trova applicazione l'art. 16, comma 2, l. n. 241/90, che consente all'amministrazione di procedere anche in assenza del parere qualora siano decorsi venti giorni dal ricevimento della richiesta senza che sia stato comunicato alcun parere.

<sup>68</sup> Cfr. Tar Liguria, Genova, sez. I, 26 febbraio 2014, n. 360 (diniego di condono edilizio – omessa richiesta del parere della commissione edilizia): *"l'omissione è sanabile allorché, come nel caso di specie, in cui è pacifica la creazione di volume, sia palese che il contenuto dispositivo [del provvedimento di diniego] non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato"*. In termini, Tar Liguria, Genova, sez. I, 28 maggio 2014, n. 806 (ingiunzione di demolizione di manufatto abusivo – omissione del preventivo parere obbligatorio della commissione locale per il paesaggio); Tar Campania, Salerno, sez. II, 21 ottobre 2005, n. 1967 (rigetto dell'istanza di delocalizzazione di un programma edilizio – omessa acquisizione del parere della Commissione edilizia comunale): *"La natura vincolata del diniego, derivante dalla tassatività della norma che ne conforma il contenuto, impone infatti di fare applicazione della regola processuale di cui all'art. 21-octies, comma 2, primo alinea"*.

<sup>69</sup> In una fattispecie nella quale l'amministrazione competente aveva proceduto con la pubblicazione di un bando per la fornitura di prodotti farmaceutici senza la preventiva

che senso ha la previsione di pareri obbligatori (e ad acquisizione imprescindibile) nell'ambito di procedimenti di esercizio di poteri interamente vincolati dalla legge? Questo *trend* potrebbe essere destinato a venire meno dopo la sentenza dell'Adunanza plenaria n. 5/2015, i cui contenuti saranno meglio esposti nel successivo paragrafo 2.4. Il trattamento processuale che ivi sarà prospettato con riferimento al difetto di competenza valgono anche per la violazione delle norme che impongono la richiesta di pareri da altre Autorità, essendo le due fattispecie "assimilate" sul versante processuale dalla stessa Plenaria.

Una fattispecie diversa rispetto a quella appena esaminata si rinviene in talune pronunce che desumono dalla previsione dell'art. 21-*octies*, primo alinea, "un principio generale che esclude la portata invalidante dell'acquisizione del parere dopo l'emanazione del provvedimento finale": il riferimento è ad ipotesi in cui il parere obbligatorio, richiesto e acquisito soltanto dopo l'adozione del provvedimento finale, confermi la correttezza dell'assetto di interessi ivi disposto, senza proporre alternative o introdurre contributi istruttori idonei ad incidere, anche solo potenzialmente, sulla decisione finale. In tal caso, infatti, dalla natura sostanzialmente confermativa del parere sopravvenuto viene fatta discendere la dimostrazione che, quand'anche fosse stato acquisito tempestivamente,

---

richiesta del parere obbligatorio dell'AIFA, il Consiglio di Stato, condividendo la sentenza del giudice di prime cure, ha affermato che l'omissione del parere non poteva essere "ex post sanata dagli esiti della verifica in sede giurisdizionale". Il Collegio, in particolare, ritiene non possa applicarsi l'art. 21-*octies* al caso di specie, in quanto le valutazioni sottese alla formulazione del bando di gara – scelta dei principi attivi etc. - costituiscono "attività tutt'altro che vincolate", con "spiccati margini di opinabilità sul versante tecnico-scientifico" che necessitano di specifiche valutazioni da parte di organi qualificati come l'AIFA.

<sup>70</sup> Deve tuttavia precisarsi che le cause di siffatto ridimensionamento non devono attribuirsi *in toto* all'entrata in vigore dell'art. 21-*octies*. Secondo un costante orientamento giurisprudenziale, infatti, non occorre che l'amministrazione acquisisca il parere dell'organo competente "allorché il responsabile del procedimento si limiti ad operare delle valutazioni giuridiche e non tecniche" e l'adozione del provvedimento consegua "alla mera verifica della sussistenza di taluni presupposti". Così si esprime l'orientamento citato con riferimento ai pareri della commissione edilizia comunale, della C.e.i. o della commissione per il paesaggio, ignorando l'imprescindibilità dell'acquisizione dei pareri "sensibili" ai sensi dell'art. 16, l. n. 241/90. Cfr., *ex multis*, Tar Campania, Napoli, sez. IV, 10 febbraio 2016, n. 754; Id., sez. VI, 26 marzo 2015, n. 1813; Tar Liguria, Genova, sez. I, 18 marzo 2014, n. 428; Cons. Stato, sez. V, 03 settembre 2013, n. 4378.



quest'ultimo non avrebbe in alcun modo influenzato il processo decisionale posto in essere dall'amministrazione<sup>71</sup>.

Ora, nel caso di provvedimenti aventi natura vincolata, siamo senza dubbio di fronte ad un caso peculiare di applicazione dell'art. 21-*octies*, primo alinea: il giudizio di causalità del vizio procedimentale sul contenuto dispositivo del provvedimento diventa "concreto" grazie all'intervento successivo del parere pretermesso: non si tratta di dedurre l'ininfluenza del vizio sul contenuto dispositivo del provvedimento, ma di prenderne atto, attraverso l'analisi del parere successivamente acquisito.

Siffatta peculiarità deriva dalla circostanza che la fattispecie del parere postumo sanante non dovrebbe essere inquadrata nell'ambito dell'art. 21-*octies*, primo alinea, ma andrebbe più propriamente collocata nell'alveo del potere di convalida dell'amministrazione: proprio tramite la richiesta e l'acquisizione postuma del parere pretermesso nel corso dell'originario procedimento, l'amministrazione convalida il provvedimento impugnato, "salvandolo" dall'annullamento.

Un'ulteriore conferma del corretto inquadramento del parere postumo sanante in termini di convalida piuttosto che di annullamento non pronunciabile *ex art. 21-*octies**, arriva proprio dall'analisi della casistica giurisprudenziale in materia, che riconosce "efficacia sanante" anche all'acquisizione postuma di pareri che riguardano l'adozione di provvedimenti discrezionali, rispetto ai quali non può

---

<sup>71</sup> Cfr. Tar Toscana, Firenze, sez. II, 08 febbraio 2016, n. 204, secondo il quale "*i generali principi di conservazione dell'atto e di strumentalità delle forme inducano a generalizzare la portata dell'istituto dell'illegittimità non invalidante di cui all'art. 21-*octies*, comma 2, l. n. 241 del 1990, anche per evitare che - in situazioni come quella per cui è causa - la prevalenza di considerazioni procedimentali porti l'amministrazione alla scelta (antieconomica e contrastante con il principio di efficienza) di dover riavviare un procedimento i cui esiti siano ab initio scontati*". Nella pronuncia in esame, l'amministrazione comunale aveva approvato una delibera consiliare di istituzione di due nuove sedi farmaceutiche senza la preventiva acquisizione dei pareri obbligatori dell'Azienda sanitaria e dell'Ordine dei farmacisti (si tratta dei pareri previsti dall'art. 11 del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, conv. in l. 24 marzo 2012 n. 27). Tali pareri erano intervenuti in data posteriore "*ma esprimevano, in ambedue i casi, un sostanziale opinamento favorevole alla localizzazione delle due nuove sedi farmaceutiche*". In termini si veda anche Cons. Stato, sez. III, 19 settembre 2013, n. 4668, che, pur ammettendo l'irritualità della procedura seguita dall'amministrazione, non riconosce portata invalidante alla circostanza che il Comune avesse richiesto ai due organismi consultati di esprimere un parere solo dopo l'approvazione della delibera da parte della giunta comunale.

trovare applicazione il primo alinea dell'art. 21-*octies*, riferito soltanto ai provvedimenti vincolati<sup>72</sup>.

### **2.3. (segue) Sul difetto di motivazione e sull'ammissibilità di una "motivazione successiva".**

Una questione interpretativa ancora profondamente aperta riguarda il rilievo che la violazione del dovere di motivazione del provvedimento amministrativo assume nell'esercizio del potere giurisdizionale di annullamento alla luce della disposizione contenuta nel primo alinea dell'art. 21-*octies*. Alla difficoltà, sotto questo profilo, di qualificare il difetto di motivazione come "*norma sul procedimento o sulla forma degli atti*", si aggiunge la complessa questione dell'ammissibilità dell'integrazione giudiziale della motivazione da parte dell'amministrazione volta a fare emergere la legittimità sostanziale del provvedimento impugnato<sup>73</sup>.

In questa sede si affronterà la problematica annosa e ostica della natura formale o sostanziale del difetto di motivazione, per poi tentare, coerentemente con l'oggetto della ricerca, di ricondurre ad unità le aporie generate da quella stessa giurisprudenza che riconduce il difetto di motivazione nell'alveo dell'art. 21-*octies*, primo alinea. Pertanto, dopo aver illustrato e sottoposto ad un vaglio critico

---

<sup>72</sup> Cfr. Tar Toscana, Firenze, n. 204/2016, cit. La circostanza che la giurisprudenza riconosca efficacia sanante all'acquisizione postuma del parere meramente confermativo del provvedimento impugnato, conferma la tesi di partenza della natura procedimentale dell'omessa richiesta di parere, altrimenti non convalidabile.

<sup>73</sup> Le insidie della tematica sono state di recente ben espresse da G. TROPEA, *Motivazione del provvedimento e giudizio sul rapporto: derive e approdi*, in *Dir. proc. amm.*, 2017: "*Osservare, e provare a ricostruire, le attuali dinamiche giurisprudenziali in tema di motivazione del provvedimento amministrativo, sindacato del giudice, ed oggetto del processo, può apparire oggi compito improbo, se non inutile. L'interprete è scoraggiato dinanzi a un tentativo di tal fatta per svariate ragioni: ancora molto intenso è il divario, nella giurisprudenza pratica, tra concezioni "garantiste" e concezioni "riduzioniste" della motivazione del provvedimento amministrativo. Incertissimo è, poi, il tema dell'evoluzione del giudizio amministrativo, poiché il dibattito, come è a tutti evidente, intercetta tematiche di ampia e tormentata portata teorica, anche se sul punto iniziano a pesare talune importanti novità, e nella legislazione processuale e in quella sostanziale. Solo abbozzare un elenco di tali questioni di fondo può dare l'idea dell'estrema difficoltà del compito: dalla consistenza delle situazioni giuridiche soggettive versate nel processo amministrativo al tema delle azioni esperibili e del giudicato amministrativo, passando per la vicenda dell'inesauribilità del potere pubblico*".

l'attuale stato della giurisprudenza amministrativa sull'applicabilità dell'art. 21-*octies* al difetto di motivazione, si cercherà di dare un inquadramento coerente alla problematica della motivazione postuma, facendo discendere dalle premesse di partenza di quella giurisprudenza (favorevole all'applicazione dell'art. 21-*octies*, primo alinea) le necessarie conseguenze in punto di diritto.

Procedendo per gradi, occorre innanzitutto chiarire che quando si parla di "difetto di motivazione", ai fini della presente indagine, il riferimento deve intendersi sia all'ipotesi limite di totale carenza di motivazione<sup>74</sup>, sia a quella – più frequente nella prassi – di motivazione "insufficiente", ossia carente e quindi incapace di rappresentare in termini compiuti le valutazioni effettuate dall'amministrazione per arrivare ad adottare quel provvedimento con quello specifico contenuto dispositivo.

Con riferimento al requisito di "sufficienza", sicuramente di non immediata evidenza, la giurisprudenza ha in più occasioni chiarito che non esiste uno *standard* fisso e immutabile, precostituito in rigide regole, per verificare il rispetto dell'obbligo di motivazione da parte dell'amministrazione, in quanto il grado di analiticità e di adeguatezza della motivazione varia secondo il tipo di provvedimento che viene in rilievo e, quindi, in ragione degli effetti, ampliativi o restrittivi, che esso è destinato a produrre nella sfera giuridica dei destinatari<sup>75</sup>. Elementi di cui il giudice deve, quindi, tenere conto per giudicare fondato o meno il motivo di ricorso volto a censurare il *deficit* motivazionale del provvedimento impugnato.

Ove venga accertata la sussistenza in concreto di un difetto di motivazione nel provvedimento impugnato, il giudice amministrativo si trova dinanzi ad un bivio, espressione di due differenti indirizzi giurisprudenziali.

Secondo il primo indirizzo, i difetti motivazionali determinano sempre, in quanto tali, l'annullamento dell'atto impugnato, senza potersi fare applicazione del primo

---

<sup>74</sup> Fra i pochissimi casi che si possono riscontrare in giurisprudenza, si veda Tar Campania, Napoli, sez. IV, 12 luglio 2010, n. 16661; Tar Veneto, sez. III, 08 aprile 2009, n. 1200.

<sup>75</sup> La precisazione si rinviene, da ultimo, in Tar Lazio, Roma, sez. I, 10 gennaio 2017, n. 301. Per una ricostruzione dei "tipi" di motivazione insufficiente individuati dalla giurisprudenza, che si distinguono in motivazione "generica", "stereotipata", "apodittica", si rinvia a A. CASSATELLA, *Il dovere di motivazione nell'attività amministrativa*, Padova, 2013, 75.

alinea dell'art. 21-*octies*. Le ragioni dell'esclusione del difetto di motivazione dall'orbita dell'art. 21-*octies* fanno leva sulle funzioni di garanzia che la motivazione stessa dispiega nell'ordinamento amministrativo, tali da conferirle carattere di violazione sostanziale "immune" dal giudizio di causalità di cui all'art. 21-*octies*, primo alinea.

Più precisamente, l'argomento che viene solitamente utilizzato dalla giurisprudenza amministrativa in esame muove dalla (incontestata) assimilazione dell'obbligo di motivazione con il dovere di *clare loqui* dell'amministrazione<sup>76</sup>, baluardo essenziale per il diritto di difesa del destinatario del provvedimento nonché per il rispetto dei principi di trasparenza, imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa. Costituendo un "*presidio di legalità sostanziale*", l'obbligo di motivazione sarebbe pertanto "*insostituibile, nemmeno mediante il ragionamento ipotetico che fa salvo, ai sensi dell'art. 21-*octies* comma 2, l. n. 241 del 1990, il provvedimento affetto dai c.d. vizi non invalidanti*"<sup>77</sup>.

---

<sup>76</sup> Sull'esistenza di siffatto dovere, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 4 novembre 2013, n. 5293, secondo il quale, a fronte del dovere di motivazione, "*sorge per il privato la legittima aspettativa a conoscere il contenuto e le ragioni giustificative del provvedimento incidente sui suoi interessi, anche al fine di poter esercitare efficacemente le prerogative di difesa innanzi all'autorità giurisdizionale*". In termini, si veda Tar Abruzzo, L'Aquila, 08 novembre 2016, n. 700; Tar Puglia, Lecce, sez. I, 06 aprile 2016, n. 560; Tar Puglia, Lecce, sez. I, 25 luglio 2014, n. 1964. L'argomentazione in parola viene fatta discendere esplicitamente dall'art. 3 della l. 241/90 da Tar Emilia Romagna, Parma, sez. I, 13 luglio 2016, n. 230; Tar Lombardia, Milano, sez. II, 4 febbraio 2015, n. 388; Tar Campania, Salerno, sez. II, 15 febbraio 2012, n. 218; Cons. Stato, sez. VI, 18 ottobre 2011, n. 5598; Tar Campania, Salerno, sez. VII, 10 giugno 2011, n. 3081; Tar Campania, Napoli, sez. VIII, 22 giugno 2010, n. 15542; Tar Puglia, Lecce, sez. I, 23 aprile 2009, n. 746; Tar Sicilia, Catania, sez. III, 17 novembre 2009, n. 1901; Cons. Stato, sez. V, 14 aprile 2008, n. 1665; Tar Puglia, Bari, sez. III, 03 settembre 2008, n. 2026; Cons. Stato, sez. V, 05 luglio 2007, n. 3819.

<sup>77</sup> Cfr. Tar Puglia, Lecce, sez. I, 06 aprile 2016, n. 560. L'affermazione ricorrente in giurisprudenza, sulla base della quale viene esclusa l'applicazione dell'art. 21-*octies*, primo alinea, è che la "*motivazione costituisce il presupposto, il fondamento, il baricentro e l'essenza stessa del legittimo esercizio del potere amministrativo*": cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. III, 30 aprile 2014, n. 2247. L'espressione è ripresa anche nell'ordinanza n. 92/2015 della Corte Costituzionale (che riguarda un caso relativo ad un preteso indebito recupero previdenziale, in cui si lamenta l'impossibilità di comprendere le ragioni di fatto e di diritto della disposta ripetizione), ove letteralmente si legge che la motivazione del provvedimento costituisce "*il presupposto, il fondamento, il baricentro e l'essenza stessa del legittimo esercizio del potere amministrativo (...) e, per questo, un presidio di legalità sostanziale insostituibile, nemmeno mediante il ragionamento ipotetico che fa salvo, ai sensi dell'art. 21-*octies*, comma 2, della legge n. 241 del 1990, il provvedimento affetto dai cosiddetti vizi non invalidanti*". Sulla natura sostanziale e non meramente formale del

Nella prospettiva in parola, dunque, verrebbe meno la funzione “garantistica” della motivazione se la sua mancanza o insufficienza non conducesse di per sé all’annullamento del provvedimento, ma fosse soggetta al giudizio di causalità di cui all’art. 21-*octies*, primo alinea<sup>78</sup>.

Fra i corollari di questa giurisprudenza, vi è l’assunto per cui l’obbligo di motivazione deve essere adempiuto contestualmente all’adozione dell’atto e non in un momento successivo<sup>79</sup>, a garanzia, come si è detto, del diritto di difesa del destinatario e della complessiva razionalità dell’azione amministrativa<sup>80</sup>. Viene

---

difetto di motivazione, al pari del difetto di istruttoria, cfr. Cons. Stato, sez. IV, 28 maggio 2009, n. 3336.

<sup>78</sup>L’equazione “motivazione = forma sostanziale”, la cui mancanza o carenza è suscettibile di per sé a condurre all’annullamento del provvedimento, viene tradita tuttavia da quelle pronunce nelle quali, a fronte di un richiamo più o meno solenne all’art. 3, l. n. 241/90, viene dichiarata la legittimità degli atti impugnati sulla base di un esame della motivazione “sostanziale”, come desumibile dall’intero procedimento decisionale o da un sindacato di complessiva ragionevolezza della decisione: fra le tante, cfr. Tar Lazio, Roma, sez. II *ter*, 26 aprile 2010, n. 8493; Tar Trentino-Alto Adige, Trento, 28 febbraio 2008, n. 59; Cons. Stato, sez. V, 08 luglio 2008, n. 3406; Tar Toscana, Firenze, sez. III, 16 novembre 2006, n. 5628; Tar Lazio, Roma, sez. I, 04 agosto 2006, n. 6950. Sul fenomeno, si veda più approfonditamente A. CASSATELLA, *Il dovere di motivazione*, cit., 54 ss.

<sup>79</sup>Sotto questo profilo, “*la motivazione del provvedimento costituisce l’essenza e il contenuto insostituibile della decisione amministrativa, anche in ipotesi di attività vincolata*”: cfr. Tar Sicilia, Catania, sez. I, 12 aprile 2013, n. 1055, e le sentenze ivi richiamate: Cons. Stato, sez. IV, 28 ottobre 1975, n. 1382; ID, 29 aprile 2002, n. 2282; ID, sez. V, 01 ottobre 2011, n. 5187. Nette le avvertenze di Tar Lombardia, Brescia, sez. I, 22 aprile 2011, n. 606, secondo il quale l’individuazione dei presupposti e delle ragioni giuridiche di una decisione “*deve essere non meramente ipotetica o congetturale*”, e deve fondarsi su elementi posti a disposizione dell’interessato “*in via contestuale all’emanazione del provvedimento*”. Chiaro sul punto A. PUBUSA, *Forma e sostanza nel procedimento. Considerazioni sull’art. 21-*octies* della legge n. 241 del 1990*, in *Dir. pubbl.*, 2006, 532-532., il quale ritiene che “*l’autorità deve manifestarsi nel momento stesso in cui pretende di affermarsi o imporsi al cittadino e non può farlo che in modo formale, tanto più che oggi poiché la trasparenza richiede e presuppone una forma visibile e controllabile dell’esercizio della funzione*”.

<sup>80</sup>E’ stato affermato in dottrina che “*il principio della motivazione possa valutarci funzionalmente strumentale al principio del “giusto procedimento”, nel senso di arricchire il contenuto, ampliando la sfera dei doveri a carico della PA postulati dal principio, fino a ricomprendervi anche il vincolo di motivare sugli apporti provenienti dal privato*” (così, G. SCIULLO, *Il principio del “giusto procedimento” fra giudice costituzionale e giudice amministrativo*, in *Jus*, 1986, 309). Sotto questo punto di vista, è stato affermato da G. MONTEDORO, *Potere amministrativo, sindacato del giudice e difetto di motivazione*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), che “*la motivazione, vista dal lato di chi è titolare delle funzioni pubbliche, è (...) l’unica via percorribile per l’adozione di un atto legittimo. Ma, vista dal lato del destinatario dell’atto, la motivazione è una garanzia, la principale garanzia che la legge appresta a sua tutela*”. In termini, v. M. OCCHIENA, *Il divieto di integrazione in giudizio della*

pertanto negato l'ingresso nel giudizio alla c.d. motivazione "ora per allora", ossia alla puntuale esternazione dei presupposti e dei motivi della decisione in corso di causa, proprio con l'obiettivo di scongiurare il rischio che tali "ragioni postume" siano dettate da esigenze puramente defensionali, a fronte delle doglianze del ricorrente<sup>81</sup>.

Un altro percorso argomentativo utilizzato a supporto dell'immodificabilità della motivazione nel corso del processo poggia sulla considerazione che la motivazione del provvedimento sia solo quella risultante dal provvedimento medesimo impugnato ovvero da un altro cui esso faccia riferimento per *relationem*, aderendo

---

*motivazione e il dovere di comunicazione dell'avvio dei procedimenti ad iniziativa di parte: argini a contenimento del sostanzialismo*, in *Foro amm. Tar*, 2003, 522 ss.

<sup>81</sup> Chiaro sul punto Cons. Stato, sez. V, 12 gennaio 2015, n. 33, secondo il quale la motivazione di un provvedimento "non può essere emendata o integrata, quasi fosse una formula vuota o una pagina bianca, da una successiva motivazione postuma, prospettata ad hoc dall'amministrazione resistente nel corso del giudizio". In termini, cfr. Cons. Stato, sez. V, 27 giugno 2017, n. 3136; Cons. Stato, sez. III, 30 aprile 2014, n. 2247; Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 24 ottobre 2012, 2585; Tar Sicilia, Palermo, sez. II, 26 luglio 2012, n. 1661; Tar Piemonte, sez. I, 13 giugno 2012, n. 698; Cons. Stato, sez. VI, 30 giugno 2011, n. 3882. Il rifiuto di un'integrazione postuma della motivazione si riscontra nella giurisprudenza più risalente, che costituiva l'orientamento "tradizionale": v. *ex multis*, Cons. Stato, sez. VI, 28 novembre 1962, n. 807, in *Cons. Stato*, 1962, 1907; Cons. Stato, sez. V, 23 maggio 1984, n. 396, in *Cons. Stato*, 1984, 569; Cons. Stato, sez. V, 12 ottobre 1990, n. 715, in *Foro amm.*, 1990, 2333; Cons. Stato, sez. V, 13 novembre 1990, n. 776, in *Cons. Stato*, 1990, 235. Un netto disfavore nei confronti dell'integrazione della motivazione è espresso in dottrina, fra gli altri, da C. MORTATI, *Obbligo di motivazione e sufficienza della motivazione degli atti amministrativi*, in *Giur. It.*, 1943, III; P. BARTOT, *La motivazione tra vizio formale e tutela sostanziale in giudizio*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 469 ss.; F. LEDDA, *Variazioni sul tema dell'eccesso di potere* (2000), ora in ID., *Scritti giuridici*, Padova, 2002 e prima ancora in ID., *Il rifiuto di provvedimento amministrativo*, Torino, 1964, 217-218, dove si fa presente in particolare che "ammettendo la possibilità della motivazione successiva, si ridurrebbe di molto la portata della garanzia offerta al cittadino, poiché la proposizione giuridica relativa al caso concreto raggiungerebbe la sua completa espressione formale in un momento posteriore e successivo a quello in cui, con la statuizione autoritativa, e normalmente esecutoria, si determina la lesione dell'interesse individuale"; G. CORSO, *Motivazione dell'atto amministrativo* (voce), in *Enc. dir.*, V agg., Milano, 2001, 774 ss.; M. OCCHIENA, *Il divieto di integrazione in giudizio della motivazione e il dovere di comunicazione dell'avvio dei procedimenti ad iniziativa di parte: argini a contenimento del sostanzialismo*, cit.; N. PAOLANTONIO, *L'integrazione postuma della motivazione ed il problema dei cc.dd. vizi formali*, in *www.giustamm.it*; V. PARISIO, *Motivazione postuma, qualità dell'azione amministrativa e vizi formali*, in *Foro amm. Tar.*, 2006; P. PROVENZANO, *Vizi nella forma e nel procedimento*, cit. 165 ss.

all'impostazione impugnatoria del processo amministrativo come giudizio sull'atto e non sul "rapporto"<sup>82</sup>.

Deve darsi conto poi di pronunce che, a differenza di quelle appena citate, escludono acriticamente l'ammissibilità di integrazioni motivazionali in sede processuale, limitandosi cioè a richiamare la (presupposta) sussistenza di una giurisprudenza pacifica in materia<sup>83</sup>.

Il fenomeno appena citato, di supina adesione all'orientamento "tradizionale" in materia di motivazione, è stato notato da un'autorevole dottrina già alla fine degli anni '80, che aveva constatato come l'esclusione della possibilità di integrare la motivazione dei provvedimenti amministrativi dopo la proposizione del ricorso, più che corrispondere ad un motivato convincimento dei giudici amministrativi, sembra piuttosto essere frutto di una "*acritica adesione ad una impostazione tralaticia*", in considerazione della "*sostanziale mancanza di argomentazioni a suffragio di un simile asserto, comunemente sostenuto tramite il richiamo alla costante giurisprudenza*"<sup>84</sup>.

La sostanziale mancanza di argomentazioni cui alludeva tale Autore è avvalorata, oggi, dalle contraddizioni interne che si riscontrano in molte delle pronunce "monito" che escludono l'integrabilità in giudizio della motivazione.

---

<sup>82</sup> Così, in dottrina, F. CARDARELLI, *La motivazione del provvedimento*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017. Per una critica a questa impostazione, si veda da ultimo G. TROPEA, *Motivazione del provvedimento*, cit.; G. VIRGA, *Integrazione della motivazione nel corso del giudizio e tutela dell'interesse alla legittimità sostanziale del provvedimento impugnato*, in *Dir. proc. amm.*, 1993, 523-524, secondo il quale "è sul piano più prosaicamente positivo che occorre verificare se sussistono ragioni che impediscano o meno all'amministrazione di integrare la motivazione del provvedimento nel corso del giudizio; ed è solo allorché sia data una soluzione positiva o negativa al problema che si potrà considerare tale soluzione come un elemento che contribuisce a definire l'esatto oggetto del giudizio amministrativo".

<sup>83</sup> Tar Trieste, sez. I, 16 gennaio 2017, n. 8; Cons. Stato, sez. III, 24 ottobre 2016, n. 4451; Tar Lazio, Roma, sez. III, 19 gennaio 2016, n. 552 nel quale le argomentazioni difensive postume (nota dell'amministrazione resistente) era stata acquisita in esecuzione di un'ordinanza istruttoria disposta in giudizio. Ciononostante, il giudice ha ritenuto che, anche se acquisite agli atti, le considerazioni difensive costituissero un'inammissibile integrazione postuma della motivazione. V. anche Tar Sardegna, Cagliari, sez. II, 30 aprile 2012, n. 417; Cons. Stato, sez. V, 15 ottobre 2009, n. 6332; Tar Toscana, Firenze, sez. III, 19 maggio 2006, n. 2359; Tar Lombardia, Milano, sez. III, 03 novembre 2004, n. 5575.

<sup>84</sup> Cfr. A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987, 394.

In un numero considerevole di sentenze che aderiscono all'orientamento "tradizionale", infatti, è ricorrente il seguente atteggiamento: il giudice dapprima rifiuta l'integrabilità della motivazione nel corso del processo, per le ragioni sopra dette. Poco dopo, però, sente il bisogno di far riemergere le argomentazioni portate dall'amministrazione ad integrazione della motivazione per precisare che, quand'anche fossero ammesse, non sarebbero in grado di fare emergere la legittimità sostanziale del provvedimento<sup>85</sup>.

Rispetto all'orientamento "tradizionale", disegnato come più garantista, è possibile contrapporre quello che potremmo definire "evolutivo", secondo il quale *"le esternazioni recedono di fronte alla sostanza: conta ciò che si è fatto e non ciò che si è dichiarato di voler fare"*<sup>86</sup>. Riscontrare la sostanza, secondo quest'ultimo orientamento, vuol dire che l'esercizio del potere giurisdizionale di annullamento debba coincidere con una diretta valutazione della corrispondenza tra la decisione assunta e la fattispecie astratta contemplata dalla norma attributiva del potere, senza arrestarsi dinanzi alla contestata (e accertata) carenza motivazionale<sup>87</sup>.

---

<sup>85</sup> Cfr. Tar Lazio, Roma, sez. I, 14 giugno 2016, n. 6797 in materia di accesso agli atti. Nella memoria difensiva l'avvocatura erariale aveva sostenuto che i documenti richiesti dal ricorrente non potevano essere oggetto di esibizione secondo la previsione di cui all'art. 1048, comma 1, lett. c) del DPR 90/2010. Il Collegio, osservando si trattasse di motivazione assente nel provvedimento impugnato e, quindi, come tale inaccettabile, ha *"per mero tuziorismo"* largamente argomentato intorno all'inidoneità della disposizione richiamata a fondare il diniego di accesso agli atti. V. anche Tar Sardegna, Cagliari, 802/2012 cit., che si sofferma a chiarire l'infondatezza delle motivazioni contenute nella memoria difensiva del Comune. In termini, *ex multis*, Tar Trieste, n. 8/2017, cit.; Cons. Stato, n. 4451/2016, cit.; Cons. Stato, sez. V, 15 ottobre 2009, n. 6332; Cons. Stato, n. 6332/2009, cit.; Tar Lombardia, Milano, n. 5575/2004, cit.

<sup>86</sup> Così autorevole dottrina salutava il nuovo indirizzo giurisprudenziale che cominciava ad affacciarsi agli inizi degli anni '70, che già ammetteva la riproduzione dell'atto con motivazione integrata o corretta e propiziava la *"dequotazione"* della motivazione in favore di una cognizione diretta del procedimento in quanto dimostrativo della genesi del provvedimento: cfr. M.S. GIANNINI, *Motivazione dell'atto amministrativo* (voce), in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977. Di integrazione della motivazione già discutevano M. NIGRO, *Sulla riproduzione dell'atto amministrativo annullato in sede giurisdizionale per difetto di motivazione*, in *Foro it.*, 1958, III, 42; GUARNERI, *Riproduzione dell'atto amministrativo*, in *Foro it.*, 1958, III, 82; R. SPERANZA, *La riproduzione dell'atto amministrativo*, in *Foro amm.*, 1961, I, 1394.

<sup>87</sup> La tendenziale irrilevanza della motivazione nel c.d. sindacato "diretto" dell'azione amministrativa fu prospettata da F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967. Per una rivisitazione della problematica, in chiave critica,



A tal fine, viene affermato, il giudice può basarsi non solo sugli elementi contenuti nel provvedimento, ma anche sulle argomentazioni defensionali delle parti e sulle risultanze dell'istruttoria procedimentale e processuale: emblematici i casi di diniego di ammissione a concorsi e gare per mancato possesso dei requisiti di partecipazione, di diniego di titoli edilizi per violazione di parametri edificatori univoci, di permessi di soggiorno e relativi rinnovi, di autorizzazioni commerciali o dispense<sup>88</sup>. Si tratta, come si può constatare, di pronunce aventi ad oggetto atti vincolati, la cui legittimità sostanziale emerge dal mero riscontro dei presupposti definiti nella normativa di riferimento attraverso dati o parametri obiettivamente verificabili dal giudice.

In realtà, l'approccio sostanzialistico di queste pronunce si riscontra anche con riferimento ad atti discrezionali ma vincolati "in concreto", come nel caso della "riduzione a zero" della discrezionalità nell'esercizio dei poteri di autotutela nei confronti di titoli edilizi illegittimi<sup>89</sup> o in tema di ritiro di atti che comportano un ingiustificato esborso di denaro per l'amministrazione<sup>90</sup>.

Siffatto orientamento, che concentra il giudizio sulla legittimità sostanziale del provvedimento senza arrestarsi dinanzi alla censura di difetto di motivazione, si è consolidato con l'entrata in vigore dell'art. 21-*octies*, primo alinea.

La qualificazione dell'art. 3, l. n. 241/90 viene sganciata dalla sua interpretazione funzionalistica per essere apprezzata da un punto di vista prettamente strutturale, come "norma sulla forma degli atti", mero "vizio esternativo"<sup>91</sup>, cui è applicabile il primo alinea dell'art. 21-*octies*<sup>92</sup>. Senza prendere posizione sul punto, occorre

---

cfr. V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 463 ss.; A ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti*, cit. specie 239 ss.

<sup>88</sup> Per una casistica completa, si rinvia a A. CASSATELLA, *Il dovere di motivazione*, cit. 55-56.

<sup>89</sup> Per una ricostruzione della giurisprudenza in materia si rinvia a A. CASSATELLA, *Una nuova ipotesi di annullamento doveroso?*, in *Foro amm. Tar*, 2010, 810 ss.

<sup>90</sup> Cfr. ad esempio Cons. Stato, sez. VI, 25 agosto 2009, n. 5065.

<sup>91</sup> Così, A. GUANTARIO, *Dequotazione della motivazione e provvedimento amministrativo*, in *Nuova rassegna*, 2002, 39.

<sup>92</sup> Tale impostazione ricostruttiva è ben espressa in una sentenza del Tar Campania del 2006, con la quale si è ritenuto che "il difetto di motivazione non si configura, di per sé, come vizio sostanziale (che, ove sussistente, conduce all'annullamento del provvedimento impugnato), bensì come uno dei vizi sulla forma degli atti cui fa riferimento l'art. 21-*octies*, comma 2" (così, Tar Campania, Napoli, sez. IV, 20 novembre 2006, n. 9984). Cfr. in termini, Cons. Stato, sez. VI, 15 novembre 2005, n. 6352; Tar Sardegna, Cagliari, sez. I, 15 luglio

comunque evidenziare che se la qualificazione di una violazione come formale o sostanziale dipendesse esclusivamente dalla rilevanza della funzione che l'adempimento prescritto da quella norma svolge nell'ordinamento, allora, ad esempio, si dovrebbe sempre negare la natura di *"violazione di norma sul procedimento"* all'omesso preavviso di rigetto<sup>93</sup>, all'omessa valutazione delle memorie procedurali, piuttosto che all'omessa richiesta di pareri; fattispecie che, invece, pacificamente, sono qualificate come *"norme sul procedimento"*.

Una volta inquadrato il difetto di motivazione come *"violazione di una norma sulla forma degli atti"*, la giurisprudenza ne ha fatto discendere l'applicabilità dell'art. 21-octies, prima alinea.

Così, in via esemplificativa, è stato affermato in giurisprudenza che il provvedimento che presenta un *deficit* motivazionale non è annullabile:

- se *"dall'esame degli atti di causa è palese che l'amministrazione non avrebbe mai potuto assentire il richiesto permesso di costruire così come richiesto dalla ricorrente"*<sup>94</sup>;

- perché *"vista la documentazione prodotta in giudizio dalla Procura della Repubblica [...], che non è stata fatta oggetto di specifica contestazione dal ricorrente [...], è palese che la decisione di non invitare alla nuova gara la ditta ricorrente, benché immotivata, non avrebbe potuto essere differente"*<sup>95</sup>;

---

2005, n. 1653; Tar Lombardia, Milano, sez. II, 03 febbraio 2006, n. 228; Cons. Stato, sez. VI, 03 marzo 2010, n. 1241; Cons. Stato, sez. VI, 08 giugno 2010, n. 3642; Tar Venezia, sez. I, 11 marzo 2010, n. 768; Tar Lazio, Roma, sez. I bis, 21 settembre 2012, n. 8005; Tar Sardegna, Cagliari, sez. I, 22 dicembre 2014, n. 1113; Cons. Stato sez. IV, 09 dicembre 2015, n. 5577; Tar Lazio, Roma, sez. III ter, 14 dicembre 2016, n. n. 12480; Cons. Stato, sez. IV, 20 luglio 2016, n. 3293; Cons. Stato, sez. V, 25 gennaio 2016 n. 233; Cons. Stato, sez. V, 10 ottobre 2017, n. 4679.

<sup>93</sup> Come difatti taluna dottrina tenta di fare, cfr., *supra*, par. 2.2.

<sup>94</sup> Cfr. Tar Abruzzo, Pescara, 14 aprile 2005, n. 185. Sempre in materia edilizia, ma su un ordine di ripristino dei luoghi, cfr. Tar Liguria, Genova, sez. I, 17 marzo 2010, n. 1176 e Tar Campania, Napoli, sez. VII, 03 marzo 2009, n. 1212.

<sup>95</sup> Cfr. Tar Liguria, Genova, sez. II, 24 aprile 2015, n. 404 e, più di recente, Cons. Stato, sez. III, 07 marzo 2017, n. 1078. Sempre in ambito di procedure ad evidenza pubblica, si veda anche Tar Potenza, sez. I, 04 luglio 2017, n. 457, secondo il quale *"l'eccesso di potere per difetto di motivazione, non può essere accolto, sia perché il provvedimento impugnato risulta sufficientemente motivato, sia perché, comunque, ai sensi dell'art. 21-octies, comma 2, L. n. 241/1990, dalla documentazione acquisita in giudizio è emerso che l'offerta economica era stata formulata dalla ricorrente in perdita e perciò la stazione appaltante non poteva fare altro che escludere la ricorrente dalla gara"*. In termini, v. Tar Lazio, Roma, sez. III, 20

- perché “sarebbe un inutile spreco di risorse pubbliche imporre all’amministrazione comunale resistente un riesame dell’istanza del ricorrente il cui esito non può che essere negativo alla luce dei vincoli sussistenti sulle aree interessate”<sup>96</sup>;

- perché “la necessità di non superare il limite massimo del finanziamento al settore agricolo rende vincolato, sotto il profilo massimo del quantum, il provvedimento impugnato di riduzione del contributo”<sup>97</sup>.

Dalla disamina delle pronunce sopra citate emerge chiaramente che l’irrilevanza del difetto di motivazione è resa palese dall’autoevidenza dei presupposti della decisione contestata: il provvedimento non è annullato perché dall’esame degli atti di causa e, più precisamente, dal riscontro di dati o parametri obiettivamente verificabili dal giudice che rendono possibile la ricostruzione dell’iter motivazionale seguito dall’amministrazione, risulta *palese* che nel caso di specie il contenuto dispositivo del provvedimento non avrebbe potuto essere differente<sup>98</sup>.

Il dato problematico che, tuttavia, si riscontra anche all’interno dell’orientamento “evolitivo” in esame è costituito dalla possibilità di ammettere che il giudice possa accertare la legittimità sostanziale del provvedimento anche alla luce degli elementi integrativi forniti in giudizio dall’amministrazione a supporto della decisione adottata.

---

settembre 2012, n. 959, avente ad oggetto il provvedimento di non ammissione alla fase istruttoria finale del concorso.

<sup>96</sup> Cfr. Tar Sicilia, Catania, sez. I, 18 agosto 2005, n. 1325.

<sup>97</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 25 agosto 2009, n. 5065.

<sup>98</sup> In dottrina si parla, in questo caso, di motivazione “implicita”, per distinguerla dalla motivazione *per relationem*: cfr. R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 263. Secondo autorevole dottrina, peraltro, solo in questo caso potrebbe ammettersi il carattere non invalidante del vizio della motivazione: “Se il fondamento legale e fattuale dell’atto è sicuramente identificabile ed il contenuto di questo non dà luogo ad incertezza, la conoscenza cui il requisito della motivazione è preordinato risulta in concreto assicurata nei confronti di tutti i suoi possibili destinatari: si potrebbe quindi dire che, essendo normativamente predeterminati i presupposti e le conseguenze del provvedimento, la motivazione è implicita” (così F. TRIMARCHI BANFI, *Illegittimità e annullabilità del provvedimento amministrativo*, cit., 433). In giurisprudenza, cfr. Cons. Stato, sez. IV, 09 ottobre 2012, n. 5252, ove il Collegio ha precisato che “l’obbligo per l’Autorità emanante di motivare il provvedimento amministrativo che adotta non può ritenersi violato qualora, anche a prescindere dal tenore letterale dell’atto finale, i documenti dell’istruttoria offrano comunque elementi sufficienti e univoci dai quali possano ricostruirsi le concrete ragioni e l’iter motivazionale posti a sostegno della determinazione assunta”. V. anche Tar Campania, Napoli, sez. IV, 25 settembre 2012, n. 3935; Tar Lazio, Roma, sez. II, 31 luglio 2012, n. 7074; Tar Lazio, Roma, sez. II, 17 luglio 2012, n. 6473; Tar Campania, Napoli, sez. V, 27 giugno 2012, n. 3065; Cons. Stato, sez. V, 20 maggio 2010, n. 3190.

Nella casistica esaminata, infatti, emergono resistenze in tal senso supportate da giustificazioni eterogenee, che si traducono in opinabili graduazioni di “motivazioni successive”<sup>99</sup> più o meno ammesse per circoscrivere le conseguenze che, invece, necessariamente, dovrebbero discendere una volta che il giudice consideri applicabile l’art. 21-*octies*, primo alinea, al difetto di motivazione.

Procederemo di seguito, come anticipato, individuando e differenziando le modalità attraverso le quali tale motivazione successiva viene in concreto fornita nella prassi, cercando di fare chiarezza sulle diverse fattispecie che vengono in rilievo e sul diverso trattamento processuale che, a ciascuna di esse, viene (e andrebbe invece) riservato.

Il primo punto da prendere in esame è rappresentato dalla tipologia di motivazioni successive.

Secondo un indirizzo formatosi all’interno dell’orientamento “evolutivo”, infatti, a seconda del contenuto delle giustificazioni introdotte dall’amministrazione in corso di giudizio, è possibile distinguere tra mera esplicitazione degli elementi materiali che costituiscono il presupposto del provvedimento adottato, ed integrazione della motivazione tramite l’introduzione di ragioni giustificatrici del tutto nuove<sup>100</sup>. Tale distinzione viene utilizzata ai fini dell’accertamento dell’assenza di alternative decisorie al provvedimento vincolato impugnato, dal momento che viene consentito al giudice di prendere in considerazione soltanto quelle argomentazioni dell’amministrazione che non costituiscono un’*inammissibile integrazione postuma* della motivazione, bensì una mera esplicitazione della stessa<sup>101</sup>.

---

<sup>99</sup> D’ora in poi, utilizzeremo questa espressione per indicare genericamente la formulazione di contenuti motivazionali in corso di giudizio, prendendo le distanze rispetto all’espressione “integrazione postuma della motivazione”, comunemente utilizzata in giurisprudenza e in dottrina perché, a ben vedere, si riferisce a fattispecie eterogenee, creando confusione in materia.

<sup>100</sup> Vedremo come tale distinzione sia del tutto opinabile alla luce della logica sottesa all’applicazione dell’art. 21-*octies*, primo alinea.

<sup>101</sup> Il primo aperto contrasto con l’orientamento “tradizionale” è stato introdotto da C.g.a.r.s., 20 aprile 1993, n. 149 che, sebbene nella peculiarità del caso di specie (trattandosi di un ricorso avverso il diniego di un accesso agli atti), ha riconosciuto la facoltà dell’amministrazione di integrare, in corso di causa, la parte motiva di un provvedimento originariamente immotivato, ritenendolo testualmente possibile perché la funzione della giustizia amministrativa “è di dare ragione a chi ce l’ha”.

La motivazione successiva è ammessa, in particolare, se ricorre almeno uno dei seguenti presupposti:

- a) le ragioni del provvedimento esplicate dall'amministrazione nel corso del giudizio siano chiaramente intuibili dalla lettura della parte dispositiva del provvedimento impugnato, dagli atti del procedimento o da altri atti direttamente accessibili<sup>102</sup>;
- b) la motivazione successiva non ha leso il diritto di difesa del destinatario del provvedimento per essere state, in fase infraprocedimentale, pienamente e autonomamente percepibili le ragioni sottese all'emissione del provvedimento gravato<sup>103</sup>;
- c) in ipotesi di attività vincolata, quando i presupposti e le giustificazioni del potere possono ricavarsi dalla norma che vincola l'esercizio del potere stesso e le osservazioni postume dell'amministrazione non valgono ad integrare ma soltanto a chiarire la motivazione del provvedimento<sup>104</sup>;

---

<sup>102</sup> Cfr., di recente, Tar Napoli, Campania, sez. VI, 19 ottobre 2016, n. 4773; Tar Sicilia, Catania, sez. III, 24 febbraio 2016, n. 561; Tar Emilia Romagna, Parma, sez. I, 17 novembre 2015, n. 294; Tar Campania, Salerno, sez. I, 26 maggio 2014, n. 993; Cons. Stato, sez. V, 27 agosto 2012, n. 4610; Id, sez. IV, 7 giugno 2012, n. 3376. Ritiene che nel caso di specie non sussista il presupposto in esame Tar Campania, Napoli, sez. II, 06 marzo 2014, n. 1344. Caratteristico delle pronunce in parole è l'utilizzo particolarmente elastico di motivazione *per relationem*, perché le ragioni giuridiche della decisione non vengono ricavate da un atto indicato nella motivazione, ma emergono esaminando gli atti del procedimento o il contenuto stesso del provvedimento (v. *supra* nota 94).

<sup>103</sup> Cons. Stato, sez. III, 21 gennaio 2013, n. 304; sez. V, 20 agosto 2013, n. 4194; Tar Campania, Napoli, sez. II, 06 marzo 2014, n. 1344; Tar Liguria, Genova, sez. I, 01 agosto 2007, n. 1426 dove, in materia di autorizzazione paesaggistica, si è affermato che *"la idonea motivazione non deve ricercarsi unicamente nel provvedimento conclusivo, essendo sufficiente che dagli atti del procedimento emerga la sussistenza di quella necessaria approfondita ed esaustiva analisi dell'impatto sui caratteri sottesi al vincolo sussistente in zona"*.

<sup>104</sup> Cfr. Tar Veneto, Venezia, sez. II, 04 giugno 2010, n. 2392: l'istanza di concessione edilizia presentata dal ricorrente era stata rigettata per contrasto della scala esterna *"con le norme tecniche di attuazione della variante al P.R.G. per le zone territoriali omogenee "E"*. La difesa dell'Amministrazione comunale ha indicato le specifiche disposizioni delle N.T.A. della variante al P.R.G. preclusive dell'assentibilità dell'intervento. Lo stesso principio si ricava da Tar Lazio, Roma, sez. II *ter*, 26 aprile 2010, n. 8493, secondo il quale l'obbligo di motivazione andrebbe interpretato *"senza inutili e fuorvianti formalismi"*, sicché *"l'oggettiva ed immediata rilevabilità delle ragioni sottese all'operato dell'amministrazione esclude che possano ravvisarsi carenze sotto il profilo esplicativo"*. In termini, Tar Campania, Napoli, sez. II, 18 maggio 2007, n. 5393; Cons. Stato, sez. IV, 29 agosto 2002, n. 4334.

- d) l'amministrazione adduca elementi conoscitivi specificativi ed integrativi dei presupposti di fatto che connotano l'esame e la rappresentazione della fattispecie nel provvedimento impugnato, già sussistenti *in nuce* al suo interno<sup>105 106</sup>;
- e) le singole disposizioni richiamate negli atti difensivi, sebbene non specificamente indicate negli atti impugnati, costituiscano fonti normative conosciute o conoscibili *ex lege*<sup>107</sup>. Pertanto, per la loro notorietà, ben avrebbero potuto e dovuto essere conosciute da un operatore professionale;
- g) la motivazione successiva determina una mera rettifica di meri errori materiali<sup>108</sup>.

Appare chiaro dalla esemplificazione dei casi di motivazione successiva sopra citati che si tratta di fattispecie nelle quali l'amministrazione, nello svolgimento della sua normale attività difensiva, produce documenti o svolge considerazioni idonee a chiarire meglio i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che supportano la decisione, restando coerente con le valutazioni che comunque sono state svolte nel procedimento e con le argomentazioni riportate nel corpo del provvedimento.

In tutti questi casi, secondo la giurisprudenza in esame, non si fa questione di *integrazione postuma* della motivazione. Semplicemente, il giudice amministrativo viene a conoscenza di elementi non indicati o valorizzati in modo adeguato nella motivazione del provvedimento impugnato, ma comunque presi in considerazione per l'adozione del provvedimento, che contribuiscono a fare emergere la legittimità sostanziale della decisione.

---

<sup>105</sup> V. Tar Pescara, sez. I, 02 dicembre 2014, n. 485: nella specie (diniego di accesso agli atti di un procedimento sanzionatorio) l'amministrazione ha prodotto in udienza i verbali richiesti dal ricorrente di assunzione di informazioni rese da persone informate che dimostravano i comportamenti persecutori denunciati dalla vittima e sulla base dei quali era stato adottato il provvedimento sanzionatorio. Il Collegio ha affermato che "*in applicazione dei principi di cui all'articolo 21 octies della legge n. 241 del 1990, il Collegio ritiene che non possa essere annullato un provvedimento per difetto di motivazione qualora successivamente, finanche dagli atti depositati in giudizio, emergano comunque le circostanze che ne giustifichino l'adozione, così come avvenuto appunto nel caso di specie*". Cfr. anche Tar Marche, sez. I, 28 aprile 2017, n. 342; Tar Campania, Salerno, sez. I, 26 maggio 2014, n. 993; Tar Veneto, Venezia, sez. II, 12 febbraio 2008, n. 344.

<sup>106</sup> Si noti la stretta congruenza tra le ipotesi *sub. a), b), c), d)*.

<sup>107</sup> Cfr. Tar Liguria, Genova, sez. I, 13 gennaio 2015, n. 58; Tar Campania, Napoli, sez. VIII, 18 giugno 2015, n. 3259; Cons. Stato, sez. IV, 09 ottobre 2012, n. 5257.

<sup>108</sup> Cons. Stato, sez. VI, 28 maggio 1993, n. 338.

Questa ricostruzione giurisprudenziale sembra trascurare, tuttavia, che così come l'amministrazione può spontaneamente fornire chiarimenti, anche il giudice ha il potere di ottenere dall'amministrazione dei chiarimenti circa l'esatto significato dei termini utilizzati a sostegno di una determinata scelta, o sulla portata della decisione, la cui attendibilità e valenza probatoria saranno valutati ai fini di una più completa ricostruzione della vicenda<sup>109</sup>.

Sembra, insomma, di essere di fronte al gioco delle etichette – viene definita motivazione postuma quella che è mera attività difensiva per fornire chiarimenti (chiarimenti, si è detto, che lo stesso giudice potrebbe richiedere d'ufficio ai sensi dell'art. 63, comma 1, c.p.a.) -, la cui contraddittorietà fa emergere il tentativo di una parte della giurisprudenza di fornire alla questione una soluzione di compromesso tra istanze di difesa del ricorrente (proprie dell'orientamento "tradizionale") e la ritenuta applicabilità dell'art. 21-*octies*, primo alinea, al difetto di motivazione.

Le conseguenze che deriverebbero dall'applicazione in concreto dell'art. 21-*octies*, primo alinea, al difetto di motivazione emergono bene da un diverso indirizzo dell'orientamento "evolutivo", secondo il quale, ove si accetti che il difetto di motivazione rientri nell'orbita dell'art. 21-*octies* in quanto violazione formale o procedurale, deve ammettersi anche la possibilità che l'amministrazione dimostri in giudizio la legittimità sostanziale del provvedimento, con la conseguenza che l'argomentazione difensiva dell'amministrazione, tesa a fare emergere l'assenza di alternative decisorie, non può essere qualificata come indebita integrazione postuma della motivazione<sup>110</sup>.

Ne consegue che, ai fini dello svolgimento del giudizio di causalità, il giudice può esaminare qualunque contenuto motivazionale introdotto dall'amministrazione in giudizio per sostenere l'assenza in concreto di alternative decisorie, anche se

---

<sup>109</sup> Cfr. art. 63, comma 1, c.p.a.

<sup>110</sup> Cfr., *ex multis*, Tar Lombardia, Milano, sez. I, 20 giugno 2017, n. 1367; Tar Campania, Salerno, sez. I, 13 gennaio 2016, n. 23; Id, sez. II, 11 settembre 2015, n. 190; Id, sez. VIII, 18 giugno 2015, n. 3259; Tar Calabria, Catanzaro, sez. I, 24 gennaio 2015, n. 172; Cons. Stato, sez. IV, 04 marzo 2014, n. 1018; Tar Veneto, Venezia, sez. II, 14 febbraio 2014, n. 201; Cons. Stato, sez. V, 20 agosto 2013, n. 4194; Cons. Stato, sez. IV, 09 ottobre 2012, n. 5257.

introduce ragioni del tutto nuove rispetto a quelle esposte nella motivazione originaria<sup>111</sup>.

In via esemplificativa, si consideri il caso di un ricorso proposto avverso un diniego di sanatoria motivato soltanto sulla base dell'insistenza dell'opera su area vincolata. A fronte di tale impugnazione, il responsabile del servizio edilizia del Comune resistente aveva redatto in corso di giudizio un documento istruttorio, nel quale evidenziava l'esistenza di una terza ragione ostativa (la non conformità urbanistica), non esposta nella motivazione del provvedimento impugnato né rinvenibile dall'esame dell'istruttoria procedimentale, che rendeva per legge assolutamente non sanabile l'abuso. Il giudice amministrativo, alla luce della (nuova) ragione ostativa emersa in giudizio, ha concluso per *"l'irrilevanza (o l'infondatezza) della censura basata sul fatto che l'amministrazione non avesse, in origine, evidenziato in motivazione anche tale aspetto"* poiché *"porta a configurare come vincolato il rigetto della domanda di condono"* e, quindi, non annullabile il provvedimento impugnato perché sostanzialmente legittimo<sup>112</sup>.

Secondo la giurisprudenza in esame, l'ammissibilità di siffatti interventi postumi integrativi della motivazione non sarebbe neppure più ostacolata da ragioni di tutela del diritto di difesa del ricorrente, dal momento che l'effetto sorpresa generato dall'introduzione di nuove ragioni a sostegno dell'iniziale motivazione

---

<sup>111</sup> Diversamente opinando, non si renderebbe una tutela effettiva al ricorrente. Chiaro, sul punto, Tar Campania, Napoli, 3259/2015 cit., ove si afferma che *"è doverosa la considerazione che - soprattutto nel caso di specie dove avverso le motivazioni ulteriori addotte dall'amministrazione sia stato proposto ricorso per motivi aggiunti impugnando i relativi atti - arrestare lo scrutinio dell'adito giudice amministrativo a fronte del mero canone del divieto di integrazione postuma della motivazione significherebbe dare una tutela solo formale alla parte ricorrente, a scapito dell'aspetto della legittimità sostanziale, ben potendo l'amministrazione meramente reiterare l'atto. È infatti il principio di effettività della tutela giurisdizionale che, in tali ipotesi, fatto salvo il pieno diritto di difesa delle parti, impone al giudice di procedere all'esame dei motivi aggiunti che contestano le motivazioni ulteriormente apportate dall'amministrazione"*. In dottrina, già G. VIRGA, *Integrazione della motivazione*, cit., 525, il quale, replicando alle resistenze avanzate da P. BARTOT, *La motivazione tra vizio formale e tutela sostanziale*, cit., 480, ha sostenuto che *"Se l'annullamento di un atto per difetto di motivazione si concreta - come pur si ammette - nell'annullamento di un atto per "vizio di forma", annullamento che lascia libera l'amministrazione di provvedere nuovamente con un nuovo provvedimento che integri la motivazione mancante, non si vede perché tale integrazione non possa avvenire nel corso del giudizio senza attendere una pronuncia che, riguardando appunto un vizio eminentemente formale, sarà meramente dichiarativa"*.

<sup>112</sup> Cfr. Tar Sicilia, Catania, sez. I, 17 novembre 2011, n. 2691.



viene in concreto depotenziato dalla possibilità, per il ricorrente, di proporre motivi aggiunti. La questione sarà ripresa tra poco.

Ciò che preme ora evidenziare è che gli indirizzi giurisprudenziali esaminati nelle pagine precedenti mostrano bene come una fattispecie unitaria – quella dell'applicazione dell'art. 21-*octies* al difetto di motivazione – sia stata letteralmente “spacchettata”<sup>113</sup> per modulare conseguenze che dovrebbero invece trarsi *tout court* una volta ammesso che l'obbligo di motivazione rientri tra le “norme sulla forma degli atti o sul procedimento”.

Ed è questo il punto da cui partire per tentare di dare una sistemazione alla materia.

Occorre innanzitutto considerare che l'opinabilità della distinzione tra tipologie di motivazioni successive ammissibili emerge in maniera lampante se si considera che il *deficit* motivazionale censurato dal ricorrente potrebbe essere sanato in giudizio dall'amministrazione mediante un provvedimento di convalida. Possibilità che deve necessariamente essere ammessa da quella giurisprudenza che qualifica il difetto di motivazione come violazione di una “norma sulla forma degli atti o sul procedimento”<sup>114</sup>.

---

<sup>113</sup> Si è visto che la giurisprudenza differenzia tra “inammissibile integrazione postuma” e “mera esplicitazione postuma” della motivazione. Vedremo nel prosieguo del lavoro come essa tenda anche a distinguere tra tipologie di motivazione postume a seconda che provengano dall'amministrazione resistente o dal difensore di quest'ultima.

<sup>114</sup> Occorre evidenziare che l'orientamento giurisprudenziale contrario alla convalida in corso di giudizio dei provvedimenti è ad oggi minoritario e in via di superamento. Cfr., da ultimo, Tar Toscana, Firenze, sez. III, 30 giugno 2015, n. 500: “(...) è sempre ammessa la convalida di atti illegittimi da parte dell'amministrazione che li ha emanati, in applicazione del principio di economia dei mezzi giuridici e di conservazione degli atti. Ciò è possibile anche in pendenza di giudizio, come ormai definitivamente chiarito dall'art. 21-*nonies*, comma secondo, della legge n. 241/1990, in cui si prevede la possibilità, in generale, di convalida dell'atto per ragioni di pubblico interesse ed entro un ragionevole lasso temporale, senza che il legislatore abbia indicato come causa preclusiva la pendenza di un giudizio”. Tra le righe della sentenza appena citata riecheggia la nota *questio* connessa al rapporto tra l'art. 21-*nonies*, comma 2, l. n. 241/90 e l'art. 6, l. n. 249/1968 che prescrive espressamente la convalidabilità in giudizio soltanto del difetto di competenza. La soluzione sottointesa cui il Tar approda è l'abrogazione tacita della seconda norma ad opera della prima. In termini, cfr. Tar Lazio, Roma, sez. II, 7 maggio 2012, n. 4104; Tar Toscana, Firenze, sez. III, 9 luglio 2012, n. 1299; Tar Campania, Napoli, sez. I, 11 luglio 2012, n. 3350; Tar Lazio, Roma, sez. II, 13 luglio 2012, n. 6405; Cons. Stato, sez. IV, n. 5538/2011.

Per quanto riguarda i presupposti per ritenere legittimo l'esercizio del potere di convalida in corso di giudizio del difetto di motivazione, occorre considerare che: 1) il requisito del

Ebbene, rispetto al potere di convalida, non ha alcun valore distinguere tra mera esplicitazione ed integrazione motivazionale, dal momento che il potere di autotutela dell'amministrazione non può certo essere ostacolato dalla natura della riparazione di cui necessita la motivazione, ben potendo, a seconda dei casi, mirare semplicemente a spiegare meglio i contenuti motivazionali già espressi *in nuce* nel provvedimento oppure ad integrargli *tout court* tramite ragioni nuove, purché rimanga invariato il contenuto dispositivo del provvedimento impugnato.

Possiamo pertanto concludere, in prima battuta, che se la motivazione successiva fosse sempre introdotta in giudizio mediante un provvedimento di convalida, da una parte, la giurisprudenza desisterebbe dal tentativo di differenziare tra specificazione ed integrazione, ora per ammettere ora per vietare la motivazione successiva dell'amministrazione, contribuendo così a dare maggiore linearità alla materia; dall'altra parte, cadrebbero anche le istanze di difesa del ricorrente opposte dall'orientamento "tradizionale", dal momento che quest'ultimo potrebbe senza dubbio impugnare con motivi aggiunti il provvedimento di convalida sopravvenuto e ivi svolgere la propria attività difensiva<sup>115</sup>.

La preferenza per uno scenario di questo tipo sembra, invero, espressa anche da una parte della giurisprudenza amministrativa, la quale, guardando alla

---

*"termine ragionevole"* non desta particolari problemi applicativi, dal momento che interviene in un lasso temporale non distante dall'emanazione del provvedimento; 2) il presupposto della sussistenza di un interesse pubblico sotteso alla convalida del provvedimento sembra, invece, essere connotato da maggiori rigidità, perché richiede, da parte dell'amministrazione, una valutazione caso per caso. La questione è stata affrontata in una recente sentenza del Consiglio di Stato (sez. IV, 14 ottobre 2011, n. 5538), nella quale, a fronte della censura sollevata dal ricorrente di insussistenza delle ragioni di interesse pubblico richieste dall'art. 21-*nonies* per la convalida di un provvedimento viziato da difetto di motivazione, il Collegio ha precisato che *"le ragioni di pubblico interesse coincidono proprio con quelle che sottostanno all'utilizzo dell'istituto e cioè il rispetto del principio di conservazione degli atti e di economia dei mezzi giuridici, a loro volta insiti nei concetti di trasparenza, efficienza ed economicità dell'azione amministrativa di cui all'art. 97 della Costituzione"*.

<sup>115</sup> Si segnala, sul punto, una recentissima sentenza del Consiglio di Stato che ha giudicato *"improcedibile"* il ricorso per motivi aggiunti proposto avverso l'atto di convalida adottato dall'amministrazione in corso di giudizio volto a specificare le ragioni del diniego impugnato, *"non avendo la ricorrente interesse a censurare la motivazione del diniego"*, visto che la *"preclusione al condono scaturisce autonomamente da specifica previsione legge e dalla disciplina urbanistica dell'area - ex ante conoscibile - in cui l'edificio abusivo ricade"* (così, Cons. Stato, sez. VI. 21 febbraio 2017, n. 780). Il profilo del rapporto tra motivazione successiva e motivi aggiunti sarà ripreso a breve nel prosieguo del lavoro.

motivazione successiva come forma di riesercizio del potere, sottolinea che *“anche dopo l'introduzione dell'art. 21-octies, l. 7 agosto 1990 n. 241, una motivazione incompleta può essere integrata e ricostruita attraverso gli atti del procedimento amministrativo, ma l'integrazione della motivazione deve pur sempre avvenire da parte della p.a., mediante gli atti del procedimento medesimo o mediante un successivo provvedimento di convalida, (...) trattandosi in sostanza dell'esercizio di nuovo potere autoritativo”*<sup>116</sup>.

La prassi in materia, tuttavia, mostra una realtà più complessa di quella appena prospettata, perché sono pochissimi sono i casi di convalida della motivazione insufficiente<sup>117</sup>, mentre sono tantissimi i casi in cui l'amministrazione racchiude i

---

<sup>116</sup> Così, Tar Sicilia, Catania, sez. II, 22 dicembre 2011, n. 3100. V. anche Tar Toscana, Firenze, sez. III, 09 giugno 2011, 991; Tar Veneto, sez. II, 16 giugno 2008, n. 1736. Vedremo di seguito che la motivazione successiva, confluita nell'alveo dell'art. 21-octies, perde le fattezze di riesercizio del potere da svolgere nelle forme dell'autotutela.

<sup>117</sup> Si rinviene, invece, una prassi più consolidata da parte dell'amministrazione resistente che deposita in giudizio un proprio “atto” in funzione chiarificatrice/integratrice dei contenuti motivazionali, che ha la “sostanza e le intenzioni” di un provvedimento di convalida, ma non anche il *nomen*, non essendo stato in concreto adottato a seguito di un procedimento di convalida. Cfr. Tar Lombardia, Milano, sez. II, 14 gennaio 2015, n. 136, ove, a seguito del ricorso instaurato avverso un atto di diffida ad eseguire le opere indicate nella DIA, il Comune, con un successivo non meglio definito “provvedimento”, ha integrato la motivazione della diffida (inizialmente adottata per insussistenza del termine di fine lavori), individuando altre ragioni (difficoltà del titolo edilizio e mancata dimostrazione del diritto di proprietà) che, a suo dire, avrebbero precluso la realizzazione delle opere di cui alla DIA originaria. Il Collegio, in assenza di contestazioni da parte del ricorrente e senza porsi la questione dell'ammissibilità o meno dell'integrazione in parola, ha proceduto ad esaminare la legittimità della diffida impugnata, tenendo conto anche degli ulteriori elementi dedotti dall'amministrazione con l'atto integrativo. In termini, cfr. Tar Campania, Napoli, sez. VIII, 18 giugno 2015, n. 3259, ove è stata depositata in giudizio una delibera di giunta comunale sui criteri per il rilascio delle autorizzazioni provvisorie demaniali che andava ad introdurre una nuova ragione ostativa al rilascio dell'autorizzazione (cfr. anche Tar Pescara, sez. I, 10 giugno 2011, n. 348 e, più di recente, Tar Veneto, Venezia, sez. II, 18 gennaio 2017, n. 50); Tar Sicilia, Catania, sez. I, 17 novembre 2011, n. 2691, ove con un non meglio definito “atto” il Responsabile del Servizio Edilizia del Comune ha comunicato ulteriori ragioni ostative all'accoglimento dell'istanza di sanatoria edilizia; Tar Lombardia, Milano, sez. II, 17 gennaio 2011, n. 89, ove con un non meglio definito “atto” depositato in giudizio il Comune di Milano ha illustrato le ragioni di interesse pubblico sottese alla revoca del permesso di costruire; Tar Campania, Napoli, sez. II, 30 gennaio 2009, n. 542, ove tramite un non meglio definito “provvedimento” il Comune ha ulteriormente specificato le ragioni della decadenza dal permesso a costruire.

chiarimenti o le integrazioni motivazionali negli scritti del difensore, oppure, in proprie “relazioni” o “note” che vengono depositate in giudizio<sup>118</sup>.

Ed è forse in ragione di questa prassi amministrativa - che interviene in via postuma su un elemento del provvedimento, qual è la motivazione, con meri atti o con provvedimenti sganciati da procedimenti di convalida<sup>119</sup> - che il giudice amministrativo ha sentito la necessità di graduare tra tipologie di motivazioni successive, ammettendo solo quelle meramente esplicative di contenuti motivazionali già esistenti che non implicano il riesercizio di un potere amministrativo.

La problematica appena illustrata, tuttavia, è mal posta e potrebbe essere risolta agilmente inquadrando correttamente siffatte forme di intervento postumo sulla motivazione (diverse dalla convalida) alla luce dell'art. 21-*octies*, primo alinea.

Infatti, se il giudice ammette in sentenza che il difetto di motivazione rientri nell'orbita dell'art. 21-*octies*, primo alinea, e che, pertanto, non possa condurre all'annullamento ove risulti palese che il provvedimento non avrebbe potuto avere un contenuto dispositivo diverso, allora deve anche (coerentemente) ammettere che l'amministrazione, nello svolgimento della sua fisiologica attività difensiva, integri/specifichi la motivazione del provvedimento medesimo, secondo scansioni tutte interne al processo stesso.

La motivazione successiva dell'amministrazione, infatti, trapiantata nello schema applicativo dell'art. 21-*octies*, primo alinea, altro non è che l'espressione dell'attività difensiva dell'amministrazione volta a rendere palese al giudice che il provvedimento non avrebbe potuto avere un contenuto differente.

In altre parole, dal momento che, alla luce del giudizio di causalità richiesto dall'art. 21-*octies*, primo alinea, ciò che rileva non è il dato estrinseco del difetto di motivazione, ma l'individuazione dei presupposti di fatto e di diritto su cui si fonda il provvedimento impugnato per accertarne la legittimità sostanziale, elementi utili

---

<sup>118</sup> A tale ultimo proposito, in via esemplificativa, si consideri Tar Campania, Salerno, sez. II, 14 luglio 2009, n. 4022, ove con una relazione dirigenziale la Regione ha esplicitato le ragioni del diniego impugnato; Tar Abruzzo, Pescara, 30 maggio 2006, n. 319, ove l'integrazione è avvenuta tramite una relazione redatta dalla Prefettura che conteneva le ragioni ostative al rilascio della sanatoria.

<sup>119</sup> Cfr. le precedenti note 116 e 117.

in tal senso possono essere ricavati non solo dal provvedimento ma anche dall'attività difensiva dell'amministrazione finalizzata a far emergere gli elementi dai quali discende necessariamente l'adozione del provvedimento impugnato<sup>120</sup>.

Non è, quindi, corretto inquadrare la fattispecie nei termini di una "integrazione postuma o esplicativa" della motivazione, come fa la giurisprudenza, perché si tratta di mera *attività difensiva* svolta ora per propugnare l'applicabilità dell'art. 21-*octies*, ora per meglio spiegare e difendere il provvedimento impugnato.

La ricostruzione appena esposta consente anche di superare la tormentata questione della motivazione successiva fornita tramite gli scritti difensivi predisposti dal difensore dell'amministrazione resistente. Secondo una parte della giurisprudenza, infatti, l'integrazione motivazionale operata dal difensore mediante i suoi scritti, sia essa esplicativa o integrativa, sarebbe sempre inammissibile<sup>121</sup>, perché in tal modo la difesa tecnica finirebbe per alterare le

---

<sup>120</sup> L'affermazione apparirà ancora più chiara nel successivo par. 3, dove verrà esaminato il carattere "*palese*" del giudizio di causalità e sarà messo in evidenza che non sia assolutamente precluso al giudice svolgere attività istruttoria per fare emergere in modo *evidente* l'assenza di alternative decisorie.

<sup>121</sup> Cfr. Tar Campania, Napoli, sez. III, 28 giugno 2017, n. 3509: "*non è ammissibile una integrazione postuma della motivazione ad opera del difensore in giudizio dell'amministrazione resistente, il quale non è certamente titolare del potere di provvedere in merito e quindi di integrare o modificare gli atti adottati che costituiscono l'oggetto del giudizio amministrativo impugnatorio*". In termini, cfr. Tar Lazio, Latina, sez. I, 02 febbraio 2016, n. 55, ove si legge "*trattasi di integrazione postuma della motivazione, da considerare inammissibile, giacché effettuata direttamente dal difensore in udienza*"; Tar Emilia Romagna, Bologna, sez. I, 09 aprile 2015, n. 346; C.g.a.r.s., sez. giur., 29 maggio 2013, n. 499, ove si precisa che è inammissibile l'integrazione ad opera del difensore perché "*lo scritto difensivo, quanto a regime giuridico e regole di imputazione delle circostanze affermate, non può essere equiparato ad un atto amministrativo*"; Tar Campania, Napoli, sez. VIII, 6 giugno 2012, n. 2670; Tar Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 17 marzo 2008, n. 455; Tar Sicilia, Catania, sez. II, 08 settembre 2009, n. 1486; Tar Puglia, Bari, sez. III, 22 luglio 2004, n. 3210. Peculiare la sentenza del Tar Sicilia, Catania, sez. II, 09 agosto 2007, n. 1344, la quale, in materia di diniego di rinnovo di porto d'armi e a fronte dell'impugnazione con motivi aggiunti delle considerazioni contenute nel controricorso dell'Avvocatura, ha precisato che "*le frasi in esame costituiscano mero esercizio della attività difensiva dell'Avvocatura erariale, e non costituiscono un rinforzo dell'apparato motivazionale del provvedimento impugnato in via principale*". Ciò viene dedotto non dal contenuto delle considerazioni ma dalla circostanza che "*le considerazioni integrative provengono dall'organo deputato alla difesa tecnica dell'Amministrazione resistente, e non da quest'ultima*". Richiama quanto già rilevato nel corpo del testo, la prospettiva assunta da Tar Lazio, Roma, sez. I, 14 giugno 2016, n. 6797, secondo il quale, l'integrazione della motivazione potrebbe avvenire soltanto mediante un provvedimento di convalida che assicura l'avvenuto riesercizio dell'azione amministrativa e consente di riferire senza

regole della competenza sostituendosi all'amministrazione. Secondo un'altra parte della giurisprudenza, invece, il giudice può utilizzare le giustificazioni fornite in sede giurisdizionale dal difensore purché trovino un addentellato logico nell'esposizione motiva dell'atto stesso. In tale ultima ipotesi, infatti, si avrebbe soltanto un perfezionamento formale della motivazione, poiché gli elementi introdotti dal difensore, inespressi o non adeguatamente espressi nella motivazione del provvedimento impugnato, sarebbero comunque riconducibili all'originaria volontà amministrativa<sup>122</sup>.

Insomma, ancora una volta, la questione è mal posta, perché se le giustificazioni successive sono viste per quello che sono realmente nel quadro dell'art. 21-*octies*, primo alinea, e cioè mera attività difensiva della legittimità sostanziale della decisione, e *non* come forma di riesercizio del potere, cadono anche le ragioni di temuta sostituzione del difensore all'autorità<sup>123</sup>.

---

dubbio la "paternità" dell'integrazione all'amministrazione. Qualora, invece, il giudice valuti la legittimità sostanziale del provvedimento impugnato sulla base di argomenti introdotti mediante meri atti difensivi, andrebbe a pronunciarsi su un potere mai esercitato, in violazione dell'art. 34, comma 2, c.p.a. La pronuncia riprende un profilo già anticipato e sviluppato nel testo con riferimento alla convalida della motivazione.

<sup>122</sup> Cfr. *ex multis*, Cons. Stato, sez. III, 06 maggio 2014, n. 2313, concernente un diniego di rinnovo di porto d'armi, ha affermato che *"deve ribadirsi la preclusione dell'integrazione della motivazione del provvedimento in corso di giudizio a mezzo di scritti difensivi, che non esprimono la volontà dell'Amministrazione ed introducono ulteriori ragioni ostative al rilascio dell'autorizzazione in ordine alle quali non è stato, per di più, garantito il contraddittorio con l'interessato nel corso del procedimento amministrativo, ai sensi dell'art. 10 bis della legge n. 241 del 1990 e successive integrazioni, prima di adottare la determinazione di segno negativo"*; Tar Lombardia, Milano, sez. II, 08 marzo 2007, n. 372, che, nel risolvere la controversia avente ad oggetto un diniego di proroga di concessione edilizia, tiene conto *"della riconducibilità dei vizi di motivazione alla categoria dei vizi formali ex art. 21-*octies* cit., e del conseguente potere, in capo al giudice, di analizzare anche profili motivazionali non esplicitati nell'originario provvedimento amministrativo, ma esternati, ad integrazione della motivazione ed in ordine ad elementi già preesistenti, anche in un momento successivo e per opera di un soggetto diverso, ossia del difensore della P.A."*. V. anche Tar Genova, sez. I, 27 maggio 2005, n. 744; Tar Campania, Salerno, 2 febbraio 2004, n. 76; Tar Liguria, I, 19 marzo 2003, n. 354; Tar Emilia Romagna, Bologna, 22 luglio 2002, n. 956.

<sup>123</sup> La tesi accolta oggi da quella parte della giurisprudenza che distingue tra esplicitazione e integrazione della motivazione, richiama da vicino la tesi di un'Autorevole dottrina che, ricostruendo il problema della motivazione successiva introdotta dagli scritti difensivi in chiave probatoria, aveva precisato che non c'è sostituzione del difensore all'autorità ove le argomentazioni del primo siano comunque *"riconducibili all'originaria volontà amministrativa"* (cfr. M.S. GIANNINI, *Motivazione dell'atto amministrativo* (voce), in *Enc. dir.*, XXVII, 1977, 257 ss. Siffatta ricostruzione era senz'altro apprezzabile e condivisibile al

L'erronea qualificazione degli elementi motivazionali, esplicativi o integrativi, dedotti dall'amministrazione in corso di giudizio come riesercizio del potere, e non come espressione di attività difensiva che non altera il contenuto della decisione, ha generato inoltre un uso indebito dell'istituto dei motivi aggiunti, dal momento che vengono proposti indistintamente anche avverso mere relazioni, note o scritti difensivi<sup>124</sup>, i quali non sono non hanno carattere provvedimentoale ma, molto spesso, non hanno nemmeno alcuna efficacia innovativa rispetto all'atto impugnato in via principale, limitandosi soltanto ad una migliore e più completa illustrazione degli aspetti giuridici della vicenda giuridica controversa.

Il risultato è che vengono alternativamente ammessi ricorsi per motivi aggiunti che tali non possono definirsi perché, da una parte, non vengono proposti avverso "provvedimenti"; dall'altra, perché, vista la natura meramente chiarificatrice dell'atto depositato in giudizio dall'amministrazione, tramite la loro impugnazione non viene dedotta alcuna nuova censura ma soltanto un'ulteriore esplicitazione (a fronte dei chiarimenti forniti dall'amministrazione) di quelle già enunciate nel ricorso principale a sostegno del vizio di difetto di motivazione sollevato, oppure, avverso circostanze ben note al ricorrente fin dalla proposizione del ricorso principale<sup>125</sup>.

---

tempo in cui è stata formulata, ma perde oggi attualità alla luce dell'art. 21-*octies*, primo alinea, all'interno del quale la motivazione successiva prende le forme di mera attività difensiva e non di riesercizio del potere.

<sup>124</sup> Cfr. Tar Campania, Napoli, sez. VII, 25 gennaio 2017, n. 528 ove l'amministrazione ha depositato una "nota tecnica"; Tar Salerno n. 4022/2009 cit. e Tar Pescara n. 319/2006 cit. ove l'amministrazione ha depositato una "relazione". A sostegno della soluzione sono invocate ragioni di economia processuale e la necessità di definire il giudizio attraverso una più incisiva indagine dell'intero materiale giustificativo alla base dell'atto impugnato, anche ai fini dell'eventuale riesercizio del potere amministrativo. Cfr. Tar Venezia, sez. II, 18 gennaio 2017, n. 50; Tar Campania, Napoli, sez. VIII, 18 giugno 2015, n. 3259; Cons. Stato, sez. III, 14 gennaio 2014, n. 104; Tar Lombardia, Milano, sez. II, 14 gennaio 2014, n. 136; Tar Sicilia, Catania, sez. I, 17 novembre 2011, n. 2691; Tar Campania, Napoli, sez. II, 30 gennaio 2009, n. 542, Tar Pescara, 14 marzo 2007, n. 323.

<sup>125</sup> Cfr. Tar Napoli, n. 3259/2015 cit., ove la delibera impugnata con motivi aggiunti era già nota al ricorrente; Tar Campania, Napoli, sez. II, 30 gennaio 2009, n. 542, ove il provvedimento impugnato con motivi aggiunti precisava la norma del piano regolatore violata, già individuata e censurata dal ricorrente nel ricorso principale; Tar Salerno, n. 4022/2009 cit., ove la ricorrente "*riprende le censure del ricorso principale*" nei motivi aggiunti.

Le critiche appena svolte trovano riscontro in un ristretto numero di pronunce, nelle quali il giudice amministrativo, in taluni casi, dopo aver constatato la natura puramente chiarificatrice dell'atto adottato dall'amministrazione in corso di giudizio, dichiara per tale ragione *inammissibile* l'impugnativa proposta con i motivi aggiunti; in altri casi, quando vengono prospettate censure già svolte nel ricorso principale e confutate dal giudice in occasione del suo esame, l'impugnativa viene dichiarata infondata.

Se, allora, le argomentazioni svolte dall'amministrazione tramite gli scritti dei difensori e meri atti costituiscano, nel solco del giudizio di causalità di cui all'art. 21-*octies*, mera attività difensiva, la problematica è presto risolta, perché il ricorrente non potrà che rispondere, a sua volta, con gli strumenti che il processo gli offre, ossia con una memoria difensiva. L'unico limite che sconta la possibilità per l'amministrazione di produrre giustificazioni motivazionali in giudizio è quello del rispetto dei termini di cui all'art. 73, comma 1, c.p.a., fissati a garanzia del contraddittorio e del diritto di difesa delle parti<sup>126</sup>.

#### **2.4. (segue) Sul difetto di competenza**

Anche con riferimento alla possibilità di ricomprendere nel campo di applicazione del primo alinea dell'art. 21-*octies* il difetto di competenza, occorre chiedersi se le norme sulla competenza possano essere intese come "*norme sul procedimento o sulla forma degli atti*". Più precisamente, dovendosi logicamente escludere che le disposizioni che disciplinano la competenza possano attenere alla forma degli atti, occorre chiedersi se possano essere intese come "*norme sul procedimento*"<sup>127</sup>.

Sul punto, si sono formate due distinte ed opposte tesi interpretative.

---

<sup>126</sup> La bontà della ricostruzione appena svolta sembra potersi ricavare dalla sentenza del Tar Lombardia, Milano, sez. I, 26 luglio 2012, n. 2092, ove il Collegio, argomentando intorno alla *ratio* sottesa all'art. 21-*octies*, precisa che "(...) *nelle ipotesi in cui venga contestato il difetto di motivazione o di istruttoria, l'amministrazione ben può integrare gli accertamenti compiuti nel corso del procedimento per dimostrare la correttezza del risultato a cui essa è pervenuta, senza che ciò comporti alcun vulnus della posizione del ricorrente il quale, fino alla scadenza del termine previsto dall'art. 73 c.p.a. per la memoria finale, ha ora la possibilità di avvalersi di un'ampia gamma di mezzi istruttori (ivi compresa la prova testimoniale) per dimostrare la bontà delle proprie ragioni*".

<sup>127</sup> Naturalmente, la problematica riguarda esclusivamente il caso dell'incompetenza relativa, restando il difetto assoluto di attribuzione attratto nel campo della nullità *ex art. 21-septies*, l. n. 241/90.



L'orientamento giurisprudenziale sfavorevole si fonda su una constatazione di ordine letterale: l'articolazione dei vizi di legittimità indicata nell'art. 21-*octies*, comma 1, confermerebbe la *“classica 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 delle norme sul procedimento o sulla forma rientra nell'ambito più generale della violazione di legge”*<sup>128</sup>. In altre parole, secondo tale orientamento, la circostanza che il vizio di incompetenza sia individuato separatamente dal vizio di violazione di legge quale causa di annullamento del provvedimento farebbe propendere per un suo inquadramento entro un *genus* autonomo e differente rispetto a quello della violazione di legge. Di conseguenza, poiché la violazione delle norme sul procedimento rientra nella più ampia fattispecie della violazione di legge, le norme sulla competenza non potrebbero essere considerate *“norme sul procedimento”*. Secondo un secondo e più diffuso orientamento giurisprudenziale, invece, pur in assenza di una specifica menzione del vizio in parola nel primo alinea dell'art. 21-*octies*, lo stesso rientrerebbe nondimeno nel suo campo di applicazione. Da una parte, perché *“i generali principi di conservazione dell'atto e di strumentalità delle forme inducono a generalizzare la portata dell'istituto dell'illegittimità non invalidante, per evitare che la prevalenza di considerazioni procedurali porti l'Amministrazione alla scelta, antieconomica e contrastante con il principio di efficienza, di dover riavviare un procedimento i cui esiti siano ab initio scontati”*<sup>129</sup>.

---

<sup>128</sup> Cfr. Tar Puglia, Lecce, sez. I, 13 ottobre 2016, n. 1536; Tar Lazio, Roma, sez. III, 11 giugno 2015, n. 8220; C.g.a.r.s., 12 marzo 2015, n. 272; Tar Sicilia, Catania, sez. III, 20 luglio 2012, n. 1879; Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 06 aprile 2012, n. 1035; Tar Liguria, Genova, sez. II, 15 dicembre 2010, n. 10857; Tar Veneto, Venezia, sez. II, 09 febbraio 2010, n. 340; Tar Liguria, Genova, sez. I, 19 ottobre 2007, n. 1766; Tar Lazio, Roma, sez. III, 20 agosto 2007, n. 8224; Tar Campania, Napoli, sez. I, 12 aprile 2006, n. 3538; Tar Potenza, 22 agosto 2006, n. 527.

<sup>129</sup> Cfr., *ex multis*, Tar Ancona, sez. I, 02 luglio 2016, n. 429; Tar Emilia Romagna, Bologna, sez. I, 09 ottobre 2014, n. 944; Cons. Stato, sez. VI, 27 febbraio 2012 n. 1081; Cons. Stato, sez. VI, 11 maggio 2011, n. 2795; Cons. Stato, sez. V, 19 giugno 2009, n. 4031; Cons. Stato, sez. V, 14 aprile 2008, n. 1588. In termini, anche Tar Campania, Salerno, sez. II, 21 maggio 2013, n. 1132 che, aderendo all'impostazione di Tar Sicilia, Catania, sez. III, 27 febbraio 2013, n. 561, ha affermato che *“secondo il prevalente orientamento giurisprudenziale, l'art. 21-*octies* ha una propria vis espansiva che lo rende applicabile a qualsiasi vizio formale, dato che l'acclarata necessaria reiterazione del provvedimento, da parte dell'organo in ipotesi competente, dimostra che la censura, pur fondata, non è sorretta da alcun concreto*

Dall'altra, perché il difetto di competenza rilevarebbe come violazione di "*norma sul procedimento*"<sup>130 131</sup>.

Nella quasi totalità delle sentenze esaminate, tuttavia, la qualificazione del difetto di competenza come violazione di "*norma sul procedimento*" rimane indimostrata, nel senso che la sua affermazione non è sostenuta da alcuna argomentazione giuridica.

Merita pertanto di essere menzionata la sentenza del Tar Latina n. 39/2007 che ha cercato, invece, di dare un inquadramento delle norme sulla competenza nell'alveo di quelle sul procedimento.

Il ricorrente aveva censurato il difetto di competenza dell'organo che aveva adottato la revoca di autorizzazione precedentemente rilasciata nei suoi confronti. Il Tar, interrogandosi sulla riconducibilità del difetto di competenza nell'alveo dell'art. 21-*octies*, primo alinea, ha affermato che "*se l'attribuzione della competenza richiede un'investitura, può agevolmente concludersi nel senso che la relativa patologia è sussumibile nella "violazione di legge", espressione nella quale rileva anche la normativa che fissa e limita l'ambito di potestà proprio di ciascun soggetto amministrativo e/o delle sue articolazioni*"<sup>132</sup>. In altre parole, se nel novero

---

*interesse*". V. anche Tar Sicilia, Catania, 22 novembre 2012, n. 2650; Tar Puglia, Bari, 26 gennaio 2012, n. 265; Cons. Stato, 28 gennaio 2009, n. 17570; Tar Lazio, Latina, 23 novembre 2006, n. 1748.

<sup>130</sup> Esplicito, sul punto, Tar Toscana, Firenze, sez. III, 17 settembre 2013, n. 1263 (il provvedimento impugnato avrebbe dovuto essere firmato dal dirigente e non da un funzionario), secondo il quale, "*quando la competenza appartiene ad un organo diverso dello stesso ente, come nel caso di specie, è un mero vizio procedimentale*". In termini, v., *ex multis*, Tar Campania, Napoli, sez. III, 28 marzo 2017, n. 1710; Tar Trento, sez. I, 13 aprile 2017, n. 136; Cons. Stato, sez. IV, 16 giugno 2017, n. 2953; Tar Toscana, Firenze, sez. III, 10 ottobre 2016, n. 1449; Cons. Stato, sez. III, 03 agosto 2015, n. 3791; Cons. Stato, sez. V, 14 maggio 2013, n. 2602; Tar Toscana, Firenze, sez. III, 30 gennaio 2012, n. 197; Tar Veneto, Venezia, sez. II, 9 febbraio 2010 n. 340; Cons. Stato, sez. IV, 15 dicembre 2009, n. 7998 Tar Lazio, Latina, 23 novembre 2006, n. 1748; Cons. Stato, sez. VI, 06 novembre 2006, n. 6521; ID., 15 novembre 2005, n. 6350.

<sup>131</sup> Secondo alcune pronunce, l'applicabilità dell'art. 21-*octies*, primo alinea, al difetto di competenza deve senz'altro ammettersi "*quantomeno nei casi in cui*" l'organo incompetente che ha adottato l'atto non abbia una "*diversa natura (politica piuttosto che tecnica)*" rispetto a quello competente, così che si possa affermare che il primo, benché incompetente ad adottare il provvedimento, non sia comunque "*privo delle necessarie competenze tecniche in materia*" (Cfr. Tar Campania, Salerno, sez. II, 21 maggio 2013, n. 1132, ove il provvedimento era stato adottato dalla giunta invece che dal Sindaco). In termini, v. Tar Liguria, Genova, sez. II, 15 dicembre 2010, n. 10857.

<sup>132</sup> Cfr. Tar Lazio, Latina, 17 gennaio 2007, n. 39.

delle norme sul procedimento rientrano tutte quelle “*determinazioni positive (...) che individuano la sede di inveroamento della funzione*”, allora “*le norme sulla competenza sono anche “norme sul procedimento”*”<sup>133</sup>.

Tralasciando per il momento ogni valutazione sulla condivisibilità o meno delle argomentazioni svolte dagli orientamenti sopra illustrati, l’uno favorevole e l’altro incline a negare la riconducibilità del difetto di competenza tra le violazioni procedurali, rileva in questa sede mettere subito in evidenza un dato importante ai fini del presente lavoro, che emerge dalla sentenza del Tar Latina appena richiamata.

Contestualizzandola, occorre precisare che è stata pronunciata nel vigore dell’art. 26, comma 2, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, secondo il quale, “*Il tribunale, (...), se accoglie il ricorso per motivi di incompetenza, annulla l’atto e rimette l’affare all’autorità competente*”. La *ratio* sottesa alla disposizione era quella di evitare un giudizio anticipato sui futuri provvedimenti dell’organo riconosciuto competente e di non predisporre un vincolo anomalo sull’attività dello stesso<sup>134</sup>.

Nel caso di specie, dunque, il provvedimento adottato dall’autorità incompetente sarebbe dovuto essere *tout court* annullato e la decisione del caso concreto essere rimessa all’autorità competente. Il Tar, tuttavia, riconoscendo natura procedimentale alle norme sulla competenza, si è trovato dinanzi ad un bivio: applicare al caso di specie il primo alinea dell’art. 21-*octies* e dichiarare il provvedimento non annullabile *ex art. 21-*octies** per la doverosità del suo contenuto, oppure, applicare l’art. 26 cit. e annullare il provvedimento per difetto di competenza.

Il conflitto tra le due norme è stato risolto facendo riferimento al principio “*lex posterior derogat priori*”: il Collegio ha pertanto affermato che, in caso di difetto di competenza, l’annullamento del provvedimento impugnato e la rimessione dell’affare all’autorità competente è possibile solo ove si accerti che il contenuto dispositivo del provvedimento avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. In caso contrario, ai sensi del primo alinea dell’art. 21-*octies*, il provvedimento, nonostante il vizio di incompetenza, non può essere annullato. Ne

---

<sup>133</sup> *Ibidem*.

<sup>134</sup> Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 06 aprile 2009, n. 2143.

consegue che, in caso di rilevata incompetenza, l'esame del giudice non può arrestarsi, ma deve estendersi all'indagine sulla legittimità sostanziale del provvedimento impugnato, al fine di applicare o meno l'art. 21-*octies*.

Orbene, la sentenza del Tar Latina potrebbe apparire oggi priva di utilità ai fini della presente indagine, considerata l'abrogazione dell'art. 26 cit. ad opera del codice del processo amministrativo, che ha fatto venir meno l'obbligo per il giudice amministrativo di esaminare per primo il vizio di incompetenza e, in caso di fondatezza, di rimettere la controversia all'autorità ritenuta competente.

Sul punto, tuttavia, si registra una recente sentenza dell'Adunanza plenaria<sup>135</sup>, che potrebbe rimettere al centro i tentativi svolti dalla giurisprudenza precedente per superare l'autonomo rilievo del difetto di competenza stabilito dall'art. 26 cit., dando direttamente ingresso a pronunce di merito che si spingano ad accertare la legittimità sostanziale del provvedimento in caso di attività vincolata dell'amministrazione<sup>136</sup>.

Secondo la Plenaria citata, infatti, il contenuto precettivo dell'art. 26 cit. sarebbe stato ribadito dal legislatore nell'art. 34, comma 2, primo periodo, c.p.a., il quale stabilisce che *"in nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati"*. Sposando una lettura della norma in chiave soggettiva, la Plenaria ha affermato che *"i poteri non ancora esercitati"* cui si riferisce l'art. 34 cit. sono quelli *"non esercitati dall'autorità competente"* nel caso di provvedimento viziato da difetto di competenza. Il carattere "radicale" del difetto di competenza, quindi, consiste nel non aver ancora, l'autorità amministrativa competente, esercitato la sua funzione, con conseguente divieto, per il giudice, di prodursi in un sindacato che pregiudicherebbe il successivo esercizio del *munus* da parte dell'autorità amministrativa competente.

Risulta dunque riproposta la specialità del pregresso trattamento processuale del difetto di incompetenza, compendiabile nel duplice dovere del giudice di

---

<sup>135</sup> Il riferimento è alla sentenza del Cons. Stato, ad. plen., 27 aprile 2015, n. 5. Prima della Plenaria in esame, si veda in termini Tar Sardegna, Cagliari, sez. I, 11 luglio 2014, n. 599 (che richiama, a sua volta, C.g.a.r.s., sez. giurisd., 06 marzo 2012, n. 273).

<sup>136</sup> Per una ricostruzione giurisprudenziale e dottrinale, cfr. G. SORRENTINO, *Vizio di incompetenza e processo amministrativo di risultato*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 87 ss.

conoscerlo comunque per primo e, trovatolo fondato, di astenersi dalla disamina degli altri motivi prospettati dal ricorrente.

Per superare l'ostacolo "normativo" riproposto dalla Plenaria, tuttavia, non sembra possibile ripercorrere i binari tracciati dalla sentenza sopra citata del Tar Latina, dal momento che l'art. 21-*octies*, primo alinea, è norma anteriore all'art. 34, c.p.a., pertanto, a rigore, è quest'ultima che dovrebbe prevalere sulla prima.

Che conseguenze potrebbe allora avere la Plenaria sull'applicabilità dell'art. 21-*octies*, primo alinea, al difetto di competenza?

La pronuncia (correttamente) tace sul punto, perché, occorre sottolinearlo, la sentenza non si occupa precipuamente del rilievo del difetto di competenza nell'ambito dell'esame della domanda di annullamento del provvedimento impugnato, bensì della più specifica questione del trattamento processuale della competenza in connessione con la graduazione dell'ordine dei motivi di ricorso.

Tuttavia, se muoviamo dalla premessa espressa nella sentenza, e cioè che la censura di difetto di competenza deve essere esaminata per prima e, in caso di fondatezza, determinare *sempre* l'annullamento del provvedimento *ex art. 34 cit*, evidentemente non residua alcuno spazio al giudice per valutare se, nonostante il difetto di competenza, sia palese l'assenza di alternative decisorie.

Pertanto, qualora la deduzione appena svolta fosse sostenuta anche in giurisprudenza, la questione tanto dibattuta sulla possibilità o meno di ricomprendere il difetto di competenza nell'alveo dell'art. 21-*octies*, prima alinea, non avrebbe più ragione di esistere<sup>137</sup>.

Le conclusioni che abbiamo ritenuto di trarre dal principio di diritto formulato dalla Plenaria potrebbero tuttavia sfumare sottoponendo ad un vaglio critico gli argomenti esposti nella sentenza a supporto dell'esegesi dell'art. 34 cit. come divieto per il giudice di pronunciarsi su poteri "*non esercitati dall'autorità competente*".

---

<sup>137</sup> Da un'analisi del repertorio giurisprudenziale in materia emerge che, anche dopo la sentenza dell'Adunanza plenaria, la giurisprudenza maggioritaria del Tar continua ad esaminare la rilevanza del vizio di incompetenza ai fini dell'annullamento del provvedimento impugnato alla luce del primo alinea dell'art. 21-*octies*. Resta da vedere come il Consiglio di Stato deciderà in caso di appello.

Procedendo per gradi, secondo la Plenaria, una lettura soggettiva dell'art. 34 cit. è “senza dubbio quella preferibile” perché “più rispettosa del quadro sistematico e dei valori costituzionali” sotto tre profili:

a) “diversamente opinando... verrebbe leso il principio del contraddittorio rispetto all'autorità amministrativa competente” - “sia essa appartenente al medesimo ente ovvero ad ente diverso ma comunque interessato alla materia” - “dato che la regola di condotta giudiziale si formerebbe senza che questa abbia partecipato ... al processo”;

b) l'inderogabilità dell'ordine legale di attribuzioni e competenze (art. 97, commi 2 e 3, Cost.);

c) la “separazione dei poteri” e la “riserva di amministrazione”.

Tralasciando in questa sede l'esame dei profili *sub a)* e *b)*<sup>138</sup>, ciò che qui rileva evidenziare è che la *ratio* sottesa alla particolare disciplina processuale riconosciuta al difetto di competenza sia da rintracciare proprio (e solamente) nell'argomento *sub a)*, ossia nella garanzia del diritto di difesa dell'Amministrazione competente, che non può essere chiamata ad ottemperare a regole giudiziali di condotta maturate all'esito di un processo cui non è stata messa in condizione di partecipare<sup>139</sup>.

Se questa è, a ben vedere, la reale intima *ratio* che impone al giudice in caso di (censurato e accertato) difetto di competenza di assorbire gli altri motivi e annullare il provvedimento, ecco che si scorge, interpretativamente, la vera e più

---

<sup>138</sup> Ci si permette di rinviare sul punto all'attenta disamina svolta nello scritto di L. BERTONAZZI, *Il trattamento processuale dell'incompetenza e dei vizi ad essa assimilati*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 831 ss.

<sup>139</sup> Così, L. BERTONAZZI, *op. loc. cit.*, il quale con limpidezza osserva che “se il giudice, assodata la consistenza del vizio di incompetenza, scrutinasse gli ulteriori motivi rappresentati dal ricorrente e li accogliesse, si formerebbero regole giudiziali di condotta senza che l'autorità amministrativa tenuta a darvi esecuzione abbia mai preso parte al relativo processo. Un simile scenario è veramente incompatibile con il diritto di difendersi nel giudizio: in ciò — e, si badi, in ciò soltanto — va rintracciata l'intima *ratio* dell'art. 34, comma 2, primo periodo, c.p.a”. Si veda, ben prima, un'intuizione in tal senso da parte di A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, Milano, 1962, 460: “(...) l'autore dell'atto impugnato, se è di certo legittimato passivamente al processo, non dispone viceversa della necessaria legittimazione per contraddire rispetto al rapporto sostanziale: sì che questo non può formare oggetto di accertamento in quella causa” e, in anni più vicini, di G. SORRENTINO, *Vizio di incompetenza e processo amministrativo di risultato*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 87-90.

profonda ragione ostativa all'applicabilità del giudizio di causalità di cui all'art. 21-*octies* al difetto di competenza. Ragione che va al di là della sua qualificazione o meno come violazione di una "norma sulla forma degli atti o sul procedimento".

Qualora, infatti, il giudice ritenesse che il difetto di competenza censurato non sia in grado di condurre all'annullamento del provvedimento per la palese assenza di alternative decisorie, la conseguenza sarebbe la salvezza del provvedimento, cui dovrebbe darvi esecuzione un'amministrazione (quella competente) che non ha mai preso parte al relativo processo, in palese violazione del diritto di difesa. Allo stesso modo, nell'ipotesi contraria in cui il provvedimento affetto da incompetenza venisse annullato perché sostanzialmente illegittimo, l'amministrazione competente sarebbe chiamata a dare esecuzione a regole giudiziali di condotta senza aver mai preso parte al relativo processo.

Siffatto scenario, tuttavia, non si rinviene quando<sup>140</sup>:

- 1) il provvedimento è stato emanato da un organo anziché da un altro, ambedue appartenenti alla stessa Amministrazione, giacché è quest'ultima, come resistente, la parte necessaria del giudizio, e tramite la partecipazione al giudizio può esercitare il proprio diritto di difesa;
- 2) l'incompetenza prospettata dal ricorrente (e acclarata dal giudice) pertenga a relazioni intersoggettive ma l'Amministrazione titolare del potere amministrativo intervenga in giudizio (volontariamente o dietro ordine del giudice: art. 28, commi

---

<sup>140</sup> Così, L. BERTONAZZI, *Il trattamento processuale*, cit. La ricostruzione era già stata avanzata in termini simili da G. SORRENTINO, *Vizio di incompetenza*, cit., "Una prima ipotesi, con riferimento alla quale è possibile sostenere la (rilevata) preclusione all'esame in chiave meramente oggettiva del vizio di incompetenza (e prima ancora la sussistenza dell'onere del ricorrente di non arrestarsi alla proposizione del vizio formale e di riferirlo a una più ampia e organica prospettazione che dia conto del suo buon diritto alla conservazione e/o alla acquisizione del bene della vita coinvolto nel giudizio), ricorre quando l'Amministrazione - alla quale appartiene sia l'organo (relativamente incompetente) che ha emanato l'atto, sia l'organo in concreto competente - si sia comunque costituita in giudizio per la conservazione del provvedimento impugnato. Si pensi ad esempio al caso di un Comune che si difenda nel giudizio proposto avverso un atto di propria competenza, ma emanato da organo relativamente incompetente. (...) la costituzione in giudizio dell'ente locale complessivamente e unitariamente considerato finisca per togliere rilievo autonomo al vizio di incompetenza, configurandosi come qualificata manifestazione della volontà dell'Amministrazione di mantenere e confermare l'assetto di interessi determinato dall'atto impugnato".

2 e 3, c.p.a.), a fianco di quella che, pur incompetente, ha emanato il provvedimento impugnato e ivi figura come resistente<sup>141</sup>.

Nei casi appena citati, non sussistendo una violazione del diritto di difesa dell'amministrazione competente, siamo fuori dall'orbita applicativa dell'art. 34 cit., pertanto:

- a) il vizio di competenza è consegnato alla facoltà di graduazione del ricorrente;
- b) il giudice che accerta la fondatezza del lamentato difetto di competenza è affrancato dal dovere di assorbire gli altri motivi dedotti dal ricorrente e annullare il provvedimento, e può esaminare in linea di principio l'intera domanda<sup>142</sup>.

Traslando le considerazioni interpretative appena esposte con riferimento all'applicabilità dell'art. 21-*octies*, primo alinea, al difetto di competenza, si ottiene un'applicazione del giudizio di causalità a geometria variabile:

- a) quando la garanzia del diritto di difesa dell'amministrazione competente non costituisce ostacolo ad una pronuncia sulla legittimità sostanziale del provvedimento, perché è messa in condizioni di partecipare al processo (vedi le ipotesi sopra esposte), il giudice, se ritiene che il difetto di competenza sia attratto nell'orbita dell'art. 21-*octies*, primo alinea, può "salvare" il provvedimento dall'annullamento se risulta palese l'assenza di alternative decisorie;
- b) quando il diritto di difesa dell'amministrazione competente non è garantito, in quanto l'incompetenza pertiene a relazioni intersoggettive e l'autorità competente non è intervenuta in giudizio, allora il giudice non può spingersi ad applicare l'art. 21-*octies*, primo alinea, perché altrimenti sarebbe chiamata a dare esecuzione al provvedimento/alla regola giudiziale di condotta un'Amministrazione che non ha mai preso parte al giudizio.

Alla luce della ricostruzione appena proposta in via interpretativa, che individua nel diritto di difesa dell'amministrazione competente la reale ragione ostativa all'applicabilità dell'art. 21-*octies* al difetto di competenza, si potrebbe prospettare

---

<sup>141</sup> Dunque, confluiscono nell'alveo dell'art. 34, comma 2, primo periodo, cit. le sole ipotesi in cui l'incompetenza lamentata dal ricorrente, e accertata dal giudice, attenga a relazioni intersoggettive (tra Amministrazioni) anziché interorganiche (tra organi della stessa Amministrazione), quando l'Amministrazione competente non intervenga nel processo.

<sup>142</sup> Salvo che questi siano stati dedotti in via subordinata al rigetto del motivo relativo all'incompetenza. Ma è un'ipotesi rara a verificarsi nella realtà. Cfr. L. BERTONAZZI, *op. loc. cit.*



*de iure condendo* che il giudice debba sempre ordinare nei confronti dell'Amministrazione competente l'integrazione del contraddittorio, annoverandola tra le parti necessarie del giudizio<sup>143</sup>. Garantendo un contraddittorio pieno tra le parti, che si rivolga direttamente ai contenuti del provvedimento impugnato, si consente al giudice di svolgere il giudizio di causalità *ex art. 21-octies* e di accertare in quel medesimo giudizio la legittimità sostanziale del provvedimento, evitando al ricorrente, in caso di mero annullamento per difetto di competenza, di rimanere esposto al riesercizio di un potere amministrativo assolutamente libero rispetto alla decisione del giudice amministrativo.

### **3. La natura vincolata del provvedimento e il giudizio di causalità.**

L'analisi giurisprudenziale finora condotta ha consentito di individuare le violazioni di "*norme sulla forma degli atti o sul procedimento*" rispetto alle quali, nella prassi giurisprudenziale, viene discussa l'applicazione del primo alinea dell'art. 21-*octies*, nonché di fare emergere i diversi schemi applicativi utilizzati dal giudice amministrativo per ritenere il provvedimento non annullabile.

Occorre ora passare all'esame degli altri due ingranaggi che costituiscono la norma in esame, vale a dire: *a)* la necessità che il provvedimento interessato dai suddetti vizi abbia *natura vincolata* e *b)* che risulti *paleso* che il contenuto dispositivo del provvedimento non sarebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.

---

<sup>143</sup> La soluzione è stata avanzata già da L. BERTONAZZI, *Il trattamento processuale*, *op. loc. cit.*, con riferimento al prospettato obbligo del giudice di esaminare per prima la censura di difetto di motivazione, con assorbimento degli altri motivi in caso di accoglimento, a tutela del diritto di difesa dell'amministrazione competente estranea al giudizio in caso di incompetenza intersoggettiva, perché così "*non vi sarebbero più tipologie di vizi sottratte alla facoltà di graduazione del ricorrente, che il giudice deve vagliare con priorità e la cui fondatezza comporta il dovere di non esaminare gli altri motivi dedotti dal ricorrente. Il nostro sistema sarebbe più allineato al paradigma sovranazionale della "piena giurisdizione", sia perché la garanzia del diritto di difesa di una parte estranea al giudizio più non costituirebbe ostacolo ad una pronuncia resa dal giudice su tutta la domanda o assecondando la graduazione liberamente impressa dal ricorrente alla domanda medesima, sia perché risulterebbe ipotizzabile l'accoglimento (anziché l'assorbimento) di un'azione c.d. di adempimento contestuale a quella di annullamento del provvedimento negativo*". A giudizio dell'Autore, l'art. 27, comma 2, c.p.a., già si presta ad annoverare l'amministrazione competente tra le parti necessarie nei cui confronti ordinare l'integrazione del contraddittorio nei casi in cui è stato lamentato il difetto di competenza.

I due elementi sopra citati – natura vincolata del provvedimento e analisi dell'irrelevanza causale della violazione sul contenuto del provvedimento – saranno di seguito analizzati contestualmente, considerato, come vedremo, lo stretto rapporto di presupposizione che lega il secondo al primo nell'applicazione della norma.

La prima questione che si pone al giudice, dopo aver accertato che la difformità formale o procedurale censurata dal ricorrente nei propri motivi di ricorso costituisca violazione di una norma sul procedimento o sulla forma degli atti, è quella di verificare se, in base alla normativa di riferimento, il provvedimento impugnato abbia o meno *natura vincolata*.

La questione non è di immediata risoluzione se si considera che non si dispone di una definizione legislativa in tal senso e che risulta ancora oggi molto dibattuta in dottrina la possibilità di distinguere, in astratto, tra attività vincolata e attività discrezionale della pubblica amministrazione, nonché di individuare quali elementi diano forma, in concreto, a tale distinzione<sup>144</sup>.

Per queste ragioni, sembra particolarmente utile muoversi nel campo dell'interpretazione pretoria per comprendere quali sono le fattispecie rispetto alle quali, nella casistica giurisprudenziale, trova applicazione in concreto il primo alinea dell'art. 21-*octies* e qual è l'approccio del giudice amministrativo alla definizione degli atti vincolati.

In via meramente esemplificativa, è stato qualificato come atto vincolato ai fini dell'applicazione dell'art. 21-*octies*, primo alinea: 1) il provvedimento rilasciato a seguito di istanza di condono edilizio, in quanto "*costituisce espressione di potere vincolato rispetto ai presupposti normativi richiesti e dei quali deve farsi applicazione*" <sup>145</sup>; 2) l'ordine di demolizione di opere edilizie abusive,

---

<sup>144</sup> L'osservazione è diffusa in dottrina. *Ex multis*, v. S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio. Formalismo pratico, azione amministrativa ed illegalità utile*, Torino, 2006, 308, secondo il quale "il fatto di non disporre di una definizione della natura vincolata di un provvedimento costituisce il problema di fondo dell'art. 21-*octies*"; V. CERULLI IRELLI, *Note critiche*, cit., 210, che ritiene "per nulla pacifica" la nozione di provvedimento vincolato. L'Autore elenca comunque una casistica esemplificativa alla nota 56.

<sup>145</sup> Cfr., *ex multis*, Tar Campania, Napoli, sez. VI, 03 agosto 2016, n. 4018; Tar Campania, Napoli, sez. VIII, 19 maggio 2015, n. 2819; ID., 12 giugno 2014 n. 3268; Cons. Stato, sez. IV, 25 settembre 2014, n. 4809; Cons. Stato, sez. VI, 17 dicembre 2013 n. 6042; Tar Puglia, Bari, sez. III, n. 436 del 28 marzo 2013; Tar Liguria, Genova, sez. I, 22 aprile 2011, n. 666 e

*“configurandosi come un esercizio di potere repressivo disciplinato direttamente dalla legge senza alcun margine di discrezionalità amministrativa”*, tale da non richiedere alcun apporto partecipativo da parte dell’interessato<sup>146</sup>; 3) il provvedimento rilasciato a seguito di istanza di sanatoria edilizia, ove *“l’amministrazione è chiamata a svolgere una valutazione eminentemente doverosa e vincolata, priva di contenuti discrezionali e relativa alla realizzazione di un assetto di interessi già prefigurato dalla disciplina urbanistica applicabile”*<sup>147</sup>; 4) i provvedimenti di esclusione da concorsi pubblici per l’accertata assenza di un requisito di partecipazione<sup>148</sup>; 5) l’autorizzazione allo scarico di acque reflue, in quanto *“tipicamente connotata dall’assenza, in capo al soggetto pubblico, di margini di scelta discrezionale delle relative valutazioni”*<sup>149</sup>.

Le pronunce sopra richiamate fanno dichiaratamente discendere la natura vincolata del provvedimento dalla sostanziale assenza di valutazioni discrezionali in capo all’amministrazione, la quale, ai fini dell’adozione della decisione finale, deve limitarsi a tradurre i termini astratti della normativa di riferimento in quelli concreti della fattispecie sulla quale deve provvedere.

---

la giurisprudenza ivi richiamata: Cons. Stato, sez. IV, 14 aprile 2010, n. 2105; Tar Lombardia, Milano, sez. II, 22 luglio 2010, n. 3253;

<sup>146</sup> Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. IV, 13 marzo 2014, n. 1208; Tar Campania, Napoli, sez. IV, 03 gennaio 2013, n. 90; Cons. Stato, sez. IV, 25 giugno 2013, n. 3471; Cons. Stato, sez. VI, 3 marzo 2007, n. 1021; Cons. Stato, sez. IV, 01 ottobre 2007, n. 5050; Cons. Stato, 10 agosto 2011, n. 4764; TAR Lazio, Roma, sez. II, 3 luglio 2007, n. 5968; TAR Campania, Napoli, sez. IV, 17 gennaio 2007, n. 357; Tar Campania, Napoli, sez. VI, 8 febbraio 2007, n. 961; Tar Campania, Napoli, sez. IV, 22 marzo 2007, n. 2725; Tar Campania, Napoli, sez. VII, 9 maggio 2007, n. 4859; Tar Campania, Napoli, 8 giugno 2007, n. 6038; Tar Campania, Salerno, sez. II, 13 agosto 2007, n. 900; Tar Campania, Napoli, sez. IV, 6 novembre 2007, n. 10676; Tar Campania, Napoli, sez. IV, 6 novembre 2007, n. 10679; Tar Campania, Napoli, sez. VII, 12 dicembre 2007, n. 16226; Tar Campania, Napoli, sez. IV, 17 dicembre 2007, n. 16316; Tar Campania, Napoli, sez. VII, 28 dicembre 2007, n. 16550; Tar Campania, Napoli, sez. IV, 24 gennaio 2008, n. 367; Tar Umbria, Perugia, 26 gennaio 2007, n. 44; Tar Trentino Alto Adige, Bolzano, 8 febbraio 2007, n. 52; Tar Molise, Campobasso, 20 marzo 2007, n. 178; Tar Sardegna, Cagliari, sez. I, 20 aprile 2007, n. 709; sez. VII, 9 maggio 2007, n. 4859; Tar Basilicata, Potenza, sez. I, 16 febbraio 2008, n. 33; Tar Veneto, Venezia, sez. II, 26 febbraio 2008, n. 454; Tar Veneto, Venezia, 13 marzo 2008, n. 605; Tar Puglia, Lecce, sez. III, 20 settembre 2008, n. 2651.

<sup>147</sup> Cfr. Tar Campania, Napoli, sez. VI, 26 marzo 2015, n. 1813;

<sup>148</sup> Cfr. Tar Sardegna, Cagliari, sez. I, 15 luglio 2005, n. 1653; Tar Abruzzo, Pescara, 13 giugno 2005, n. 394.

<sup>149</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 31 luglio 2014, n. 4043; Id., 27 marzo 2008, n. 1259.

Sembra quindi si possa concludere con un certo grado di confidenza che il giudizio di causalità di cui all'art. 21-*octies*, primo alinea, trovi certamente applicazione nei casi in cui il giudice si trovi dinanzi a provvedimenti vincolati per legge.

Un'affermazione di questo tipo - che coinvolge nell'orbita dell'art. 21-*octies*, primo alinea, ogni tipo di provvedimento vincolato, indipendentemente dalla natura o dalla complessità degli accertamenti che il giudice deve compiere nel caso concreto per ritenere sussistenti i presupposti di fatto e di diritto tipizzati dalla legge -, non è, tuttavia, condivisa da una parte cospicua della dottrina e della giurisprudenza, secondo la quale, affinché il primo alinea dell'art. 21-*octies* trovi applicazione, non è sufficiente che il provvedimento sia vincolato, ma occorre anche che il provvedimento medesimo si fondi su presupposti di fatto non contestati o univoci, e che il raffronto tra la fattispecie concreta ed il precetto normativo sia semplice da svolgere<sup>150</sup>. In questo modo, l'ambito di applicazione dell'art. 21-*octies*, primo alinea, viene circoscritto ai provvedimenti vincolati in cui l'accertamento della

---

<sup>150</sup> Cfr., in dottrina, R. CHIEPPA, *Il nuovo regime dell'invalidità del provvedimento*, in *www.giustamm.it*, 2005, secondo il quale "premesso che la distinzione tra atti vincolati e discrezionali può essere a volte molto labile, sarà preferibile limitare il riscontro dell'evidenza ("palese") che il contenuto dei provvedimenti vincolati non poteva essere diverso a quelle ipotesi in cui non siano contestati i presupposti di fatto e in cui il raffronto tra la fattispecie concreta ed il precetto non sia particolarmente complesso (solo valutazione in punto di diritto)". Sul punto D. CORLETTI, *Vizi formali e i "poteri" del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 33 ss., si chiede se "la valutazione sulla palese assenza di legittime alternative al contenuto dell'atto [...], comporti un allargamento o una sostituzione, o comunque una modifica dell'oggetto del giudizio". Cfr. anche D.U. GALETTA, *L'art. 21-*octies* della novellata legge sul procedimento amministrativo nelle prime applicazioni giurisprudenziali: un'interpretazione riduttiva delle garanzie procedurali contraria alla Costituzione e al diritto comunitario*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Riforma della l. 241/90 e processo amministrativo*, *Quad. Foro. Amm. Tar*, Milano, 2006, 98, che sottolinea come la questione inerente "alla più o meno corretta qualificazione del provvedimento come vincolato" si aggiungono "dubbi di sistema, soprattutto laddove emergano problemi di interpretazione della norma o questioni inerenti al c.d. accertamento di fatti". Avanza dubbi in giurisprudenza, Cons. Stato, sez. IV, 6 novembre 2008, n. 5500, ove, ai fini della dimostrazione che il provvedimento non sia annullabile, viene negata l'applicabilità dell'art 21-*octies* ogni qualvolta il ricorrente contesti la ricorrenza dei presupposti di fatto a fondamento del provvedimento; Tar Calabria, Catanzaro, sez. II, 13 marzo 2006, n. 283, ha interpretato la lettera della norma in esame nel senso che l'accertamento "non può richiedere alcuna indagine particolare al giudicante, né tanto meno alcun approfondimento istruttorio, giacché il legislatore, fuori dall'obiettivo di appesantire il giudizio con il rischio di allungamento dei tempi di sua definizione, ha soltanto inteso trasformare talune violazioni del paradigma normativo in meri vizi non invalidanti laddove risulti con assoluta evidenza la correttezza del contenuto dispositivo del provvedimento adottato dall'amministrazione".

sussistenza dei presupposti in fatto e in diritto stabiliti dalla legge non richieda, nel caso di specie, alcuna attività istruttoria o interpretativa da parte del giudice.

Una suggestione di questo tipo è stata (e può) essere evidentemente indotta dalla circostanza che la norma in esame mette vicino al sintagma "*natura vincolata*" del provvedimento l'aggettivo "*palese*", riferito all'assenza di alternative del contenuto dispositivo del provvedimento. Il requisito del carattere "*palese*", infatti, nella sua derivazione etimologica da *palam*, significa *di immediata evidenza*, pertanto esso potrebbe essere inteso nel senso che la "salvezza" del provvedimento dall'annullamento possa avvenire soltanto rispetto a fattispecie in cui, *ictu oculi*, senza bisogno di particolari attività istruttorie o interpretative, il giudice sia in grado di riscontrare l'assenza di alternative decisorie<sup>151</sup>.

Una fattispecie di questo tipo si rinviene, ad esempio, nei casi in cui il provvedimento sia, per legge, conseguenza inevitabile di un precedente atto (ad esempio, la revoca dell'autorizzazione al commercio come conseguenza della cancellazione dal registro degli esercenti), oppure quando l'adozione del provvedimento discenda dalla sussistenza di un dato di fatto tipizzato dalla legge, incontrovertibile e facilmente verificabile (ad esempio, l'assenza del permesso di soggiorno per l'espulsione dallo straniero; la condanna del lavoratore per un reato, in caso di diniego di rinnovo del permesso di soggiorno; la mancanza di autorizzazione ambientale, per il provvedimento di rimozione di un'insegna pubblicitaria<sup>152</sup>; la mancanza del presupposto dell'anzianità di servizio o l'accertata espulsione per accompagnamento del soggetto interessato, in caso di rigetto della domanda di emersione di lavoro irregolare<sup>153</sup>).

---

<sup>151</sup> Così, anche R. GIOVAGNOLI, *I vizi formali e procedurali*, cit., 1169. Secondo una delle riformulazioni della norma offerte da S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio*, cit., 414, la parola *palese* può essere intesa come parte del *defiens* di un atto vincolato, nel senso che "*sono atti vincolati quelli per i quali dal predicato fattuale e dal conseguente della norma da applicare non sorgano dubbi applicativi, oppure non si pongano "questioni interpretative"*" o come sottoclassi di atti vincolati "connotate dall'essere palese del risultato applicativo". In giurisprudenza, la tesi in parola è ben espressa da Tar Sardegna, Cagliari, 25 maggio 2005, n. 1170, ove si legge che il carattere "*palese*" comporta che "*si debba trattare solo di prendere atto, ictu oculi, di una evidenza*".

<sup>152</sup> Cfr. Tar Veneto, Venezia, sez. II, 11 marzo 2005, n. 935.

<sup>153</sup> Cfr. Tar Sicilia, Catania, sez. IV, 08 novembre 2013, n. 2695 e Tar Lombardia, Milano, sez. I, 20 aprile 2006, n. 1042.

Sono sufficienti questi pochi esempi per comprendere che, secondo i sostenitori della tesi appena esposta, la decisione se annullare o meno un provvedimento vincolato per violazione di “norme sulla forma degli atti o sul procedimento” si dovrebbe *“risolvere sempre “a prima vista”, in maniera ovvia ed incontrovertibile”*<sup>154</sup>. Seguendo tale via, tuttavia, si introduce sia un’arbitraria riduzione dello spettro di operatività del potere giudiziale di accertamento della legittimità sostanziale del provvedimento (che deve fermare il proprio sindacato ove occorran *“giudizi interpretativi”*), sia un’opinabile individuazione di sottoclassi di provvedimenti vincolati che possono essere attratti nell’orbita dell’art. 21-*octies*, primo alinea (a seconda che derivino o meno da una meccanica applicazione della norma), che non trova ragione nella norma in esame, a meno di non voler credere che, secondo il legislatore, la questione di legittimità di un provvedimento vincolato si lasci risolvere sempre *“a prima vista”*, in maniera ovvia ed incontrovertibile<sup>155</sup>.

Da queste prime considerazioni emerge chiaramente che l’interrogativo di partenza, volto a chiarire che cosa debba intendersi per natura vincolata del provvedimento ai sensi dell’art. 21-*octies*, primo alinea, non possa sciogliersi senza tenere conto dell’altro elemento dubbio della norma, ossia il carattere *“palese”* dell’assenza di alternative decisorie del provvedimento, e senza tentare di dare una lettura di quest’ultimo conforme alle facoltà e ai limiti che caratterizzano il controllo giudiziale nel processo amministrativo.

Procedendo per gradi, occorre innanzitutto chiarire che, dall’esame del repertorio giurisprudenziale in materia, emerge che la necessità di svolgere attività istruttorie o interpretative, più o meno complesse, ai fini dell’accertamento della legittimità sostanziale del provvedimento impugnato, non faccia affatto venir meno, per il giudice amministrativo, l’applicabilità dell’art. 21-*octies*, primo alinea.

---

<sup>154</sup> Così D. CORLETTI, *Vizi “formali” e poteri del giudice amministrativo*, cit., 33 ss., commenta criticamente la tesi di cui si discorre.

<sup>155</sup> Cfr. D. CORLETTI, *Vizi formali*, cit., il quale sottolinea icasticamente che *“In verità pare che l’ingenuo legislatore ritenga che per tutti i provvedimenti vincolati possa risultare “palese” se abbiano o no alternative: ossia se il provvedimento adottato sia o no legittimo. Lo fa pensare la formula “per la natura vincolata, sia palese che ...”. (...) Inutile dire che non è proprio sempre così”*.

La natura vincolata del provvedimento, impressa dalla norma che disciplina la fattispecie *sub iudice*, non è messa in discussione dal giudice nel caso in cui il riscontro della sussistenza in concreto dei presupposti di fatto per l'adozione del provvedimento e del loro esatto inquadramento nella fattispecie giuridica in esame, richieda attività istruttorie o interpretative di non immediata risoluzione.

In una serie cospicua di fattispecie portate dinanzi al giudice, infatti, l'accertamento dell'ininfluenza del difetto procedimentale o formale sulla legittimità sostanziale dell'assetto di interessi disposto dal provvedimento impugnato non è stato affatto precluso dalla presenza di presupposti di fatto controversi – che richiedono lo svolgimento di attività istruttoria – o di disposizioni normative oscure, di non semplice e univoca determinazione<sup>156</sup> – che implicano lo svolgimento di un'attività interpretativa -.

L'accertamento dell'assenza di alternative decisorie, ove non emerga con immediata evidenza dal provvedimento o dagli atti di causa, viene legato agli esiti dell'istruttoria processuale o dell'attività interpretativa svolta dal giudice. Ed è proprio sotto questa prospettiva, allora, che occorre inquadrare il requisito "*palese*" inserito nella norma.

Cioè che deve essere *palese* non è la modalità con la quale emerge l'assenza di alternative decisorie, cioè con immediata evidenza senza bisogno di accertamenti, ma l'assenza stessa di alternative decisorie, che deve risultare *evidente* al giudice. E ciò accade quando risulta che l'applicazione della normativa di riferimento alla

---

<sup>156</sup> In materia di permesso di costruire, cfr. Tar Campania, Napoli, sez. VII, 21 settembre 2016, n. 4358, ove il giudice ha accertato la difformità del progetto alle norme vigenti; Tar Sardegna, Cagliari, sez. II, 20 giugno 2016, n. 522, ove il giudice ha sciolto la questione concernente la natura dell'intervento edilizio da assentire ai fini dell'individuazione della norma da applicare; Tar Abruzzo, Pescara, 14 aprile 2005, n. 185 e Tar Campania, Napoli, sez. III, 01 dicembre 2016, n. 5555, nelle quali il giudice si è districato tra le disposizioni in materia di conformità dell'intervento edilizio rispetto alle destinazioni previste nella zona dal piano regolatorio. In materia di condono edilizio, si veda Tar Campania, Napoli, sez. VIII, 19 maggio 2015, n. 2819, nella quale il Collegio ha accertato la sussistenza del vincolo paesaggistico in quanto elemento ostativo alla sanabilità delle opere; Tar Lazio, Latina, sez. I, 09 ottobre 2013, n. 740, nella quale il giudice, ricostruendo una fitta rete di situazioni fattuali, ha riconosciuto la sussistenza di un collegamento sostanziale tra imprese partecipanti ad una medesima gara e, quindi, l'ineluttabilità del provvedimento di esclusione; Tar Emilia Romagna, Parma, sez. I, 16 aprile 2014, n. 97, ove il giudice ha ricostruito la normativa rilevante in materia di qualifiche soggettive per il rilascio dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività di *booking* nel settore delle scommesse.

fattispecie concreta non avrebbe *senza dubbio* potuto condurre ad una decisione diversa di quella in concreto adottata dall'amministrazione.

Il carattere *palese* dell'assenza di alternative decisorie, quindi, non sembra affatto limitare l'attività conoscitiva del giudice entro le forme della evidenza "a prima vista" della legittimità sostanziale del provvedimento, ma intende semplicemente prescrivere che la salvezza del provvedimento debba fondarsi sulla evidenza "senza dubbi" della legittimità sostanziale del provvedimento<sup>157</sup>.

Così ricostruita la norma, si deve allora ritenere corretta la preliminare deduzione tratta dalla lettura della casistica giurisprudenziale in materia: è il carattere vincolato della fattispecie legale e, quindi, la piena controllabilità giudiziale del modo nel quale la disciplina della funzione ha ricevuto attuazione con il provvedimento, che determina l'applicabilità dell'art. 21-*octies*, primo alinea<sup>158</sup>.

---

<sup>157</sup> Sembra condividere questa impostazione D. CORLETTI, *Vizi "formali"*, cit. 33 ss., secondo il quale "Quanto alla esclusione dalla possibilità di diverse interpretazioni della norma, e alla individuazione di quale sia l'unica legittima regola di diritto ricavabile dalla disposizione, è ben evidente poi che ciò corrisponde esattamente al *proprium* della funzione giurisdizionale, alla attribuzione di decidere quale sia la regola di diritto da applicare al caso". In termini, già F. TRIMARCHI BANFI, *Illegittimità e annullabilità del provvedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 421, la quale ha affermato che "Se l'accostamento tra il dubbio circa la sussistenza del presupposto e quello circa l'individuazione della regola di diritto da applicare può apparire incongruo, ciò si deve al fatto che il risultato della seconda delle operazioni considerate assume il carattere della certezza quando esso sia l'esito dell'attività del giudice. Non è l'incontrovertibilità del risultato dell'operazione intellettuale, ma la natura della funzione entro la quale questa si iscrive, che rende irrilevante il dubbio circa la possibilità di conclusioni diverse. La regola della non annullabilità del provvedimento per assenza di alternative legittime va quindi intesa nel senso che il provvedimento non è annullabile quando la statuizione è l'unica corretta, alla stregua del giudizio di conformità a diritto che l'ordinamento rimette al giudice". Si veda anche A. ROMANO TASSONE, *Vizi formali e vizi procedurali*, cit., secondo il quale l'aggettivo "palese" "non va riferito alla maggiore o minore difficoltà dell'accertamento, bensì al fatto che il giudice possa o debba compiere tale verifica d'ufficio: ciò che appunto accade se l'accertamento stesso si colloca sul piano della interpretazione della norma e discende dalla lettura di questa, in base al principio *iura novit curia*".

<sup>158</sup> Secondo la condivisa osservazione di F. TRIMARCHI BANFI, *Illegittimità e annullabilità*, cit., 421, "L'ambito di applicazione ["della regola della non annullabilità del provvedimento per assenza di alternative legittime", ndr] coincide, pertanto, con l'ambito entro il quale è possibile il controllo giudiziale sulla corrispondenza della fattispecie astratta alla fattispecie dell'atto". In giurisprudenza, si veda la recente sentenza del Tar Liguria, Genova, sez. I, 09 gennaio 2014, n. 20, ove, a proposito dell'aggettivo "palese" è stato affermato: "Si tratta all'evidenza di un concetto ampiamente indeterminato soggetto alla variabilità di opinione di ciascun operatore del diritto. Per ricondurre tale variabilità soggettiva ad una regola dotata di oggettività ed idonea come tale ad orientare gli interpreti occorre correlare la nozione in questione con lo sviluppo processuale. In altre parole deve ritenersi la sussistenza



L'accertamento dell'assenza di legittime alternative, dunque, talvolta si sostanzia in una mera presa d'atto, talvolta necessita di valutazioni più o meno complesse o di attività istruttoria. Non è importante il mezzo attraverso cui si forma la situazione di evidenza. Ciò che importa ai fini dell'applicazione dell'art. 21-*octies*, primo alinea, è che al termine di dette valutazioni appaia *certo* al giudice che il provvedimento non avrebbe potuto avere un contenuto dispositivo differente<sup>159</sup>.

D'altra parte, che la mancanza di diverse alternative non debba necessariamente emergere dal provvedimento, ma possa derivare da un'istruttoria processuale, si evince anche da quella giurisprudenza che ammette, in caso di difetto di motivazione, che il giudice possa fondare il proprio convincimento utilizzando atti non richiamati dalla motivazione (c.d. motivazione "implicita")<sup>160</sup> oppure le argomentazioni difensive portate dell'amministrazione al fine di accertare l'infedeltà del contenuto del provvedimento.

Così, in via esemplificativa, a fronte di un ricorso nel quale veniva censurato il *deficit* motivazionale di un provvedimento di demolizione, il Tar Campania non si è arrestato di fronte all'oggettiva insufficienza di informazioni derivanti dal provvedimento, ma ha chiesto all'amministrazione documentati chiarimenti sulla disciplina delle aree comprese all'interno della perimetrazione urbana in cui era stata costruita la costruzione ritenuta abusiva. L'amministrazione ha risposto all'ordinanza istruttoria presentando in giudizio una relazione a firma del responsabile dell'area tecnica del Comune, dalla quale risultava in maniera incontrovertibile che la costruzione in questione fosse abusiva, non avendo rispettato le limitazioni imposte dalla legge urbanistica su quella specifica area. Il giudice ha pertanto ritenuto che, alla luce dell'assenza di alternative decisorie, il provvedimento di demolizione non sarebbe potuto essere annullato in applicazione dell'art. 21-*octies*, primo alinea.

---

*del requisito quando l'ineluttabilità del contenuto del provvedimento sia desumibile dagli atti di causa. Una simile nozione è tenuta presente dallo stesso comma relativamente al provvedimento discrezionale. Non avrebbe senso, infatti, ammettere una sanatoria più ampia per il provvedimento discrezionale rispetto a quello vincolato".*

<sup>159</sup> Queste osservazioni saranno riprese nel prosieguo perché ci consentiranno di dimostrare che, a dispetto della lettera della norma, di fatto non sussiste differenza tra il primo e il secondo alinea con riferimento alle modalità di conduzione del giudizio di causalità.

<sup>160</sup> Cfr., *supra*, par. 2.3.

Sotto il profilo dell'accertamento dell'assenza di alternative decisorie, occorre in ultimo evidenziare che la corrispondenza del contenuto dispositivo del provvedimento finale al contenuto prescritto dalla legge potrebbe in concreto essere verificata anche nei casi di provvedimenti *vincolati in concreto*, ossia *"concepiti in tutto o in parte come discrezionali dalle pertinenti norme, ma che in taluni casi smarriscono ogni margine di discrezionalità nel loro "farsi", e cioè nella transizione fra l'astratto prevedere e il concreto prevedere"*, sì da lasciare all'amministrazione una sola legittima possibilità di azione. In quest'ultimo caso, infatti, l'accertamento dell'assenza di alternative decisorie da parte del giudice non rischia di scontrarsi con residuali profili di discrezionalità amministrativa, che si sono di fatto esauriti nel corso del procedimento<sup>161</sup>.

Forse consapevolmente, allora, il legislatore parla di "natura vincolata" del provvedimento, e non di "provvedimento vincolato" *tout court*<sup>162</sup>.

Tanto chiarito in positivo sul campo di applicazione della norma in esame, data dal connubio "natura vincolata del provvedimento" e carattere "palese" dell'assenza di alternative decisorie, appare ora utile spingere il raggio della ricerca per delimitare in negativo l'ambito di applicazione della norma, chiedendosi quando l'assenza di alternative legittime all'atto non risulti in concreto *palese* al giudice.

I pronunciamenti sul punto mostrano un giudice oltremodo consapevole dei propri poteri e dei propri limiti.

In via esemplificativa, si considerino le seguenti fattispecie.

---

<sup>161</sup> Proprio con riferimento alla casistica giurisprudenziale in materia, è stato criticamente osservato che deve essere superato il "pre-giudizio" di cui soffre il giudice amministrativo quando è di fronte *"a poteri discrezionali in astratto, che in concreto, alla luce della (possibile e doverosa) ricostruzione della vicenda "storica" portata all'esame del giudice amministrativo (e sempre in base a norme e principi oggettivi) non residuino, in capo all'Amministrazione, margini di discrezionalità né, quindi, profili ulteriori di interesse pubblico da valutare, in rapporto al potere che è stato esercitato o al potere che avrebbe dovuto essere esercitato nel momento in cui si è concretizzato l'obbligo di provvedere"* (così, L. IANNOTTA, *La conoscenza della fondatezza della domanda nella giurisprudenza amministrativa dopo le riforme del 2005 della legge 241 del 07 agosto 1990*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), e in *Dir. e proc. amm.*, 2, 2009).

<sup>162</sup> Così anche F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo*, Torino, 2017, 442, nota 97: *"la disposizione usa, a mio parere in modo teoricamente corretto (e, forse, consapevolmente) la locuzione "natura vincolata del provvedimento"*.

In una pronuncia avente ad oggetto il diniego del rinnovo del permesso di soggiorno, la *“complessa documentazione prodotta da parte ricorrente”* – la cui allegazione e valutazione nel corso del procedimento era stata di fatto impedita dall’omessa comunicazione del preavviso di rigetto - è stata considerata ostativa all’applicazione del primo alinea dell’art. 21-*octies*: a fronte della necessità di svolgere approfondimenti istruttori sulla base della nuova documentazione prodotta in giudizio, il Collegio ha ritenuto che l’accertamento della legittimità sostanziale del diniego e, quindi, dell’assenza di alternative decisorie, si sarebbe potuto svolgere *“solo al compiuto esame”* della suddetta documentazione da parte dell’amministrazione, *“da effettuarsi nella naturale sede procedimentale”*<sup>163</sup>. Il provvedimento impugnato è stato pertanto annullato per violazione dell’art. 10-*bis*, con obbligo di riesame da parte dell’amministrazione.

E ancora, a fronte di un ordine di demolizione adottato dall’amministrazione che aveva escluso, sulla scorta di una consulenza tecnica, che nella fattispecie sussistessero i presupposti per il rilascio di un permesso in sanatoria, il ricorrente ha lamentato, tra gli altri, la violazione dell’art. 10-*bis* e il difetto di istruttoria relativamente alla suddetta consulenza tecnica. Ebbene, secondo il Collegio, il potere amministrativo nel caso in esame non risultava affatto vincolato, *“presupponendo l’esercizio di un certo margine di discrezionalità, sia pure di natura tecnica, circa la possibilità che i vizi [della costruzione] vengano rimossi, o che possa avvenire la riduzione in pristino”*<sup>164</sup>. Possibilità che né il consulente tecnico né l’amministrazione avevano valutato nel corso del procedimento. Il Collegio ha annullato pertanto il provvedimento impugnato e ha invitato l’amministrazione a valutare in un nuovo procedimento se la rimozione delle difformità edilizie potesse o meno avvenire nel caso di specie e ad adottare le conseguenti determinazioni.

Parimenti, in un’altra fattispecie di rigetto di un’istanza di assenso di conformità con il regolamento urbanistico comunale di un intervento di restauro e risanamento conservativo, che prevedeva il frazionamento di due unità abitative in modo da ottenerne quattro, non preceduto da preavviso di rigetto, il giudice, dopo aver esaminato la disciplina di riferimento, ha ritenuto che l’accertamento della

---

<sup>163</sup> Cfr. Tar Emilia Romagna, Parma, sez. I, 15 marzo 2016, n. 92.

<sup>164</sup> Cfr. Tar Calabria, Catanzaro, sez. II, 19 gennaio 2017, n. 76.

conformità dell'intervento allo strumento urbanistico non avesse carattere vincolato, in quanto residuavano valutazioni tecnico-discrezionali da parte dell'amministrazione - tenuto conto delle caratteristiche dello stesso come risultavano dagli elaborati progettuali allegati all'istanza, e delle prescrizioni imposte sia dal vigente P.R.G. che dal Regolamento Urbanistico adottato - che non erano state svolte nel procedimento<sup>165</sup>.

L'epilogo, in tutti i casi sopra citati, è l'annullamento del provvedimento impugnato con conseguente obbligo di riesame da parte dell'amministrazione.

Il giudice amministrativo, dunque, sembra interpretare in maniera restrittiva il requisito della natura vincolata del provvedimento e della palese assenza di alternative decisorie. Quando, infatti, per giudicare della legittimità sostanziale del provvedimento impugnato si impone la necessità di svolgere valutazioni tecniche complesse derivanti dagli elementi partecipativi che il ricorrente non ha potuto esporre nel corso del procedimento a causa dell'omesso preavviso di rigetto o dalle osservazioni contenute nelle memorie procedurali che l'amministrazione non ha valutato, il giudice, come abbiamo visto sopra, arresta la propria attività di accertamento dell'esistenza dei presupposti di fatto e di diritto previsti dalla legge per l'adozione della decisione ed erroneamente si limita ad annullare il provvedimento, rimettendo la questione all'amministrazione.

Questa riflessione sarà ripresa e sviluppata nel prosieguo del lavoro<sup>166</sup> per chiederci se, alla luce dell'attuale sistema giuridico, si possa ipotizzare una diversa ricostruzione del giudizio di causalità all'interno del processo amministrativo, nel quale, ad integrazione e continuazione dell'istruttoria procedimentale, il giudice deve poter acquisire tutti gli elementi necessari sulla base dei quali accertare la sussistenza o meno di alternative decisorie, *a fortiori* poi quando occorre svolgere valutazioni tecniche complesse che non richiedono alcun bilanciamento di interessi in gioco.

---

<sup>165</sup> Cfr. Tar Toscana, Firenze, sez. III, 02 marzo 2011, n. 416.

<sup>166</sup> Cfr., *infra*, la successiva sezione II del presente capitolo e i parr. 1.2 e 1.3. del capitolo IV.

#### **4. La violazione di “norme sulla forma degli atti o sul procedimento” e l’annullabilità del provvedimento: osservazioni sulla natura “reale” e non ipotetica del giudizio di causalità.**

L’osservazione del campione giurisprudenziale illustrato nei paragrafi precedenti ha consentito innanzitutto di sciogliere, quanto meno sul piano del diritto giurisprudenziale, la complessità del riferimento contenuto nel primo alinea dell’art. 21-*octies* alla “violazione di norme sulla forma o sul procedimento”, chiarendo così il campo di applicazione della norma.

Contestualmente all’emersione dei difetti interessati dalla norma in esame è emerso, soprattutto con riferimento alle violazioni procedurali, un quadro variegato, in cui l’accertamento dell’indefettibilità del contenuto dispositivo del provvedimento è frutto di un giudizio *ex post* spettante al giudice.

Ad una prima lettura della norma, la complessità del giudizio in parola sembra risiedere nel carattere prognostico della rilevanza della violazione procedimentale o formale sul contenuto dispositivo del provvedimento. La lettura della norma sembra suggerire, infatti, uno scenario in cui il giudice debba chiedersi come sarebbe stata la decisione se l’amministrazione avesse tenuto il comportamento imposto dalla norma X violata. E’ stato a proposito osservato che il giudizio di causalità previsto nell’art. 21-*octies*, primo alinea, rappresenta, sotto questo profilo, una forma di “previsione” e che la decisione cui giunge il giudice è pertanto una “deduzione” che non può essere verificata empiricamente, dal momento che “bisogna immaginare un ipotetico corso della realtà che differisce da quello effettivo solo per il fatto che l’amministrazione ha tenuto il comportamento imposto dalla norma formale o procedimentale violata e per ciò che ne consegue”, venendosi così a configurare per “l’assoluta ipoteticità del ragionamento condotto”<sup>167</sup>.

Dall’esame della giurisprudenza in materia è emerso, tuttavia, che quello appena illustrato costituisce uno schema affatto utilizzato dal giudice amministrativo, dal

---

<sup>167</sup> Così, F. FOLLIERI, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo. Ragionamento giuridico e modalità di sindacato*, Padova, 2016, 405. Condividono la natura ipotetica del giudizio anche E. FOLLIERI, *L’annullabilità del provvedimento amministrativo*, in *Urb. e app.*, 2005, 625 ss.; F. VOLPE, *La non annullabilità dei provvedimenti amministrativi illegittimi*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 327 ss.

momento che non ha nulla a che fare con la struttura dell'art. 21-*octies*, primo alinea.

Non esiste alcun giudizio prognostico, perché, in concreto, il giudice non prevede alcunché, ma semplicemente decide sulla base di elementi reali e certi.

Così è per ciascuna delle violazioni esaminate nei paragrafi precedenti del presente capitolo.

In caso di violazione dell'obbligo di preavviso di rigetto<sup>168</sup>, il giudice, per constatare l'ineluttabilità del provvedimento impugnato, si chiede se il contributo partecipativo precluso avrebbe potuto o meno introdurre elementi tali da far dubitare della legittimità sostanziale del provvedimento. Il giudizio, però, non è ipotetico, perché le argomentazioni che il privato non ha potuto svolgere nel procedimento non vengono né immaginate né supposte dal giudice, ma entrano nel processo per il tramite delle censure sollevate dal privato nel ricorso che "sostanzializzano" il motivo di diritto procedimentale<sup>169</sup>.

Ecco che allora il giudizio di causalità diventa un "comune" giudizio di legittimità; sarà il rigetto delle suddette censure a rendere il contenuto della decisione privo di alternative decisorie e, di conseguenza, *palese* l'ininfluenza della violazione procedurale in parola sul contenuto dispositivo del provvedimento.

La violazione procedimentale viene elisa dalla legittimità sostanziale della decisione: se la disposizione normativa è stata correttamente applicata, ciò significa che la mancata osservanza delle forme procedurali non ha prodotto conseguenze sul contenuto dispositivo del provvedimento.

Si è visto che il giudizio di causalità si svolge con le medesime modalità anche per quanto riguarda l'omessa valutazione delle memorie procedurali e l'omessa considerazione delle osservazioni al preavviso di rigetto, con un'unica precisazione rispetto alla violazione del preavviso di rigetto: qui il contributo partecipativo c'è stato, ma non è stato considerato dall'amministrazione. Se gli elementi ivi dedotti

---

<sup>168</sup> Faccio qui riferimento soltanto alla violazione di norme sul procedimento per brevità, anche perché, come visto sopra, i casi di violazione di norme sulla forma degli atti che rientrano nell'orbita dell'art. 21-*octies* sono davvero circoscritti e si riscontrano, per lo più, nell'ambito dei procedimenti elettorali. Le considerazioni che si svolgono, comunque, valgono anche per quest'ultima categoria di violazioni.

<sup>169</sup> Cfr. *supra* par. 2.2. Per uno sviluppo ulteriore di queste considerazioni, cfr. *infra* Capitolo IV.

non sono in grado di incidere sulla correttezza dell'assetto di interessi disposto nel provvedimento, allora appare palese la violazione procedimentale non ha prodotto conseguenze in contrasto con la dinamica ordinamentale. Si è invitato pertanto il giudice a precisare bene questo aspetto del giudizio perché, nella maggior parte delle sentenze in materia, il giudizio di causalità si appiattisce sull'esame delle censure sostanziali sollevate nel ricorso, senza che emerga in concreto il contenuto dell'apporto partecipativo non esaminato nel procedimento.

Per il caso del difetto di motivazione, il repertorio giurisprudenziale ha fatto emergere in maniera ancora più evidente la natura non ipotetica del giudizio: il *deficit* motivazionale non conduce all'annullamento se il provvedimento costituisce l'esito di un percorso funzionalmente corretto, la cui legittimità viene valutata dal giudice sulla base delle risultanze procedimentali oppure di quelle processuali, ivi incluse le argomentazioni difensive dell'amministrazione volte ad esplicitare o integrare la motivazione. Chiedersi come sarebbe stato il contenuto del provvedimento se l'amministrazione avesse motivato sufficientemente il provvedimento, vuol dire, in concreto, valutare la bontà delle ragioni decisorie a prescindere dalla loro completa espressione nel provvedimento.

Il medesimo approccio si è registrato per il difetto di competenza e l'omessa richiesta di pareri obbligatori non vincolanti, che di fatto divengono irrilevanti ove la legittimità sostanziale della decisione faccia emergere che il contenuto dispositivo non sarebbe stato differente se il provvedimento fosse stato adottato dall'amministrazione competente o alla luce del parere obbligatorio.

Insomma, il giudice non immagina alcunché perché sono le parti stesse, quella privata e quella pubblica, a compulsare tramite la propria attività difensiva il giudice amministrativo ai fini del corretto apprezzamento della legittimità sostanziale della decisione.

## **Sezione II.**

### **L'art. 21-*octies*, comma 2, secondo alinea**

#### **1. *Problematiche applicative e delimitazione dell'ambito di indagine.***

“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”. Così, notoriamente, stabilisce il secondo alinea del secondo comma dell'art. 21-*octies*<sup>170</sup>.

La disposizione in esame, ad una primissima lettura, si presenta di lineare applicazione.

Non sorge il problema di natura interpretativa, riscontrato invece nel primo alinea, connesso all'esatta individuazione delle violazioni che rientrano nel campo di applicazione della norma. Essa, infatti, fa espresso riferimento al difetto di omessa comunicazione dell'avvio del procedimento *ex art. 7, l. n. 241/90*<sup>171</sup>.

Dal novero delle norme sul procedimento menzionate nel primo alinea, dunque, il legislatore ha estrapolato quella sulla comunicazione di avvio del procedimento per dedicare, alla sua violazione, un'apposita disciplina. Disciplina che si coglie facilmente proseguendo nella lettura della norma: l'inevitabilità del contenuto del provvedimento adottato (non deve apparire “*palese*” al soggetto sottointeso che è il giudice, ma) deve essere dimostrata in giudizio dalla stessa amministrazione<sup>172</sup>.

Riassumendo, sono quindi due gli elementi testualmente rilevanti ai fini di una corretta applicazione del secondo alinea dell'art. 21-*octies*: omessa comunicazione di avvio del procedimento e avvenuta dimostrazione in giudizio, da parte dell'amministrazione, che il provvedimento impugnato non avrebbe potuto avere un contenuto diverso anche nel caso in cui fosse stato rispettato il diritto di partecipazione del soggetto pretermesso.

La linearità della norma, tuttavia, viene meno ad una lettura più attenta che ha fatto emergere negli anni tutta una serie di perplessità interpretative che non sembrano, ancora oggi, trovare schiarite in fase applicativa.

---

<sup>170</sup> Di seguito, anche solo “secondo alinea dell'art. 21-*octies*”.

<sup>171</sup> Sui confini di applicazione del secondo alinea dell'art. 21-*octies* oltre l'ipotesi espressa di violazione dell'art. 7, l. n. 241/90, si rimanda *supra* al par. 2.2. della sezione I, ove si è fatto riferimento a quell'orientamento, giurisprudenziale e dottrinario, che ritiene applicabile il secondo alinea in parola anche alla violazione dell'obbligo di preavviso di rigetto *ex art. 10-bis, l. n. 241/90*.

<sup>172</sup> Come già evidenziato *supra* nel par. 3 della sezione I, emergerà nel prosieguo del lavoro che la distanza tra i due alinea sul punto è più apparente che reale.



Anche l'esame della casistica giurisprudenziale mostra, infatti, l'esistenza di orientamenti frammentati che propongono divergenti ricostruzioni della disposizione in esame.

Un esempio è stato già incontrato in occasione dell'esame del vizio di omesso preavviso di rigetto *ex art. 10-bis*, l. n. 241/90 (cfr. *supra* par. 2.2), ove si è visto che parte, seppur minoritaria, della giurisprudenza tende a farlo rientrare nel campo di applicazione della disposizione in esame, facendo leva sull'identità di *ratio* che lega queste due garanzie partecipative (avviso di avvio del procedimento e preavviso di rigetto).

Altre perplessità concernono, da una parte, l'individuazione del campo di applicazione della norma, dal momento che, in assenza di indicazioni esplicite sul punto, non si riesce a comprendere se rientrino nella sua orbita solo i provvedimenti aventi natura vincolata (come esplicitato nel primo alinea) o anche quelli discrezionali.

Dall'altra, la natura della dimostrazione richiesta espressamente dalla norma all'amministrazione. Sotto tale prospettiva, sarà importante rilevare sulla base di quali elementi il giudice amministrativo giunge a "convincersi" che, quand'anche il ricorrente avesse partecipato al procedimento, il provvedimento non avrebbe potuto avere un contenuto differente.

I prossimi paragrafi saranno dedicati a rintracciare nella prassi giurisprudenziale strumenti utili per sciogliere tali nodi interpretativi.

## ***2. Il secondo alinea dell'art. 21-octies: vincolatezza vs. discrezionalità amministrativa.***

Le prime perplessità, come sopra accennato, hanno riguardato l'esatta individuazione del campo di applicazione della disposizione in esame, poiché, diversamente dall'alinea precedente la cui operatività è specificatamente limitata alle sole ipotesi di atti aventi natura vincolata, essa non contiene alcuna indicazione espressa in tal senso.

La giurisprudenza prevalente, interpolando tale dato con l'avverbio "*comunque*" contenuto nella norma (*il provvedimento non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora ...*), ha tratto la conclusione che

l'omessa comunicazione di avvio del procedimento non sarebbe suscettibile *tout court* di provocare l'annullamento del provvedimento sia in caso di provvedimenti aventi natura vincolata, sia in caso di provvedimenti discrezionali<sup>173</sup>. In altre parole, la natura vincolata o meno del provvedimento non sarebbe di ostacolo all'applicazione della regola contenuta nella disposizione in esame, che quindi riguarderebbe anche i provvedimenti discrezionali.

I riflessi applicativi di questo indirizzo sono presto detti: l'omessa comunicazione di avvio del procedimento non determina l'annullamento del provvedimento, sia esso vincolato o discrezionale, soltanto se l'amministrazione riesce a dimostrare l'inefficienza causale del vizio sul suo contenuto dispositivo<sup>174</sup>.

Secondo una giurisprudenza minoritaria, invece, il secondo alinea dell'art. 21-*octies* sarebbe circoscritto ai soli casi di provvedimenti discrezionali<sup>175</sup>. Più precisamente, il primo alinea si riferirebbe soltanto all'attività vincolata

---

<sup>173</sup> Cfr., *ex multis*, Cons. Stato sez. VI, 27 aprile 2015 n. 2127; ID. 04 marzo 2015, n. 1060; ID., sez. IV, 25 febbraio 2012 n. 3083; Tar Campania, Napoli, sez. VIII, 21 gennaio 2015, n. 374. In dottrina, cfr. F. LUCIANI, *L'annullabilità degli atti amministrativi*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, 389, dove si sostiene che "il secondo periodo dell'art. 21-*octies*, 2 co., ha una portata più limitata della disposizione contenuta nel periodo precedente, in quanto riguarda il solo vizio relativo alla mancata comunicazione di avvio del procedimento; ma allo stesso tempo è più ampia essendo riferita anche agli atti discrezionali"; F. FRACCHIA-M. OCCHIENA, *Teoria dell'invalidità dell'atto amministrativo*, cit., 42, che, con riferimento alla norma in esame, osserva che essa "si applica anche ai provvedimenti discrezionali (manca infatti la delimitazione incentrata sul richiamo a provvedimenti vincolati) e, quindi, a casi in cui la legge non predetermina il contenuto del provvedimento". In termini, tra i tanti, cfr. D. SORACE, *Il principio di legalità e i vizi formali dell'atto amministrativo*, cit., 387; F. PUBUSA, *Alcune considerazioni sull'art. 21-*octies*, secondo comma, L. N. 241/90*, in *Dir. e proc. amm.*, 2008, 368 ss.; E. STRADELLA, *La tutela contro i vizi di forma e nel procedimento, alla luce della nuova disciplina del procedimento amministrativo: spunti di riflessione*, in A. MASSERA (a cura di), *Le tutele procedimentali. Profili di diritto comparato*, Napoli, 2007, 467 ss.

<sup>174</sup> Si vedrà nel prosieguo dell'analisi giurisprudenziale come la diversa natura del provvedimento impugnato, sebbene non sia di ostacolo all'applicazione della norma, finisca comunque per avere dei riflessi, in particolare sulla conduzione del giudizio di causalità da parte del giudice.

<sup>175</sup> Cfr. Tar Lazio, Roma, sez. I, 30 agosto 2005, n. 6359, ove si legge che "attese le peculiarità che connotano il provvedimento di demolizione e, quindi, l'esercizio da parte dell'Amministrazione di un potere definibile "vincolato", il Collegio osserva che la questione de qua è interessata dalla prima previsione di cui all'art. 21-*octies*, comma 2. Orbene, la violazione dell'obbligo di comunicare l'avvio del procedimento denunciata dalla ricorrente costituisce un motivo idoneo a determinare l'annullabilità del provvedimento impugnato in quanto non è palese che il contenuto dispositivo del provvedimento "non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato".

dell'amministrazione e concernerebbe qualsiasi vizio procedimentale, ivi incluso quello di omessa comunicazione di avvio del procedimento. Il secondo alinea, invece, consentirebbe di estendere il raggio d'azione dell'illegittimità non invalidante ai provvedimenti discrezionali, ma soltanto con riferimento al vizio di omessa comunicazione di avvio del procedimento.

Da un punto di vista applicativo, aderire a quest'ultima ricostruzione vuol che, in caso di violazione dell'obbligo di comunicazione di cui all'art. 7 cit. nell'ambito di un procedimento per l'adozione di un provvedimento discrezionale, l'amministrazione, per arginarne l'annullamento, ha l'onere di dimostrare l'inevitabilità del suo contenuto. In caso contrario (e cioè di provvedimento vincolato), l'inevitabilità del provvedimento deve apparire *palese* al giudice ai sensi del primo alinea dell'art. 21-*octies*.

Un più isolato orientamento dottrinale ha, infine, optato per un'interpretazione più cauta della norma in esame<sup>176</sup>, ritenendo che debba trovare applicazione soltanto in caso di attività vincolata, perché *“le scelte discrezionali dell'amministrazione agente (...) non possono essere “sostituite” da determinazioni dell'autorità giurisdizionale”*<sup>177</sup>. E se ciò vale con riferimento alle violazioni riconducibili al primo alinea dell'art. 21-*octies*, non può che valere, *a fortiori*, anche con riguardo al

---

<sup>176</sup> Così, G. SORRENTINO, *Spunti di riflessione per una applicazione vincolata del comma 2 dell'art. 21-*octies* della legge n. 241/90*, in M. LIGUORI (a cura di), *Studi sul procedimento e sul provvedimento amministrativo nelle riforme del 2005*, Bologna, 2007, 150, ove a tal proposito l'Autore afferma: *“si ritiene di valutare la tenuta di un'interpretazione per così dire restrittiva (per la quale sia il primo che il secondo alinea si riferiscono alla sola attività in concreto vincolata (...)), piuttosto che accedere supinamente a una applicazione “più efficientista” (per la quale mentre il primo alinea si riferirebbe all'attività vincolata e concernerebbe qualsiasi vizio c.d. formale ivi incluso quello relativo alla mancata comunicazione di avvio del procedimento, il secondo alinea invece – con riferimento a quest'ultimo specifico vizio, consentirebbe di estendere senz'altro il raggio d'azione dell'illegittimità non caducante alla c.d. attività discrezionale”*.

<sup>177</sup> Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Note critiche in tema di vizi formali*, cit., 210. In termini, da ultimo, P. PROVENZANO, *I vizi nella forma e nel procedimento amministrativo*, cit., 134.

“ben più grave vizio”<sup>178</sup> di omessa comunicazione di avvio del procedimento espressamente contemplato dal secondo alinea della medesima norma<sup>179</sup>.

Nel prosieguo del lavoro si cercherà di sciogliere il nodo interpretativo suscitato dall'avverbio “comunque” con riferimento alla tipologia di provvedimenti che rientrano nel campo di applicazione del secondo alinea della norma in esame e di evidenziare come il giudizio di causalità richiesto dal secondo alinea non comporti affatto nella prassi giurisprudenziale una sostituzione dell'apprezzamento del giudice a quello dell'amministrazione.

Ma per affrontare tali questioni occorre prima fare chiarezza, come già preannunciato, sulle modalità operative della norma.

### **3. Forma e contenuti della dimostrazione attribuita all'amministrazione.**

#### ***Espressione letterale vs. interpretazione giurisprudenziale***

Il tenore della norma pone senza dubbio in capo all'amministrazione l'onere di dimostrare l'inidoneità dell'apporto partecipativo pretermesso ad incidere sull'assetto di interessi disposto nel provvedimento impugnato.

Ma come viene fornita in concreto tale prova?

---

<sup>178</sup> Cfr. F. ASTONE, *Nullità e annullabilità del provvedimento amministrativo. Profili sostanziali e tutela giurisdizionale*, cit., 280; M. LIPARI, *L'amministrazione in fuorigioco attivo: le violazioni procedurali e formali “non invalidanti” dal processo al provvedimento*, cit., 61.

<sup>179</sup> Al riguardo è stato acutamente osservato che “*Appare però contraddittorio «salvare» un provvedimento discrezionale (v. infra) quando è mancata la comunicazione di avvio e non potere conseguire il medesimo risultato ove la «mancanza» sia stata più lieve, riguardandone gli aspetti contenutistici previsti dall'art. 8, l. 241/1990*” (così F. FRACCHIA-M. OCCHIENA, *Teoria dell'invalidità dell'atto amministrativo e art. 21-octies, l. 241/90: quando il legislatore non può e non deve*, cit., 42, i quali avevano ritenuto presumibile che la giurisprudenza avrebbe interpretato la norma applicando il meccanismo a vizi differenti dall'omessa comunicazione di avvio del procedimento). In giurisprudenza, opta per un'interpretazione più restrittiva nel senso che la norma troverebbe applicazione solo in caso di provvedimenti vincolati, Tar Calabria, Catanzaro, sez. I, 29 agosto 2016, n. 1666 nella quale testualmente si legge che: “*Come è noto, la mancata comunicazione dell'avvio del procedimento non pregiudica il provvedimento conclusivo ex art. 21 octies L. 241/90, ma anche alla luce di una lettura non formalistica delle garanzie partecipative dei destinatari del provvedimento autoritativo, solo qualora il contenuto di questo sia vincolato e non possa essere modificato sulla base di eventuali osservazioni del destinatario*”. In tal senso, cfr. anche Cons. Stato, sez. V, 25 gennaio 2016, n. 233; Cons. Stato, sez. VI, 03 settembre 2013, n. 4394; Tar Lombardia, Milano, 03 luglio 2012, n. 1888.

Occorre considerare che il contenuto dell'apporto conoscitivo pretermesso è, naturalmente, nella sola disponibilità del ricorrente. Ne consegue che, per consentire all'amministrazione di fornire la dimostrazione richiesta dalla norma, il ricorrente deve allegare in giudizio gli argomenti e i documenti che avrebbe fatto valere in sede procedimentale. Nella prassi, come si evince dalle pronunce in materia, tali elementi confluiscono generalmente all'interno di autonomi motivi di ricorso volti a censurare la legittimità sostanziale del provvedimento e sarà, pertanto, il rigetto/l'accoglimento dei motivi sostanziali a fare emergere l'infondatezza/la fondatezza della censura procedurale (ossia, l'assenza/la possibilità di alternative decisorie del provvedimento impugnato).

Può accadere, tuttavia, che non vi sia totale coincidenza tra i fatti costitutivi delle censure procedurali e quelli delle censure sostanziali; in tal caso, il contributo partecipativo viene "sostanzializzato" nell'apposita censura procedurale e sarà il rigetto di quest'ultima a fare emergere l'ininfluenza della violazione sul contenuto dispositivo del provvedimento.

Si badi, però, il privato non ha l'onere di dimostrare che le sue osservazioni avrebbero potuto avere un'incidenza causale sul contenuto dispositivo del provvedimento (costituendo, questo, una circostanza che spetta all'amministrazione smentire, provando il contrario), ma soltanto quello di rappresentare che la sua sarebbe stata una partecipazione attiva, avendo elementi da fornire all'amministrazione.

In questo senso vanno intese le affermazioni di quella parte maggioritaria della giurisprudenza che, sulla scia di un orientamento antecedente alla novella del 2005, ritiene di dover interpretare l'onere dimostrativo che il secondo alinea dell'art. 21-*octies* pone in capo all'amministrazione nel senso che "*il privato debba quantomeno indicare o allegare quali sono gli elementi conoscitivi che avrebbe introdotto nel procedimento ove avesse ricevuto la comunicazione di avvio del procedimento*"<sup>180</sup>. Si tratta, appunto, secondo la tesi prevalente e preferibile, di

---

<sup>180</sup> Cons. Stato, sez. VI, 29 luglio 2008, n. 3786. In tal senso, Cons. Stato, sez. III, 07 dicembre 2015, n. 5556; Tar Trentino-Alto Adige, Trieste, sez. I, 10 marzo 2015, n. 126; Cons. Stato, sez. V, 29 aprile 2009, n. 2737; Tar Campania, Salerno, sez. I, 29 aprile 2005, n. 671; Cons. Stato, sez. IV, 10 giugno 2006, n. 3608; Cons. Stato, sez. VI, 17 ottobre 2006, n. 6192, secondo il quale il ricorrente deve "*perlomeno fornire un principio di prova*" che il

fornire un principio di prova che si traduce in un mero onere di allegazione (di fatti).

Alla base di tale indirizzo vi è la considerazione che un importante strumento di partecipazione come l'avviso ex art. 7, l. n. 241/90, non possa ridursi "*né ad un mero rituale formalistico, né ad un banale cavillo del tutto disgiunto dalla realtà delle cose*"<sup>181</sup>. Pertanto, ove il privato si limiti a contestare la mancata comunicazione di avvio, senza nemmeno allegare le circostanze che non ha potuto incolpevolmente sottoporre all'amministrazione, "*il motivo con cui si lamenta la mancata comunicazione deve intendersi inammissibile per assoluta genericità*"<sup>182</sup>. Solo dopo che il ricorrente abbia adempiuto a questo onere di allegazione - che la norma implicitamente porrebbe a suo carico -, l'amministrazione sarà gravata dal ben più consistente onere di dimostrare che, anche ove quegli elementi fossero stati valutati, il contenuto dispositivo del provvedimento non sarebbe stato diverso<sup>183</sup>.

---

provvedimento avrebbe potuto essere diverso, mentre "*spetta all'amministrazione di provare il contrario*".

<sup>181</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 20 febbraio 2013, n. 1056, il quale precisa che solo l'allegazione degli elementi pretermessi "*rende l'istituto un presidio ordinamentale a tutela sia del diritto dell'interessato a rappresentare in sede procedimentale le proprie ragioni; e sia della p.a. a valutare compiutamente tutti gli interessi diretti ed indiretti coinvolti nel procedimento*". In termini, cfr. Tar Campania, Salerno, sez. I, 25 maggio 2016, n. 1302, nella quale viene anche precisato che "*non può a priori in sede giudiziale ritenersi, anche ai sensi dell'art. 21-octies L. 241/1990, superfluo l'apporto partecipativo del singolo dipendente al fine di una valutazione completa degli interessi relativi alla gestione del nucleo operativo in questione*"; Cons. Stato, sez. IV, 27 gennaio 2011, n. 618; Cons. Stato, 09 gennaio 2009, n. 120; Cons. Stato, 29 luglio 2008, n. 3786; Cons. Stato, sez. V, 19 marzo 2007, n. 1307.

<sup>182</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. IV, n. 1065/2013 cit. In termini, Tar Campania, Napoli, sez. VI, 30 giugno 2015, n. 3456; Tar Marche, Ancona, sez. I, 20 luglio 2015, n. 574; Tar Emilia Romagna, Bologna, sez. I, 09 ottobre 2014, n. 946; Cons. Stato, sez. V, 20 agosto 2013 n. 4192; Cons. Stato, sez. IV, 08 giugno 2011, n. 3508; Cons. Stato, sez. V, 29 aprile 2009 n. 2737; Cons. Stato, sez. VI, 29 luglio 2008, n. 3786; Cons. Stato, sez. IV, 19 marzo 2007, n. 1307; Cons. Stato, sez. V, 19 marzo 2007, n. 1307. Il motivo viene altrimenti ritenuto "irrelevante" (cfr. ad esempio Tar Campania, Napoli, sez. IV, 16 aprile 2009, n. 1982) o "infondato".

<sup>183</sup> A tal proposito, si veda, tra le tante, Cons. Stato, sez. V, 18 aprile 2012, n. 2257, secondo cui l'art. 21-octies, secondo alinea, va interpretato "*nel senso di evitare che l'Amministrazione sia onerata in giudizio di una prova diabolica, cioè della dimostrazione che il provvedimento non avrebbe potuto avere contenuto diverso in relazione a tutti i possibili contenuti ipotizzabili, per cui si deve comunque porre previamente a carico del privato l'onere di indicare, quanto meno in termini di allegazione processuale, quali elementi conoscitivi avrebbe introdotto nel procedimento, se previamente comunicatogli, onde indirizzare l'Amministrazione verso una decisione diversa da quella assunta*".

Non possono, pertanto, condividersi quelle tesi secondo le quali la giurisprudenza che chiede al privato di indicare o allegare gli elementi conoscitivi che incolpevolmente non ha potuto introdurre nel procedimento riproporrebbe negli stessi termini l'orientamento precedente alla riforma del 2005, che poneva in capo al privato l'onere di dimostrare l'efficacia causale della partecipazione pretermessa sulla decisione impugnata<sup>184</sup>. Questa tesi non convince perché sembra trascurare che una cosa è chiedere di allegare un fatto, sul quale si appunterà la difesa dell'amministrazione, altro è chiedere di provare le potenzialità di quel fatto di incidere favorevolmente sulla decisione finale. La critica, allora, deve appuntarsi principalmente nei confronti delle prime pronunce in materia, ormai minoritarie, che effettivamente chiedevano al ricorrente di dimostrare in che modo egli avrebbe potuto modificare il contenuto dispositivo del provvedimento<sup>185</sup>.

La giurisprudenza maggioritaria, oggi, come detto, chiede al ricorrente solo un ragionevole onere di allegazione.

Così, in via esemplificativa, con riferimento all'onere di allegazione, in giurisprudenza è stato affermato che *“il destinatario dell'ordine di demolizione, non preceduto dalla preventiva notifica dell'ordinanza di sospensione lavori, non può limitarsi in sede di impugnativa a dedurre la mera violazione dell'art. 7 della legge n.*

---

<sup>184</sup> Di recente, cfr. P. PROVENZANO, *I vizi nella forma e nel procedimento*, cit., 204, secondo il quale *“La prova dell'utilità del contraddittorio procedimentale non celebratosi viene così addossata, contra legem, sul ricorrente”*. In termini, D.U. GALETTA, *L'art. 21-octies nella novellata legge sul procedimento amministrativo nelle prime applicazioni giurisprudenziali*, cit., 7, ove si osserva che *“la circostanza che appare (...) più allarmante a chi scrive è quella tendenza di taluni giudici amministrativi ad interpretare la norma in modo tale da produrre, di fatto, una inversione dell'onere della prova a danno del ricorrente ed in favore dell'amministrazione, anche nell'ipotesi ex comma 2, alinea 2, dell'art. 21-octies”*. In termini, si esprimono F. SAITTA, *Omessa comunicazione dell'avvio del procedimento: il lupo perde il pelo ma non il vizio (ovvero “in claris ... fit interpretatio”)*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); L. FERRARA, *La partecipazione tra “illegittimità” e “illegalità”. Considerazioni sulla disciplina dell'annullamento non pronunciabile*, cit., 120, ove si afferma *“non è dato in alcun modo comprendere la ragione dell'indirizzo interpretativo che addossa l'onere della prova, se non anche quello della censura sostanziale, sul ricorrente, eliminando in tale maniera l'innovazione normativa che la dottrina aveva subito colto”*.

<sup>185</sup> Illustra bene l'approccio, Tar Campania, Napoli, sez. II, 13 dicembre 2005, n. 20227, ove si legge che *“la circostanza (...) dell'assenza di deduzioni di parte ricorrente, non già circa le ragioni di illegittimità degli atti gravati di ricorso (per la cui confutazione si rimanda a quanto sin qui osservato), bensì circa un diverso contenuto che le prefate ordinanze di demolizione avrebbero potuto, in ipotesi, assumere, dimostrano in maniera idonea, per il Tribunale, che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato”*.

241/1990”, “ma ha l'obbligo di evidenziare nel ricorso, al fine di contrastare la presunzione sul carattere abusivo dell'opera, quei fatti e circostanze che avrebbe rappresentato all'Amministrazione se fosse stato informato dell'avvio del procedimento repressivo, così da prospettare una considerazione più completa di tutti gli elementi presenti nella vicenda edificatoria, ritenuta in contrasto con le previsioni urbanistico-edilizie”, “nel contempo consentendo al giudice di valutare con cognizione di causa la fondatezza della censura”<sup>186</sup>.

In una fattispecie di omessa comunicazione di avvio del procedimento di espropriazione e di occupazione di urgenza da parte delle Ferrovie Nord Milano di alcuni immobili di proprietà dei ricorrenti, il giudice ha rilevato che “i ricorrenti in primo grado, senza essere contraddetti sul punto, hanno prodotto una relazione tecnica a supporto dell'asserito pregiudizio subito a seguito delle scelte adottate nella procedura espropriativa”, mentre “l'amministrazione, che non ha nemmeno invocato l'art. 21-octies, non ha assolto l'onere probatorio della dimostrazione che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato anche in caso di partecipazione del privato al procedimento”<sup>187</sup>.

Ancora, nell'ambito di un ricorso avverso il provvedimento di revoca del permesso di soggiorno rilasciato per motivi di lavoro, il giudice ha precisato che “il ricorrente avrebbe, come si evince dalla lettura del ricorso, potuto dedurre: di avere, nel frattempo, stipulato contratto di collaborazione a progetto di durata biennale con altra impresa, di aver conseguito, con l'attività lavorativa prestata, stabilità economica e, infine, la sua buona fede e la sua estraneità ai comportamenti illeciti posti in essere dal precedente datore di lavoro”, al contrario “l'amministrazione non ha neppure dimostrato che il contenuto dispositivo del provvedimento non poteva essere diverso, non essendo dedotto alcun comportamento dell'interessato che le norme di legge prevedono come ostativo alla presenza dello straniero sul territorio dello Stato e che avrebbe potuto legittimare l'ammissione

---

<sup>186</sup> Cfr. Tar Campania, Napoli, sez. II, 06 febbraio 2012, n. 589. In termini v. anche Tar Campania, Napoli, sez. IV, 16 aprile 2009, n. 1982, ove si legge testualmente che “La misura sanzionatoria in questione consiste in un provvedimento vincolato e dagli atti del giudizio risulta palese che il medesimo provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato, non avendo i ricorrenti evidenziato profili in fatto o in diritto che avrebbero potuto consentire un esito diverso del procedimento sanzionatorio”.

<sup>187</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 05 dicembre 2007, n. 6183.



*della amministrazione alla prova del contenuto vincolato del provvedimento; invero, trattandosi di autotutela, occorre comunque motivare in ordine alla sussistenza di un interesse attuale e specifico, valutando il consolidamento degli effetti del provvedimento (per quanto concerne l'inserimento lavorativo e la situazione personale e familiare del ricorrente)”<sup>188</sup>.*

Come vedremo da qui a poco, l'onere di allegazione richiesto dalla nostra giurisprudenza appare perfettamente in linea con la giurisprudenza della Corte di Giustizia, chiamata più volte a pronunciarsi sulla compatibilità con l'ordinamento europeo di norme presenti in altri Stati membri che riproducono i contenuti dell'art. 21-*octies*.

Ora, si condivida o meno l'onere di allegazione imposto al ricorrente, il tenore letterale della norma subordina in ogni caso la “salvezza” del provvedimento alla circostanza che l'amministrazione dimostri che, quand'anche il ricorrente fosse stato ascoltato nel procedimento, la decisione non sarebbe stata differente<sup>189</sup>, facendo così desumere la necessità che l'amministrazione medesima si costituisca in giudizio.

Tale “necessità”, tuttavia, non trova riscontro unanime in giurisprudenza.

Secondo una parte della giurisprudenza, infatti, l'art. 21-*octies*, secondo alinea, andrebbe interpretato nel senso che, sia in caso di inerzia dell'amministrazione sul versante probatorio, sia in caso di sua mancata costituzione in giudizio, al giudice non è comunque impedito di accertare, sulla base degli elementi che emergono

---

<sup>188</sup> Cfr. Tar Lombardia, Milano, sez. III, 01 agosto 2011, n. 2081.

<sup>189</sup> Secondo un indirizzo giurisprudenziale, infatti, l'operatività dell'art. 21-*octies*, secondo alinea, è necessariamente preclusa quando l'amministrazione intimata non si costituisce in giudizio (cfr., Tar Basilicata, Potenza, sez. I, 22 luglio 2015, n. 459, ove il Collegio ha stabilito che “il Comune intimato non si è costituito è ciò preclude di per sé l'applicazione del secondo periodo dell'art. 21-*octies* della legge n. 241/1990”. Più esplicito Tar Toscana, Firenze, sez. II, 09 febbraio 2009, n. 252, il quale ha precisato che “la contumacia del Comune intimato impedisce qualsiasi verifica circa l'eventuale inutilità del confronto procedimentale tra le parti e la conseguente irrilevanza del vizio”. V. anche, *ex multis*, Tar Puglia, Bari, sez. III, 07 marzo 2013, n. 345) oppure non sia da quest'ultima invocata in giudizio (cfr., *ex multis*, Cass. civ., sez. I, 11 gennaio 2017, n. 511; Cons. Stato, sez. III, 20 settembre 2016, n. 3913; Tar Campania, Salerno, sez. I, 12 maggio 2014, n. 926; Tar Liguria, Genova, sez. II, 23 gennaio 2009, n. 114; Tar Liguria, Genova, sez. II, 30 ottobre 2008, n. 1928. Costituisce processualmente un'eccezione in senso stretto per: Tar Sicilia, Catania, sez. IV, 29 aprile 2010, n. 1282; Tar Trentino-Alto Adige, Bolzano, 26 giugno 2009, n. 243; Tar Liguria, Genova, sez. I, 22 agosto 2008, n. 1623).

dagli atti di causa, l'incidenza dell'omessa garanzia procedimentale sul contenuto del provvedimento impugnato<sup>190</sup>.

Questo meccanismo si riscontra, invero, in una buona parte della casistica giurisprudenziale analizzata, nella quale il giudice amministrativo applica l'art. 21-*octies*, secondo alinea, nonostante la totale assenza di un contributo dimostrativo da parte dell'amministrazione, quando gli elementi in fatto e in diritto emersi nel corso del processo, ricostruiti compiutamente nei loro tratti essenziali anche alla luce della motivazione contenuta nel provvedimento, siano tali da far ritenere che il contenuto dispositivo di quest'ultimo non sarebbe potuto essere differente. In altre parole, se alla luce degli atti di causa risulta (potremmo dire "palese") che l'amministrazione non avrebbe potuto prendere una decisione diversa da quella adottata in concreto, il giudice allora dispone di tutti gli elementi per poter accertare la legittimità sostanziale della decisione, anche se l'amministrazione non ha dato alcun contributo dimostrativo volontariamente oppure perché non si è costituita in giudizio.

E questa tendenza si riscontra a fronte di provvedimenti vincolati<sup>191</sup> oppure di provvedimenti (in origine) discrezionali, che abbiano assunto carattere

---

<sup>190</sup> Si esprimono in tal senso, Tar Toscana, Firenze, sez. III, 26 novembre 2010, n. 6636; Tar Toscana, Firenze, sez. II, 11 dicembre 2010, n. 6723; Tar Lazio, Roma, sez. III-*bis*, 08 ottobre 2009, n. 9841; Tar Lazio, Roma, sez. III-*bis*, 05 novembre 2009, n. 10849.

<sup>191</sup> L'indirizzo in parola si riscontra prevalentemente in materia edilizia: cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. VI, 18 maggio 2015, n. 2509, ove l'irrilevanza del vizio in esame viene fatta discendere "dal divieto assoluto di qualsiasi opera di edificazione entro la fascia di 300 metri dal confine del demanio marittimo (...) che quindi esclude in radice la possibilità di sanare l'abuso". Dello stesso tenore, Tar Lombardia, Milano, sez. II, 08 marzo 2017, n. 549; Tar Campania, Napoli, sez. IV, 27 marzo 2017, n. 1668; Tar Campania, Napoli, sez. VIII, 19 gennaio 2017, n. 416; Cons. Stato, sez. V, 10 settembre 2014, n. 4593; Tar Liguria, Genova, sez. I, 22 aprile 2011, n. 666. Per diverse fattispecie, si veda Tar Puglia, Lecce, sez. III, 13 agosto 2015, n. 2618, in materia di *ius sepulchri*; Tar Campania, Napoli, sez. IV, 16 aprile 2009, n. 1982, ove il Collegio ha giudicato che "La misura sanzionatoria in questione consiste difatti in un provvedimento vincolato e dagli atti del giudizio risulta palese che il medesimo provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato, non avendo i ricorrenti evidenziato profili in fatto o in diritto che avrebbero potuto consentire un esito diverso del procedimento sanzionatorio"; Cons. Stato, sez. V, 17 settembre 2008, n. 4414, ove il Collegio, constatando che "i presupposti della decadenza si erano già integrati" conclude che "nulla di risolutivo avrebbe potuto dedurre la concessionaria e i suoi argomenti sarebbero stati i medesimi, infondati, esposti nel giudizio"; Tar Liguria, Genova, sez. II, 25 novembre 2009, n. 3454, su un decreto rettorale di collocazione a riposo di un professore universitario. Per una fattispecie analoga, cfr. Tar Lazio, Roma, sez. III, 01 ottobre 2008, n. 8644.

sostanzialmente vincolato al termine dell'istruttoria procedimentale o processuale<sup>192</sup>.

Sul punto si registrano dissensi in dottrina, che si fondano sulla constatazione che l'assenza dell'"intermediazione amministrativa" nell'accertamento dell'assenza di alternative decisorie nell'ambito del secondo alinea dell'art. 21-octies comporterebbe non solo una violazione del tenore letterale della norma, ma anche un'inammissibile sostituzione del giudice alle valutazioni che spettano soltanto all'amministrazione per fornire la prova che il provvedimento non avrebbe comunque potuto essere diverso<sup>193</sup>.

---

<sup>192</sup> Emblematica, in tal senso, la sentenza del Tar Puglia, Lecce, sez. I, 15 febbraio 2017, n. 287 [l'amministrazione si è costituita in giudizio] che, pronunciandosi su un provvedimento di revoca di una concessione demaniale marittima, ha affermato che *"va rigettato il primo motivo di gravame, con il quale la ricorrente deduce la violazione delle disposizioni (art. 7 ss. l. n. 241/90) dettate in tema di partecipazione procedimentale. Ciò in quanto, avuto riguardo alla legittimità, sotto tutti gli altri profili denunciati dalla ricorrente, dell'impugnato provvedimento, la mancata comunicazione di avvio del procedimento si pone quale vizio non invalidante, ai sensi dell'art. 21 octies, 2° co, l. n. 241/90, non influendo in alcun modo sulla legittimità dell'atto finale"*. In termini, Tar Piemonte, Torino, sez. I, 28 novembre 2016, n. 1460 [l'amministrazione non si è costituita in giudizio]; Tar Basilicata, Potenza, sez. I, 16 settembre 2016, 904 [l'amministrazione si è costituita in giudizio]. V. anche. Tar Lombardia, Milano, sez. III, 18 marzo 2015, n. 744 [l'amministrazione si è costituita in giudizio], ove il Collegio, in un giudizio concernente l'annullamento d'ufficio di un concorso pubblico, ha affermato che *"I restanti due motivi, con cui parte ricorrente censura, nella sostanza, la mancata comunicazione di avvio del procedimento e la violazione dei suoi diritti di partecipazione, possono entrambi essere rigettati sulla base del disposto dell'art. 21-octies della legge 241/1990. Infatti, giusto quanto esposto in sede di deliberazione del primo motivo, appare palese che il contenuto dispositivo dei provvedimenti impugnati non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato"*.

<sup>193</sup> Cfr. P. PROVENZANO, *I vizi nella forma e nel procedimento*, cit., 178 ss. e 211 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Formalismo giuridico e invalidità formali*, in L.R. PERFETTI (a cura di), *Le riforme della l. 7 agosto 1990, n. 241 tra garanzia della legalità ed amministrazione di risultato*, Padova, 2008, 285 ss.; P. AMOVILLI, *La comunicazione dei motivi ostativi*, cit., 36; M. RAMAJOLI – R. VILLATA, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 601; S. SAIITA, *Nuove riflessioni sul trattamento processuale dell'omessa comunicazione di avvio del procedimento: gli artt. 8, comma ult., e 21-octies, comma 2, L. n. 241 del 1990 a confronto*, in *Foro amm. TAR*, 2006, 2299; M.A. SANDULLI, *Vizi formali e vizi sostanziali prime riflessioni*, in V. PARISIO (a cura di), *Vizi formali, procedimento e processo amministrativo*, cit., 135 ss.; D.U. GALETTA, *L'art. 21-octies della novellata legge sul procedimento amministrativo*, cit., 10 ss.; IDEM, *Violazione di norme sul procedimento amministrativo e annullabilità del provvedimento*, cit., 127 ss., 236 ss.; Ritengono che l'operatività del secondo alinea dell'art. 21-octies sia condizionata da una specifica e necessaria eccezione in tal senso, L. FERRARA, *L'allegazione dei fatti e la loro prova nella disciplina dell'annullabilità non pronunciabile: problematiche processuali e trasformazioni sostanziali*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 235; D. TREBASTONI, *La sanatoria dell'invalidità dei provvedimenti nel processo amministrativo*, in *www.giustizia-*

Queste osservazioni, tuttavia, non possono essere condivise perché, senza compiere le dovute distinzioni, vengono confusi due piani non necessariamente connessi tra di loro, e cioè la mancanza dell'intermediazione amministrativa nel giudizio di causalità e il rischio di un'alterazione della separazione dei poteri. Quest'ultimo, infatti, è un tema che potrebbe porsi anche quando la p.a. è costituita in giudizio e indipendentemente dall'assolvimento dell'onere probatorio in esame. Bisogna a questo punto procedere per gradi.

Come già anticipato, infatti, dall'analisi del repertorio giurisprudenziale in materia emerge distintamente che il giudice si spinge ad indagare la legittimità sostanziale dell'amministrazione nonostante l'assenza di un'"intermediazione amministrativa" soltanto quando vengono in rilievo profili direttamente conoscibili perché, come detto, non afferenti la discrezionalità amministrativa, oppure perché, ove esistente, risulti in concreto esaurita a seguito delle risultanze istruttorie procedurali o processuali<sup>194</sup>.

Si considerino, in via esemplificativa, le seguenti fattispecie, nelle quali il giudice amministrativo svolge il sindacato di causalità *ex art. 21-octies*, secondo alinea, nonostante l'assenza in giudizio dell'amministrazione.

Il Tar Roma, appreso dagli atti di causa che l'impresa ricorrente, dopo l'ottenimento del trattamento di Cassa integrazione guadagni, era stata posta in regime di liquidazione con lo scopo di dismettere l'attività, ha stabilito che "*legittimamente*" l'amministrazione aveva annullato il provvedimento con il quale era stato concesso il beneficio, in quanto "*l'ammissione di una impresa al beneficio della cassa integrazione guadagni si fonda sulla ragionevole prevedibilità di una*

---

*amministrativa.it. Contra, R. GIOVAGNOLI, I vizi formali e procedurali, cit., 1141 ss., secondo il quale, invece, "non è necessario formulare una apposita eccezione processuale".*

<sup>194</sup> Potendo il giudice in tal caso procedere con un sindacato di ragionevolezza, logicità, proporzionalità, adeguatezza, della decisione contestata alla luce delle censure sollevate dal ricorrente. Esemplificativa, sul punto, Tar Sardegna, Cagliari, sez. II, 31 marzo 2006, n. 476, secondo il quale "*deve risultare provato che, secondo i canoni della logicità e congruità, l'amministrazione ha comunque operato, nel corso del procedimento, una corretta comparazione e sintesi degli interessi coinvolti, alla luce dei tratti mutevoli della realtà, in modo che risulti evidente che il provvedimento, anche se divergente dal diritto positivo, è rispettoso dell'assetto degli interessi che le norme impongono, in misura tale da rendere superfluo il riesame in quanto ogni ulteriore elemento conoscitivo che l'interessato avrebbe potuto evidenziare non avrebbe scongiurato la lesione lamentata, proprio per l'oggettiva impossibilità di un contenuto diverso*".

*ripresa dell'attività produttiva dopo il superamento della crisi aziendale*"<sup>195</sup>. Fatto che, nel caso di specie, veniva smentito dalle risultanze istruttorie del procedimento amministrativo. Da qui, l'emersione dell'ininfluenza della violazione dell'art. 7, l. n. 241/90 sulla legittimità sostanziale della decisione.

Del pari, chiamato a giudicare della legittimità di un diniego di condono e del contestuale ordine di demolizione non preceduto dalla comunicazione ex art. 7, l. n. 241/90, il Tar Napoli, constatato che *"la dichiarazione sostitutiva concernente l'epoca di realizzazione dell'abuso, contenuta nell'istanza di sanatoria straordinaria, [era] contraddetta da elementi specifici acquisiti dall'Amministrazione [nel corso del procedimento amministrativo], idonei ad evidenziare una diversa epoca di edificazione delle opere"*, ha concluso per la legittimità del diniego impugnato. Da qui, è stata derivata la legittimità del successivo ordine di demolizione, anch'esso impugnato con lo stesso ricorso, e l'irrilevanza della violazione procedimentale, *"risultando da quanto precede [legittimità del diniego di condono] che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato"*<sup>196</sup>.

La centralità del potere amministrativo e il rispetto della separazione dei poteri non sembra, dunque, venire meno a causa della mancata costituzione in giudizio dell'amministrazione, dal momento che il giudizio di causalità viene condotto in vicende compiutamente ricostruite sul piano fattuale da parte del giudice, alla luce della normativa rilevante nel caso di specie e delle risultanze dell'istruttoria procedimentale e processuale. Sotto quest'ultimo profilo, infatti, non si deve trascurare che l'assenza dell'amministrazione in giudizio non priva affatto il giudice del suo apporto istruttorio, dal momento che l'art. 46, comma 2, c.p.a. impone all'amministrazione intimata di *"produrre l'eventuale provvedimento impugnato, nonché gli atti e i documenti in base ai quali l'atto è stato emanato, quelli in esso citati e quelli che l'amministrazione ritiene utili al giudizio"*, prescindendo dalla circostanza che la stessa si sia o meno costituita in giudizio<sup>197</sup>.

---

<sup>195</sup> Cfr. Tar Lazio, Roma, sez. III bis, 18 settembre 2012, n. 7847.

<sup>196</sup> Cfr. Tar Campania, Napoli, sez. II, 22 ottobre 2015, n. 4955.

<sup>197</sup> Così recita l'art. 46, commi 1 e 2, c.p.a.: *"1. Nel termine di sessanta giorni dal perfezionamento nei propri confronti della notificazione del ricorso, le parti intimare possono costituirsi, presentare memorie, fare istanze, indicare i mezzi di prova di cui*

In altre parole, quindi, allorché dalla ricostruzione della vicenda sulla base dei fatti allegati in giudizio dal ricorrente all'atto di "sostanzializzare" la censura di violazione dell'art. 7, l. n. 241/90 e dalla risultanze processuali versate in giudizio emerga distintamente l'assenza di alternative decisorie, il giudice non potrà fare altro che giudicare la violazione dell'obbligo di comunicazione di avvio del procedimento inidonea ad incidere sulla legittimità sostanziale del provvedimento impugnato.

Diversamente opinando, dovremmo concludere che il potere del giudice di accertare la rilevanza o meno della violazione del contraddittorio sul contenuto del provvedimento sia condizionato dalla strategia processuale dell'amministrazione o dalla sua concreta volontà di invocare l'applicazione dell'art. 21-*octies*, secondo alinea<sup>198</sup>. Ma non può, evidentemente, essere questa la *ratio* sottesa alla norma in esame, che appare invero inconciliabile con il principio ispiratore della riforma del 2005, volta ad impedire l'annullamento di un provvedimento sostanzialmente legittimo per favorire l'efficienza e l'economicità dell'azione amministrativa.

Il dubbio appena espresso sembra essere avvalorato dall'utilizzo dell'avverbio "comunque" posto in apertura della norma, che a chi scrive non sembra fungere soltanto da indicatore dell'applicabilità della disposizione anche ai provvedimenti discrezionali, ma riveste un significato ulteriore e più coerente sia con i poteri del giudice sia con i principi ispiratori della riforma.

L'espressione "*Il provvedimento non è comunque annullabile*", infatti, letto in combinato disposto con l'onere dimostrativo posto in capo all'amministrazione e il giudizio di causalità descritto nel primo alinea, fa emergere che l'intervento

---

*intendono valersi e produrre documenti. 2. L'amministrazione, nel termine di cui al comma 1, deve produrre l'eventuale provvedimento impugnato, nonché gli atti e i documenti in base ai quali l'atto è stato emanato, quelli in esso citati e quelli che l'amministrazione ritiene utili al giudizio". Sulla sussistenza dell'obbligo in parola anche nei confronti dell'amministrazione non costituita in giudizio, cfr. Tar Liguria, Genova, sez. I, 09 gennaio 2014, n. 20.*

<sup>198</sup> Così, in giurisprudenza, anche Cons. Stato, sez. V, 17 settembre 2008, n. 4414, secondo il quale, la norma in esame non avrebbe introdotto una forma di eccezione in senso stretto, non configurabile nel processo amministrativo, ma "*un nuovo potere-dovere giudiziale, costituito dalla legge e non dall'amministrazione resistente e sottratto alla disponibilità di questa. Questo dovere non si arresta di fronte all'inerzia o al silenzio dell'amministrazione nel sollevare l'argomento, ed è di contenuto autolimitativo del potere generale di annullamento giudiziale ed incentrato sul principio di concreta utilità*").

dimostrativo dell'amministrazione sia necessario in via residuale, quando cioè, alla luce degli atti di causa e degli esiti dell'istruttoria non appare *palese* al giudice che la partecipazione del ricorrente nulla avrebbe potuto aggiungere rispetto agli elementi sui quali si è basata l'amministrazione per l'adozione del provvedimento impugnato. E' in quest'ultima eventualità, allora, che *il provvedimento non è comunque (alias, ancora) annullabile* se una prova dell'assenza di alternative decisorie è fornita dall'amministrazione.

In altre parole, l'avverbio "*comunque*" non intende semplicemente aprire l'orbita dell'art. 21-*octies*, secondo alinea, anche ai provvedimenti discrezionali, ma intende creare, soltanto per l'omessa comunicazione di avvio del provvedimento, un'"ultima spiaggia" di salvezza per il provvedimento la cui legittimità sostanziale non appare palese al giudice dall'analisi degli atti di causa.

Ma perché solo per la violazione della comunicazione di avvio del provvedimento e quando, in concreto, risulta necessaria la dimostrazione dell'amministrazione?

La risposta a questi interrogativi può rinvenirsi nella circostanza che, in caso di omessa comunicazione di avvio, è mancato del tutto il contraddittorio tra amministrazione e parte privata, pertanto è più elevata la possibilità che il ricorrente, censurando la violazione in parola, alleggi in giudizio elementi o documenti che l'amministrazione viene a conoscere per la prima volta in giudizio e che non ha valutato in sede procedimentale. Ebbene, nel caso in cui gli elementi che il privato ha potuto dedurre solo in giudizio, e quindi non acquisiti in fase procedimentale, implicino valutazioni discrezionali rispetto alle quali è necessario in prima battuta l'apprezzamento dell'amministrazione<sup>199</sup>, l'intermediazione amministrativa è imprescindibile ai fini della "salvezza" del provvedimento. In tali ipotesi, infatti, senza il previo filtro dell'amministrazione, che prima valuta l'apporto partecipativo e poi fa emergere l'irrilevanza dello stesso ai fini della decisione, il giudice non può spingere il proprio sindacato fino alla valutazione della loro incidenza concreta sul contenuto del provvedimento, perché ciò vorrebbe dire pronunciarsi su un potere non ancora esercitato dall'amministrazione.

---

<sup>199</sup> E questa evenienza è frequente in caso di provvedimenti discrezionali, cui è applicabile il secondo alinea dell'art. 21-*octies*.

La dimostrazione dell'amministrazione, dunque, ha ragione di esistere proprio in queste ipotesi, dinanzi alle quali al giudice non resterebbe che annullare il provvedimento. Ed è in queste ipotesi che hanno ragione di esistere i timori testé richiamati di un'indebita sostituzione del giudice alle valutazioni dell'amministrazione.

Alla luce delle considerazioni appena svolte è possibile compiere un ulteriore passo in avanti per evidenziare la criticità di quelle pronunce rinvenute nell'analisi giurisprudenziale nelle quali il giudice amministrativo, trovandosi di fronte ad elementi dedotti dal ricorrente che necessitano di essere esaminati in prima battuta dall'amministrazione, annulla il provvedimento sul presupposto che il loro previo apprezzamento da parte dell'amministrazione debba *“trovare ingresso esclusivamente nel corso del procedimento amministrativo e non anche nel processo davanti al giudice”*<sup>200</sup>, nonostante, si badi, l'amministrazione sia costituita in giudizio e potrebbe quindi ivi svolgere tutti gli apprezzamenti necessari.

L'impostazione appena descritta si coglie bene in una recente pronuncia del Tar Napoli, nella quale il Collegio ha letteralmente affermato che *“dinanzi a provvedimenti latamente discrezionali, quali sono quelli localizzativi di un vincolo preordinato all'esproprio, non può pretendersi lo svolgimento di una dialettica processuale sostitutiva di quella procedimentale negata (secondo lo schema: il privato osserva, l'amministrazione replica, il giudice decide)”*, perché *“a) il tenore letterale della norma (“l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato”) lascia pensare a situazioni che, pur in un'area di discrezionalità, si prestino, con riguardo al caso concreto ed all'istruttoria compiuta, ad una soluzione sostanzialmente obbligata; b) diversamente ragionando, il confronto meramente processuale da un lato, ed il vaglio giudiziario dall'altro, incrinerebbero la genuinità*

---

<sup>200</sup> La precisazione è costante in giurisprudenza ma vuole essere un monito più che di aiuto per la risoluzione del caso in esame, dal momento che il giudice, quando contestualizza le argomentazioni teoriche previamente svolte sui confini di applicazione del secondo alinea in esame, si trova di fronte ad un elemento direttamente conoscibile dal giudice, che rende di fatto vincolata l'adozione del provvedimento. Cfr., da ultimo, Cons. Stato, sez. III, 12 maggio 2017, n. 2218 e le sentenze ivi richiamate.



*dell'azione amministrativa nonché il divieto per il giudice di sostituirsi all'amministrazione nell'esercizio dell'attività discrezionale*"<sup>201</sup>.

Il Collegio, dunque, respinge apertamente lo schema *"il privato osserva, l'amministrazione replica, il giudice decide"*, in quanto, a suo dire, determinerebbe una sostituzione del giudice all'amministrazione nell'esercizio dell'attività discrezionale.

Lo scenario prospettato dal Collegio di indebita sostituzione, in realtà, sembra più che altro sottintendere un pregiudizio del giudice amministrativo nei confronti della sequenza procedimento-processo, sequenza che vorrebbe dapprima l'episodio di esercizio della funzione da parte dell'autorità amministrativa preposta e solo dopo il sindacato del giudice, venendo ad impedire all'amministrazione di procedere con la valutazione del contributo partecipativo pretermesso in corso di giudizio e non nell'apposita sede procedimentale.

Ma siffatto pregiudizio, oltre a non essere più in sintonia con l'attuale sistema processuale amministrativo nazionale e con il canone di *"piena giurisdizione"* prescritto dall'art. 6 CEDU (come si dirà nel prosieguo del lavoro)<sup>202</sup>, si pone in aperto contrasto con l'art. 21-*octies*, secondo alinea.

E' la stessa disposizione contenuta al suo interno, infatti, che presuppone l'instaurazione di una dialettica processuale tra il giudice e l'amministrazione per consentire a quest'ultima di dimostrare l'inidoneità del contributo partecipativo pretermesso ad incidere sulla correttezza dell'assetto di interessi disposto nel provvedimento impugnato, senza fare alcuna distinzione a seconda che gli elementi conoscitivi siano già stati apprezzati o meno nel procedimento.

---

<sup>201</sup> V. Tar Campania, Napoli, sez. V, 20 giugno 2017, n. 4360. In termini, seppur non così esplicit, C.g.a.r.s., sez. giurisd., 05 marzo 2015, n. 218, nel quale la ricorrente deduceva profili di merito del provvedimento impugnato concernenti la concreta interferenza tra due punti di vendita di medicinali – profili che avrebbe dedotto ove fosse stata avvisata dell'avvio del procedimento volto a disporre la chiusura del suo dispensario -. Il giudice amministrativo ha ritenuto di dover annullare il provvedimento per violazione dell'art. 7, l. n. 241/90, *"non avendo titolo per fare alcuna prognosi in concreto"* e ha rimesso ogni valutazione in proposito all'autorità amministrativa. Il Collegio non specifica se le ragioni sono da imputare all'amministrazione che, pur costituita, non ha assolto all'onere di dimostrare l'inidoneità degli elementi dedotti dal ricorrente ad incidere sulla decisione impugnata, oppure, se il Collegio aderisca alla tesi del Tar Campania citato. Le stesse perplessità valgono per Tar Liguria, Genova, sez. II, 24 febbraio 2014, n. 323.

<sup>202</sup> Cfr. *infra* cap. IV.

Se la volontà della legge è di preservare il provvedimento sostanzialmente legittimo, è evidente che la supposta indefettibilità della sequenza procedimento-processo non possa imporre che detti apprezzamenti si debbano svolgere nel corso di un nuovo procedimento, costringendo il ricorrente (ancora insoddisfatto per l'esito del secondo provvedimento) a ricorrere avverso la nuova decisione per contestarne la legittimità.

Se fosse consentito all'amministrazione, come l'art. 21-*octies*, secondo alinea, chiede, di svolgere gli apprezzamenti necessari in corso di giudizio, la controversia vedrebbe un epilogo già alla boa del primo ricorso.

#### ***4. La comunicazione di avvio del procedimento e l'annullabilità del provvedimento: osservazioni di sintesi e spunti per il prosieguo della trattazione.***

L'analisi della prassi giurisprudenziale sul difetto di omessa comunicazione di avvio del procedimento, come si diceva fortemente frammentata, fa emergere una serie di nodi ancora irrisolti e offre numerosi spunti di riflessione per la prosecuzione della presente ricerca.

E' emerso che l'individuazione del campo di applicazione del secondo alinea dell'art. 21-*octies* è strettamente connesso alla comprensione del ruolo che la "dimostrazione" dell'amministrazione svolge nell'economia del giudizio di causalità condotto dal giudice. Problematica che poi si risolve in quella più ampia di come in concreto il giudice debba applicare la norma stessa.

A tale proposito si è visto che è la stessa funzione collaborativa e difensiva che l'avviso di avvio del procedimento svolge nel procedimento<sup>203</sup> a richiedere, in caso di sua violazione, che il motivo di ricorso che "sostanzializza" la censura procedurale sia accompagnato dall'allegazione dei documenti o degli argomenti fattuali e/o giuridici che il ricorrente avrebbe fatto valere in sede procedimentale se fosse stata avvisato dell'avvio del procedimento. Sotto quest'ultimo profilo,

---

<sup>203</sup> Per un approfondimento sulla funzione della partecipazione procedimentale in chiave, insieme, difensiva e collaborativa, ci si permette di rinviare, tra gli altri, a S. COGNETTI, "Quantità" e "Qualità" della partecipazione, Milano, 2000. Per una recente disamina del panorama dottrinale in materia, si rinvia a A. CARBONE, *Il contraddittorio procedimentale*, cit., 5 ss.

dall'analisi del repertorio giurisprudenziale in materia è emerso che l'applicazione del secondo alinea dell'art. 21-*octies* si risolve, al pari del primo alinea<sup>204</sup>, in un giudizio di legittimità sostanziale del provvedimento impugnato sulla base dei fatti allegati in giudizio dal ricorrente all'atto di "sostanzializzare" la censura di violazione dell'art. 7, l. n. 241/90 e delle risultanze procedimentali e processuali<sup>205</sup>. E' inoltre emerso che il giudice amministrativo, anche in presenza di poteri astrattamente discrezionali, quando dagli atti di causa e dalle risultanze istruttorie emerge l'assenza di alternative decisorie al provvedimento impugnato, si spinge ad applicare l'esimente dell'annullabilità *ex art. 21-*octies**, secondo alinea, nonostante l'amministrazione non abbia in alcun modo assolto all'onere probatorio ivi richiesto.

Insomma, perlomeno nei casi appena richiamati, il giudizio di causalità sembra replicare perfettamente quello del primo alinea, così come ricostruito nella sezione I del presente capitolo.

Ed è proprio questo elemento emerso dalla ricerca giurisprudenziale che ha fornito elementi utili per fare luce sul significato dell'avverbio "*comunque*" e mettere ordine nel dibattito giurisprudenziale sulla natura dei provvedimenti, vincolati o discrezionali, cui è applicabile il secondo alinea dell'art. 21-*octies*.

Secondo la ricostruzione proposta, l'avverbio "*comunque*" non vuole semplicemente aprire l'orbita dell'art. 21-*octies*, secondo alinea, ai provvedimenti discrezionali, ma intende creare, soltanto per l'omessa comunicazione di avvio del provvedimento, un'ancora di salvezza per il provvedimento la cui legittimità sostanziale non appare palese dall'analisi degli atti di causa.

Siffatta ricostruzione, oltre ad allineare la cospicua prassi giurisprudenziale - che di fatto prescinde dall'onere dimostrativo dell'amministrazione in ragione della natura vincolata del provvedimento - con il tenore letterale della norma in esame, avvalorata la tesi propugnata nel paragrafo precedente, secondo la quale la dimostrazione dell'amministrazione ha ragione di esistere proprio nelle ipotesi in

---

<sup>204</sup> Si noti, in particolare, la stretta somiglianza sotto questo profilo con la censura di omesso preavviso di rigetto. Cfr. *supra*, par. 2.2, sezione I.

<sup>205</sup> Per un approfondimento sulla natura del giudizio di causalità di cui all'art. 21-*octies*, primo e secondo alinea, nella prospettiva tra giudizio sull'atto e giudizio sul rapporto, cfr. *infra* cap. IV, par. 1.4.

cui il ricorrente adduca in giudizio elementi partecipativi mai acquisiti nel procedimento, che necessitano del previo apprezzamento dell'amministrazione per valutare l'eventuale esistenza di alternative all'assetto di interessi contenuto nel provvedimento. Tale dimostrazione deve essere fornita dall'amministrazione in giudizio cosicché al giudice amministrativo non resta che sindacare l'atto alla luce della sua sopravvenuta consistenza: se le valutazioni postume svolte dall'amministrazione risultano inidonee a sostenere la legittimità sostanziale della decisione, il giudice dovrà annullare l'atto (perché non può affermare con certezza l'irrelevanza del vizio sul contenuto del provvedimento), esattamente come lo annullerebbe a seguito di un autonomo ricorso proposto dopo la riadozione dell'atto successiva al suo primo annullamento, nella quale l'amministrazione ha dovuto esaminare il contributo partecipativo precedentemente pretermesso.

I criteri di sindacato del giudice, infatti, non cambiano a seconda che la valutazione degli ulteriori elementi allegati dal privato sia condotta in una parentesi del processo o in un procedimento appositamente dedicato volto all'adozione di un nuovo atto. L'unica differenza è che, nel primo caso, il giudice deve valutare la validità delle argomentazioni svolte dall'amministrazione con lo scopo di giudicare la rilevanza o meno della violazione del contraddittorio sul contenuto del provvedimento. Nel secondo caso, invece, quelle argomentazioni faranno parte del più ampio sindacato di legittimità del nuovo provvedimento adottato, alla luce della consistenza delle rinnovate censure sollevate dal ricorrente.

L'impostazione interpretativa testé proposta – che, come detto, è suggerita dallo stesso tenore letterale del secondo alinea dell'art. 21-*octies* – allo stato non è riconosciuta in maniera condivisa in giurisprudenza e in dottrina<sup>206</sup>. Non si rinvengono, infatti, argomentazioni sufficientemente dimostrate sulle quali poter solidamente sostenere o confutare la sostenibilità di un siffatto processo

---

<sup>206</sup> Un segno di apertura si rinviene con specifico riferimento al giudizio di causalità, tra gli altri, in A. CARBONE, *Il contraddittorio procedimentale*, cit., 230 ss.; E.M. BARBIERI, *Dalla giustizia amministrativa all'amministrazione giudiziaria?*, in *www.giustamm.it*, 2006; G. TACCOGNA, *Giusto processo amministrativo e integrazione della motivazione dell'atto impugnato*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 696 ss.; G. TROPEA, *La c.d. motivazione "successiva" tra attività di sanatoria e giudizio amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2003, 531 ss.

amministrativo nell'ambito dell'ordinamento nazionale, ostando soprattutto le resistenze nei confronti di quello che è stato definito "processualprocedimento"<sup>207</sup>. Il prosieguo della trattazione dovrà necessariamente tener conto anche di questi profili se si vuole tentare di dare una disamina organica della disposizione in commento.

Prima di proseguire l'analisi dell'art. 21-*octies* seguendo le indicazioni ricavate nel presente capitolo, occorre, al fine di una migliore comprensione del funzionamento della "non annullabilità" nell'ambito della realtà processuale amministrativa, avere riguardo di come la questione sia affrontata nell'esperienza giuridica di altri ordinamenti giuridici. In particolare, faremo riferimento a quello europeo, imprescindibile quanto necessitato canone di riferimento, e a quello olandese, dove recenti esigenze di cambiamento sono state tramutate in rilevanti riforme giurisdizionali con l'intento di realizzare una conformazione più "efficiente" dei poteri del giudice amministrativo in relazione a quelli dell'amministrazione. La questione da ultima richiamata non costituisce evidentemente l'oggetto della presente trattazione, concernendo profili più ampi e complessi del processo amministrativo in evoluzione, che qui non si intende affrontare direttamente. Tuttavia, come detto, lo scopo è di esaminare l'art. 21-*octies* in un'ottica comparata per comprendere le ragioni che, anche in altri ordinamenti, hanno portato il legislatore a consentire al giudice di approcciarsi al provvedimento viziato secondo la logica del risultato, di individuare le soluzioni ivi adottate e le resistenze dottrinali che hanno accompagnato tali riforme.

---

<sup>207</sup> Il tema sarà ripreso e sviluppato *infra* nel capitolo IV, par. 1.3.

**CAPITOLO II**  
**L'AMMINISTRAZIONE DI RISULTATO" NELL'ESPERIENZA**  
**DELL'ORDINAMENTO GIURIDICO EUROPEO**

***1. I vizi dell'atto nel diritto UE e la violazione di forme sostanziali.***

Il sindacato di legittimità degli atti adottati dalle istituzioni e dagli organi dell'Unione europea costituisce una delle caratteristiche peculiari dell'ordinamento europeo. Fu infatti previsto fin dalla Dichiarazione Schuman del 9 maggio 1950, vero e proprio atto fondativo del processo di integrazione europea, che *“disposizioni appropriate definiranno le necessarie vie di ricorso contro le decisioni dell'Alta Autorità comune”*.

Come è noto, i vizi di legittimità degli atti dell'Unione sono oggi specificatamente elencati, con riferimento al giudizio di annullamento, nell'art. 263, comma 2, TFUE e si distinguono in: incompetenza, violazione delle forme sostanziali, violazione dei trattati o di qualsiasi regola di diritto relativa alla loro applicazione, sviamento di potere<sup>208</sup>.

Una giurisprudenza ormai più che cinquantennale ha meglio precisato i contenuti e i confini applicativi dei vizi sopra illustrati, con lo scopo di assicurare il rispetto del diritto europeo nell'interpretazione ed applicazione delle disposizioni pertinenti in materia di vizi dell'atto.

In relazione al problema specifico della rilevanza dei vizi del procedimento amministrativo rispetto alla possibilità di ottenere una tutela giurisdizionale consistente nell'annullamento del provvedimento viziato, il giudice europeo, come visto, assume tra i suoi diversi parametri di controllo quello della violazione delle c.d. forme sostanziali, che attiene non soltanto ai requisiti formali in senso proprio dell'atto, ma anche a quelli del suo procedimento di formazione.

---

<sup>208</sup> I suddetti vizi venivano elencati, in termini identici, nell'art. 230, comma 2, trattato CE, nell'art. 146, comma 2, trattato Euratom e nell'art. 35, n. 6, trattato UE. Si precisa che gli atti avverso i quali è possibile ricorrere con l'azione di annullamento in esame sono quelli *“destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi”*. Esulano dalla presente disamina i profili attinenti alla individuazione in concreto dei soggetti legittimati ad agire avverso gli atti dell'Unione e le problematiche ivi connesse.

Nel silenzio dei trattati circa il contenuto della nozione “forme sostanziali”, la giurisprudenza ha svolto un ruolo rilevante, identificando nella prassi diverse figure sintomatiche in presenza delle quali può essere dedotta una possibile violazione delle forme sostanziali, tale da inficiare la legittimità di un atto.

Più precisamente, e per quanto qui rileva, ricorre la figura della violazione di forme sostanziali quando le regole di forma: *a)* siano violate nel corso della procedura di autenticazione dell’atto; *b)* incidano sulla formazione dell’atto; *c)* riguardino il diritto di difesa nel corso del procedimento e l’obbligo di motivazione degli atti.

La violazione di forme sostanziali, dunque, riecheggia, nelle sue componenti, il riferimento alla “*violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti*” contenuto nell’art. 21-*octies*, l. n. 241/90, nel quale abbiamo visto rientrano la violazione delle forme che presiedono alla formazione dell’atto e che incidono sulla formazione del contenuto provvedimento, nonché tutte le garanzie procedurali previste dalla legge sul procedimento amministrativo in favore del destinatario del provvedimento.

L’eco assume contorni più marcati se si considera che la versione in lingua inglese del Trattato, quando si riferisce alla violazione di forme sostanziali, parla di “*infringement of an essential procedural requirement*”, che deriva dall’esperienza francese di diritto amministrativo, ove la locuzione è espressa con: “*une forme substantielle*”. La qualificazione “sostanziale”, dunque, non sembra riferirsi ad un tipo particolare di violazione, nel senso che essa può riguardare, come detto, prescrizioni sia di natura meramente procedimentale sia di natura prettamente formale. La violazione sembra piuttosto assumere valenza “sostanziale” perché in grado di recare un pregiudizio in concreto al destinatario dell’atto<sup>209</sup>.

Considerata la stretta attinenza tra le violazioni che rientrano nell’orbita dell’art. 21-*octies* e quelle che costituiscono violazioni di forme sostanziali, appare quindi interessante indirizzare la ricerca verso un obiettivo specifico: valutare se la violazione di forme sostanziali (difformità procedurali o attinenti alla forma in senso proprio dell’atto) siano ritenute dal giudice europeo di per sé invalidanti,

---

<sup>209</sup> Vedremo nel prossimo paragrafo che l’intuizione ricavata dalla formulazione letterale della nozione in parola trovi conferma in occasione della sua applicazione da parte delle Corti europee.

oppure, siano anch'esse soggette, in qualche modo, al "test di incidenza" del vizio sull'esito del procedimento richiesto dal nostro art. 21-*octies*.

In altre parole, si tratta di comprendere se soluzioni del tipo di quella adottata dal legislatore italiano nell'art. 21-*octies* siano conformi o meno alle esigenze di tutela procedimentale poste dal diritto europeo o se non entrino, invece, in rotta di collisione con gli *standard* da questo individuati. La questione emerge in tutta la sua problematicità, quantomeno ogniqualvolta si sia in presenza di controversie attinenti a questioni di competenza del diritto europeo<sup>210</sup>. A tale ultimo proposito, invero, un *input* arriva proprio dalla dottrina nazionale, ove si è dubitato fin da subito dell'ammissibilità di una regola come quella contenuta nell'art. 21-*octies* in relazione al diritto dell'Unione europea.

L'indagine avrà quindi ad oggetto la casistica delle Corti UE nell'ambito del ricorso per annullamento, anche perché, come visto, secondo il diritto UE, la violazione delle forme sostanziali è in grado di determinare *tout court* l'annullamento dell'atto impugnato.

## **2. Violazione di forme sostanziali e annullabilità dell'atto viziato.**

Prima di procedere con l'analisi delle singole figure sintomatiche di violazione delle forme sostanziali sopra illustrate, occorre innanzitutto precisare che, in linea generale, secondo la giurisprudenza europea, vanno ritenute rilevanti soltanto

---

<sup>210</sup> In dottrina si è ritenuto che il legislatore nazionale, includendo nell'art. 1, l. n. 241/1990, fra i principi che "reggono" l'attività amministrativa nazionale, anche i "*principi dell'ordinamento comunitario*", avrebbe normativamente sancito lo *spill over* dei principi enucleati nel corso degli anni dalla giurisprudenza della Corte di giustizia - che sono all'origine dei diritti elencati nella previsione della Carta di Nizza sul diritto ad una buona amministrazione - e la loro applicazione anche alle fattispecie nazionali non rilevanti ai fini del diritto UE. Il risultato che si dovrebbe produrre nel nostro ordinamento nazionale è quello di un effettivo depotenziamento della portata lesiva, per le garanzie procedurali, della previsione del comma 2 dell'art. 21-*octies*. Cfr. sul punto: D.U. GALETTA, *Diritto ad una buona amministrazione e ruolo del nostro giudice amministrativo dopo l'entrata in vigore del trattato di Lisbona*, in *Dir. amm.*, 2010, 601 ss. Per una compiuta individuazione dei contributi dottrinari sul tema, si veda A. CARBONE, *Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e ordinamento europeo-convenzionale*, Torino, 2016, 84 ss. Il tema sarà ripreso nel corso della presente trattazione, anche alla luce delle più recenti sentenze della Corte di Giustizia.



quelle violazioni di forme sostanziali che sono idonee, anche solo potenzialmente, a determinare un diverso esito del procedimento decisionale.

In altre parole, il giudice europeo annulla l'atto impugnato per violazione di forme sostanziali soltanto se ritiene che la difformità riscontrata abbia inciso negativamente sul contenuto della decisione finale, producendo effetti pregiudizievoli sulla situazione giuridica del ricorrente. Per usare le parole dell'Avvocato generale J.P. Warner nella causa C-30/78<sup>211</sup>, *"In diritto comunitario, colui che contesta la validità d'una decisione amministrativa non può basarsi su una irregolarità del procedimento per l'adozione della decisione, se non può dimostrare almeno la possibilità che la decisione, in mancanza di detta irregolarità, sarebbe stata diversa"*<sup>212</sup>.

Esplicito, sul punto, anche l'avvocato generale J. Mischo nelle conclusioni dell'11 dicembre 1986, causa C-15/85<sup>213</sup>, dove ha precisato che *"la Corte considera generalmente i vizi procedurali motivo di annullamento di una decisione individuale solo qualora essi abbiano avuto conseguenze dannose per il ricorrente o siano tali da incidere sfavorevolmente sulla situazione giuridica del ricorrente"*, concludendo che *"il principio di legalità non esige che una decisione inficiata da un vizio procedurale sia obbligatoriamente annullata"*.

Stando a quanto detto finora sui criteri identificativi della rilevanza dei vizi di forma sostanziale, sembrerebbe potersi affermare che il modello di sindacato giurisdizionale delineato dal diritto europeo sia compatibile con previsioni normative nazionali che hanno, quale effetto ultimo, quello di abilitare il giudice amministrativo a non annullare il provvedimento impugnato qualora emerga che,

---

<sup>211</sup> Il riferimento è alla sentenza della Corte di Giustizia del 10 luglio 1980, causa C-30/87, *Distillers Company Limited/Commissione delle Comunità europee*, in materia di concorrenza.

<sup>212</sup> L'Avvocato generale ricorda, nelle medesime conclusioni, che il principio enunciato è stato applicato tanto in cause di concorrenza quanto in cause di personale: per le cause di concorrenza, v. le sentenze C-41/69, *ACF Chemiefarma/Commissione* (punti 47-53 della motivazione), C-44/69, *Buchler/Commissione* (punti 15, 35 e 36 della motivazione), C-45/69, *Boehringer Mannheim/Commissione* (punti 15, 39 e 40); per le cause di personale, i primi precedenti giurisprudenziali si riscontrano nella causa C-9/76, *Morello/Commissione*, e nella causa C-25/77, *De Roubaix/Commissione*.

<sup>213</sup> Il riferimento è alla sentenza della Corte di Giustizia, sez. V, 26 febbraio 1987, causa C-15/85, *Consorzio cooperative d'Abbruzzo/Commissione*, concernente una decisione di concessione di tributi.

nonostante il vizio di forma o di procedura contestato, il suo contenuto dispositivo non sarebbe potuto essere differente.

Se la considerazione appena svolta trovasse corrispondenza “epidemicamente” nella prassi giurisprudenziale europea, allora l’indagine si potrebbe ritenere già conclusa, avendo dato una risposta esauriente, oltre che soddisfacente, alla domanda iniziale.

Tuttavia, un esame più esteso della problematica, che faccia riferimento alle singole figure sintomatiche della violazione di forme sostanziali sopra elencate, fa emergere un panorama più variegato, nel quale il giudice europeo talora pronuncia l’annullamento dell’atto impugnato per inosservanza di una forma sostanziale indipendentemente dalle conseguenze in concreto della violazione sul contenuto dispositivo del provvedimento, talora utilizza il c.d. criterio di causalità.

La disamina condotta di seguito mira pertanto ad indagare le concrete fattispecie sottoposte alla giurisdizione del giudice europeo con l’obiettivo ultimo di valutare le dimensioni che il “test di causalità” delle violazioni procedurali e di forma assume nell’ordinamento europeo. Il che consentirà al contempo di misurare il livello delle garanzie procedurali riconosciuto dal nostro ordinamento rispetto a quello offerto dai giudici europei nei confronti degli atti adottati dalle Istituzioni europee e valutare se sia richiesto al legislatore nazionale di rivedere la struttura procedimentale/processuale amministrativa, in relazione ai vizi sulla forma e sul procedimento, quando vengano in rilievo procedimenti amministrativi c.d. “a rilevanza comunitaria”<sup>214</sup>.

### ***3. Le figure sintomatiche di violazione di forme sostanziali nella giurisprudenza delle Corti UE.***

Il repertorio giurisprudenziale esaminato raggruppa le pronunce maggiormente rilevanti del giudice di Lussemburgo formatesi sui ricorsi per annullamento per violazione di forme sostanziali, concentrando l’analisi su quelle che più interessano ai fini della presente trattazione<sup>215</sup>: il rispetto delle formalità che presiedono alla

---

<sup>214</sup> L’espressione è di M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 1999, 327.

<sup>215</sup> La casistica giurisprudenziale sul tema è amplissima e di difficile sistematizzazione. Nella maggior parte dei ricorsi avverso atti di natura amministrativa adottati dalle

formazione dell'atto, il diritto di essere ascoltati, il diritto di accedere al fascicolo del procedimento, l'obbligo di motivazione. L'attenzione, si ripete, sarà circoscritta sulla rilevanza loro attribuita dal giudice europeo ai fini dell'annullamento della decisione impugnata.

### **3.1. (segue) Sul rispetto delle formalità che presiedono alla formazione dell'atto.**

Per quanto riguarda l'incidenza delle forme nel procedimento di elaborazione dell'atto, devono innanzitutto essere esaminate le pronunce concernenti il mancato rispetto di regole procedurali previste sia dal singolo regolamento interno dell'istituzione europea che ha emanato la decisione impugnata sia dalla normativa europea di riferimento.

Secondo una giurisprudenza europea costante, se le Istituzioni si sono dotate di regole interne funzionali a garantire la stabilità dell'ordinamento giuridico e la certezza del diritto, esse non possono discostarsene. Lo stesso divieto opera nel caso in cui l'obbligo procedurale in questione sia previsto direttamente dalla normativa di riferimento applicabile alle singole fattispecie che vengano in rilievo. La casistica sul tema è varia e ampia.

Si pensi, in maniera esemplificativa e non esaustiva, alla mancata adozione di atti endoprocedimentali (come ad esempio i pareri, in violazione dell'obbligo di preventiva consultazione per l'istituzione procedente)<sup>216</sup>; alla violazione dei

---

istituzioni europee si lamenta, infatti, la violazione di forme sostanziali. A ciò si aggiunga che la verifica giudiziale non risulta neppure legata ad un'eccezione di parte, poiché la violazione di forme sostanziali può essere rilevata d'ufficio dallo stesso giudice europeo. In giurisprudenza, cfr. di recente, Corte giust., sez. VI, 09 marzo 2017, causa C-232/16, *Simet Spa/Commissione europea*. Tra le prime pronunce si veda Corte giust., 21 dicembre 1954, causa C-01/54, *Francia/Alta Autorità*; Corte giust., 21 dicembre 1954, causa C-02/54, *Italia/Alta Autorità*; Corte giust., 20 marzo 1959, causa C-18/57, *Nold/Alta Autorità*. Cfr., tuttavia, in senso critico, M. AIROLDI, *Lineamenti di diritto amministrativo comunitario*, Milano, 1990, 143.

<sup>216</sup> Cfr. Corte giust., 01 giugno 1994, C-388/92 *Parlamento europeo c. Consiglio*, punto 10, ove la Corte ha precisato che "È giurisprudenza costante della Corte che l'obbligo di consultare il Parlamento europeo durante il procedimento legislativo, nei casi previsti dal Trattato, comporta l'obbligo di una nuova consultazione ogni volta che l'atto infine adottato, considerato complessivamente, sia diverso quanto alla sua sostanza da quello sul quale il Parlamento sia stato già consultato, eccetto i casi in cui gli emendamenti corrispondano essenzialmente al desiderio espresso dallo stesso Parlamento". Sempre con riferimento alla

termini previsti per la consultazione di un comitato consultivo competente<sup>217</sup>; al mancato invio, nel termine prescritto dal regolamento interno, di documenti preparatori per la riunione del comitato consultivo<sup>218</sup>.

Nonostante la valenza attribuita a tali adempimenti procedurali, il giudice europeo riconosce l'idoneità della loro violazione a condurre all'annullamento della decisione impugnata soltanto nel caso in cui essi abbiano inciso sulla legittimità sostanziale della decisione medesima.

L'approccio di fondo dei giudici europei, sebbene mediante argomentazioni e l'uso di un lessico diverso, non sembra essere messo in discussione nel caso di violazioni attinenti alla forma in senso proprio dell'atto, come nel caso delle regole relative alla sua autenticazione<sup>219</sup>.

Ad una prima lettura la Corte sembra avere un approccio più "garantista" rispetto alle garanzie procedurali sopra citate, perché è ferma nel ritenere "se, nell'esaminare l'atto prodotto, il giudice comunitario accerta che quest'ultimo non è stato regolarmente autenticato, egli deve rilevare d'ufficio la violazione di una forma

---

mancata consultazione del Parlamento europeo relativamente ad un regolamento di esecuzione, la Corte ha ritenuto che non si configuri una violazione di forme sostanziali se l'atto di esecuzione non alteri un elemento essenziale del regime di base sul quale il Parlamento europeo era stato consultato: cfr. Corte giust., 15 luglio 1970, C-41/69 *ACF Chemiefarma/Commissione*, punto 69; Corte giust., 4 febbraio 1982, C-817/79 *Buyl e a./Commissione*; Corte giust., 20 settembre 1988, C-203/86 *Spagna/Consiglio*; Corte giust. 11 novembre 1997, C-408/07 *Eurotunnel*.

<sup>217</sup> Cfr. Trib., 27 novembre 1997, T-290/94 *Keiserberg/Commissione*, punti 88-90, in cui il Tribunale, richiamando propri precedenti, precisa che il termine rappresenta una norma di procedura meramente interna la cui trasgressione può rendere illegittima la decisione finale solo se abbia carattere sufficientemente sostanziale ed abbia inciso negativamente sulla situazione di diritto e di fatto della parte che abbia dedotto un vizio di procedura.

<sup>218</sup> Corte giust., 10 febbraio 1998, C-263/95 *Germania/Commissione*, ove la Corte ha annullato la decisione della Commissione per aver violato il termine prescritto dal regolamento interno del comitato permanente per la costruzione entro il quale far pervenire ai rappresentanti permanenti degli Stati membri e ai loro membri nell'ambito del comitato il progetto di decisione. Detti termini, ad avviso della Corte, sono espressione della "volontà di garantire agli Stati membri il tempo necessario per lo studio dei detti documenti che possono essere particolarmente complessi, richiedere numerosi contatti e discussioni tra varie amministrazioni, la consultazione di periti nelle differenti materie o anche la consultazione di organizzazioni professionali". Cfr. anche Corte giust., 10 luglio 1980, C-30/78 *Distillers/Commissione*, ove la Corte ritiene irrilevanti le irregolarità procedurali denunciate dalla ricorrente consistenti nella mancata notifica al comitato consultivo degli argomenti difensivi dalla stessa dedotti nel procedimento, in quanto la decisione della Commissione non sarebbe potuta essere diversa.

<sup>219</sup> *Contra*, D.U. GALETTA, *Violazione di norme sul procedimento amministrativo e annullabilità del provvedimento amministrativo*, Milano, 2003, 59-60.

sostanziale consistente nella mancanza di regolare autenticazione e, di conseguenza, annullare l'atto inficiato da tale vizio" poiché, a tal riguardo, "poco importa che l'assenza di autenticazione non abbia causato nessun danno ad una delle parti in causa"<sup>220</sup>. Occorre, tuttavia, considerare che la *ratio decidendi* delle pronunce in materia si fonda sulla constatazione che la funzione delle formalità di autenticazione è di "garantire che gli atti delle istituzioni siano stati adottati dall'autorità competente nel rispetto delle regole di forma previste dal Trattato e dagli atti emanati in applicazione di esso", garantendo, così, "la stabilità dell'ordinamento giuridico e la certezza del diritto ai destinatari degli atti delle istituzioni comunitarie"<sup>221</sup>. In altre parole, una violazione nella procedura di autenticazione non consente di avere certezza sull'identità dell'autore dell'atto e sul suo contenuto, e impedisce al giudice di verificare, in caso di impugnazione, la perfetta corrispondenza dei testi notificati o pubblicati con il testo adottato dall'autorità e, quindi, la loro corrispondenza con la volontà di quest'ultimo<sup>222</sup>.

L'autenticazione rappresenta, dunque, un "elemento essenziale" dell'atto, la cui eventuale violazione impedisce al giudice di fondare su basi certe il proprio sindacato giurisdizionale. Si comprende allora la ragione per la quale la decisione della Corte sia, in tal caso, del tutto slegata da qualsiasi considerazione connessa alla legittimità sostanziale dell'atto impugnato.

Un altro elemento di frequente invocato dai ricorrenti nei ricorsi per annullamento come violazione di forma sostanziale è l'obbligo dell'amministrazione procedente di rendere la propria decisione entro un termine che sia ragionevole.

---

<sup>220</sup> Cfr. Corte giust., 06 aprile 2000, cause riunite C-287/95 e C-288/95 *Commissione c. Solvay* che conferma la sentenza di primo grado secondo la quale "vi è violazione di una forma sostanziale ai sensi dell'art. 173 del Trattato quando l'autenticazione di una decisione avviene a una data indeterminata, successiva alla notifica dell'atto e persino alla proposizione di un ricorso diretto all'annullamento di tale atto".

<sup>221</sup> Cfr. Corte giust., 15 giugno 1994, C-137/92, *Commissione/BASF e.a.*, che conferma la sentenza del Tribunale, 27 febbraio 1992, cause riunite T-96/89, T. 98/89, T-102/89 e T-104/89. Per i precedenti giurisprudenziali, si vedano i richiami fatto dalla Corte al punto 18 della sentenza.

<sup>222</sup> Sulla base di tali argomentazioni, la Corte ha rigettato le argomentazioni della Commissione secondo le quali, non essendovi motivo di dubitare del contenuto esatto dei testi adottati, non avrebbe alcun interesse accertare se le decisioni controverse fossero state autenticate.

Fin dagli anni Settanta, la Corte ha stabilito la necessità che i procedimenti amministrativi si concludano entro termini ragionevoli, facendo ricadere tale necessità tra gli obblighi che discendono dal principio generale di buona amministrazione<sup>223</sup>.

Seppur chiara nei suoi presupposti, la giurisprudenza in materia soffre, tuttavia, di una tensione di fondo che impedisce di rendere altrettanto chiari i confini applicativi.

I giudici europei, infatti, chiamati a pronunciarsi sull'eccessiva durata dei procedimenti amministrativi europei, si dimostrano spesso riluttanti ad annullare una decisione esclusivamente su tale base. Più precisamente, dall'analisi della giurisprudenza in materia, si evince che il trattamento processuale della violazione del termine ragionevole viene distinto a seconda che le norme di riferimento prevedano o meno espressamente un preciso termine di conclusione del procedimento. Nel primo caso, il mancato rispetto del termine porta all'annullamento della decisione adottata dall'istituzione competente<sup>224</sup>. Nel secondo caso, la constatazione di una violazione del principio del termine ragionevole può determinare l'annullamento della decisione che accerta un'infrazione solo se la durata del procedimento abbia influito sulla decisione finale adottata dall'autorità procedente. Più precisamente, il vizio in parola viene esaminato in stretta connessione con il diritto di difesa del ricorrente al fine di verificare se l'eccessiva durata del procedimento abbia potuto incidere o meno sulla sue possibilità di difesa, come ad esempio quelle di identificare e raccogliere elementi probatori a proprio favore<sup>225</sup>.

---

<sup>223</sup> Cfr. Corte giust. CE, 11 dicembre 1973, causa C-120/73, *Fratelli Lorenz c. Repubblica federale tedesca*. V., *ex multis*, anche Trib., 20 aprile 1999, cause riunite T.305 e altre, *Limburgse Vinyl*. È interessante rilevare come, da ultimo, il rispetto del termine ragionevole sia stato interpretato dalla Corte anche come onere delle parti private del procedimento di contribuire ad assicurare il buon svolgimento e l'efficacia dei procedimenti. Si veda, a tal proposito, Corte giust., 13 marzo 2007, causa C-29/05, *UAMI/Kaul GmbH*.

<sup>224</sup> Cfr. Corte giust., 09 settembre 2004, causa C-417/02, *Commissione/Repubblica ellenica*.

<sup>225</sup> Cfr. Corte giust., 21 settembre 2006, causa C-113/04, *Technische Unie/Commissione*, punto 48, e la giurisprudenza ivi richiamata. A proposito della stretta connessione tra difesa e termine del procedimento, nella sentenza si legge che "come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 123 delle sue conclusioni, quanto più tempo trascorre tra una misura di indagine quale, nel caso di specie, l'invio della lettera di preavviso e la comunicazione degli

### **3.2. (segue) Sul rispetto del diritto di difesa.**

Il rispetto delle forme procedurali poste a garanzia dei diritti degli interessati viene fatto rientrare dalla giurisprudenza europea nel più generale diritto di difesa, eretto a “*principio fondamentale di diritto comunitario*”<sup>226</sup>, da rispettare pur nel silenzio della pertinente disciplina di rango secondario<sup>227</sup>.

Nel tempo la giurisprudenza ha ricondotto nell’ambito del diritto di difesa tutta una serie di garanzie procedurali, tra le quali, rilevano maggiormente ai fini della presente trattazione, il diritto della persona interessata di essere sentita prima dell’adozione dell’atto finale e il diritto di consultare il fascicolo del procedimento, che deve essere completo.

L’operato delle Corti U.E. è stato (ed è tutt’oggi)<sup>228</sup> di fondamentale importanza per la definizione e la diffusione delle garanzie procedurali in parola, poiché prima

---

*addebiti, tanto più diviene probabile che eventuali prove a discarico riguardanti le infrazioni addebitate in tale comunicazione non possano più essere acquisite o possano esserlo soltanto con difficoltà*”. La medesima argomentazione si rinviene nella più recente sentenza del Tribunale di primo grado, 16 giugno 2011, causa C-283/11, *Bavaria NV c. Commissione europea*, che, nonostante l’avvenuto accertamento della irragionevole durata del procedimento, ha stabilito che la decisione impugnata non dovesse essere annullata in quanto “*La ricorrente, pur facendo valere un argomento relativo alla difficoltà di raccogliere talune prove a favore, ha ommesso di fondare tale affermazione su elementi concreti e, in particolare, ha ommesso di precisare la data in cui i suoi dipendenti interessati hanno lasciato l’impresa, le ragioni precise per le quali sarebbe stato cruciale ottenere informazioni da parte di dette persone ai fini dell’esercizio dei diritti della difesa, nonché le circostanze per le quali non era più possibile ottenere informazioni da tali persone*”.

<sup>226</sup> Così, Corte giust., 13 febbraio 1979, causa C-85/76, *Hoffmann-La Roche/Commissione*.

<sup>227</sup> Il principio si rinviene anche in recenti sentenze della Corte pronunciate su rinvii pregiudiziali: cfr. Corte giust., 22 novembre 2012, causa C-277/11, *M. M./Minister for Justice, Equality and Law Reform e altri*, punto 86; Corte giust., sez. II, 10 settembre 2013, causa C-383/13, *M. G. e N. R./Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, punto 32; Corte giust., sez. II, 18 dicembre 2008, causa C-349/07, *Sopropé/Organizações de Calçado Lda contro Fazenda Pública*, punto 38.

<sup>228</sup> Al fine di ovviare ad una lacuna normativa ad oggi ancora esistente, il 9 giugno 2016 il Parlamento europeo ha adottato una risoluzione con la quale ha invitato la Commissione a presentare una proposta di regolamento per un’amministrazione dell’Unione europea aperta, efficace e indipendente. Attraverso questa iniziativa il Parlamento europeo mira a introdurre delle norme procedurali che disciplinino l’attività amministrativa delle istituzioni, degli organi e degli organismi dell’Unione al fine di definire i diritti dei cittadini, che sempre più frequentemente con essa si relazionano, e garantire così il rispetto del diritto a una buona amministrazione sancito dall’art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea. La risoluzione del Parlamento segue a distanza di circa tre anni e mezzo la precedente risoluzione recante una raccomandazione alla

dell'avvento dell'art. 41 della Carta dei diritti dell'Unione europea (CDEU), nessuna disposizione europea di rango primario sanciva in modo generale l'obbligo delle amministrazioni di porre il destinatario dell'*emanando* provvedimento in grado di far conoscere, in sede procedimentale, il proprio punto di vista o di accedere al fascicolo che lo riguarda.

L'art. 41 CDEU, che come noto è divenuta giuridicamente rilevante con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, annovera tali diritti di difesa nell'ambito del più generale "diritto ad una buona amministrazione" e sembra riguardi non solo le amministrazioni dell'ordinamento europeo (come testualmente riferisce la norma) ma, secondo talune pronunce, anche le amministrazioni nazionali nell'attuazione del diritto UE<sup>229</sup>.

#### **a) Il diritto di essere sentiti**

Riconosciuto inizialmente nel settore della concorrenza per espressa previsione normativa<sup>230</sup>, il diritto di essere sentiti si è gradualmente esteso in via

---

Commissione sul diritto dell'Unione europea in materia di procedimenti amministrativi, con la quale quest'ultima era stata ugualmente invitata ad esercitare il proprio potere di iniziativa legislativa, senza che tuttavia l'invito avesse avuto alcun seguito. Ad oggi, gli unici riferimenti esistenti sono il Codice di buona condotta del Mediatore europeo del 06 settembre 2001 e i codici interni di talune istituzioni europee, che però non hanno alcun valore vincolante. Sempre con l'intento di promuovere una disciplina sistematica del procedimento amministrativo europeo, un gruppo di esperti di vari Stati membri, il *Research Network on EU Administrative Law (ReNEUAL)*, ha di recente presentato una proposta di *Model Rules on EU Administrative Procedures*. Per maggiori approfondimenti su questo progetto di codificazione, si rinvia a J. ZILLER, *Towards Restatements and Best Practice Guidelines on EU Administrative Procedural Law. Note to the European Parliament's Committee on Legal Affairs – Working Group on EU Administrative Law*, in [www.reneual.eu](http://www.reneual.eu). Sul tema si veda anche E. CHITI, *Adelante, con iudicio: la prospettiva di una codificazione del procedimento europeo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 677; C. NAPOLITANO, *Verso la codificazione del procedimento amministrativo dell'Unione europea: problemi e prospettive, Resoconto dell'incontro di studi – Milano, 07 novembre 2014*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, 295 ss.

<sup>229</sup> Cfr. Corte giust., 08 maggio 2014, causa C-604/12, *N.H.* In senso contrario, Corte giust., 21 novembre 2011, causa C-482/10, *Cicala*; Corte giust., 17 luglio 2014, cause riunite C-141 e 372/12, *Y.S. e M.S.*, in cui si riconosce comunque che il diritto ad una buona amministrazione riflette un principio generale dell'Unione, pur non essendo l'art. 41 applicabile in quanto tale. In termini, cfr. Corte giust., 11 dicembre 2014, causa C-249/13, *Boudjlida*.

<sup>230</sup> Soltanto nel circoscritto campo della concorrenza, infatti, l'art. 36 del Trattato C.E.C.A. (venuto a scadenza, come noto, il 23 luglio 2002) prevedeva al primo comma che "l'Alta Autorità prima d'infliggere una delle sanzioni pecuniarie o di fissare una delle penalità di



giurisprudenziale in altri settori, come quello degli aiuti di stato e delle misure di difesa commerciale contro il *dumping*, ed è considerato un principio fondamentale del diritto europeo<sup>231</sup>, rilevante in qualsiasi procedimento in cui l'esercizio del potere possa avere esiti pregiudizievoli per il singolo<sup>232</sup>.

Traendo spunto dalle esperienze dei Paesi membri<sup>233234</sup>, la giurisprudenza europea ha costantemente sottolineato che *“qualora i provvedimenti della pubblica autorità ledano in maniera sensibile gli interessi dei destinatari, questi ultimi devono essere messi in grado di presentare tempestivamente le loro difese”*<sup>235</sup>, ossia di *“manifestare*

---

*mora previste dal presente trattato, deve mettere l'interessato in grado di presentare le sue osservazioni”*. Cfr. ora, in particolare l'art. 27, reg. 2003/1/CE in materia di violazione della disciplina della concorrenza.

<sup>231</sup> Secondo la Corte, l'obbligo di sentire l'interessato corrisponde ad *“una regola in cui si fondono i requisiti di giustizia e buona amministrazione”* (così, Corte giust., 04 luglio 1963, causa C-32/62, *Alvis/Consiglio*). In dottrina, cfr. J. SCHWARZE, *Legal protection by and within the Administrative procedure. some observations on the legal situation in German and European Community Law*, in A. MASSERA (a cura di), *Le tutele procedurali. Profili di diritto comparato*, Napoli, 2007, p. 53.

<sup>232</sup> In tal senso v. K. LENAERTS e J. VANHAMME, *Procedural Rights of Private Parties in the Community Administrative process*, in *Common Market Law Review*, 1997, 533 ss.; M. CHITI, *Il mediatore europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, 319 ss.

<sup>233</sup> Corte giust., 23 ottobre 1974, causa C-17/74, *Transocean Marine Paint Association/Commissione delle Comunità europee*, avente ad oggetto un accordo restrittivo della concorrenza sul mercato delle vernici per navi. Per un'applicazione successiva, cfr. Corte giust., 27 giugno 1991, causa C-49/88, *Al-Jubail Fertilizer Company e Saudy Arabian Fertilizer Company/Consiglio delle Comunità europee*, ove si precisa testualmente che *“in tema di diritti della difesa, l'azione delle istituzioni comunitarie debba essere tanto più scrupolosa per il fatto che, al suo stato attuale, la normativa di cui trattasi non prevede tutte le garanzie procedurali poste a tutela dei privati, eventualmente esistenti in taluni ordinamenti”*.

<sup>234</sup> Per una critica *“al collaudato metodo della Corte di elaborazione dei principi che consiste nell'attingere ai principi generali del diritto comuni agli ordinamenti dei Paesi facenti parte della allora Comunità”*, si veda G. DELLA CANANEA - C. FRANCHINI (a cura di), *I principi dell'amministrazione europea*, Torino, 2017, 106.

<sup>235</sup> *Ibidem*. Nel caso di specie, stando al tenore degli addebiti formulati dalla Commissione, le ricorrenti avevano creduto che essi riguardassero soltanto le reciproche relazioni tra aderenti all'Associazione e non ogni rapporto con imprese terze, ivi comprese quelle operanti al di fuori del mercato comune e nel settore delle vernici diverse da quelle per navi. A giudizio della Corte, *“è pertanto opportuno che la Commissione emani un nuovo provvedimento in merito, dopo aver ascoltato le osservazioni o proposte degli aderenti all'Associazione”*. In termini, v. Corte giust., 17 ottobre 1989, causa C-85/87, *Dow Benelux NV/Commissione delle Comunità europee* e Corte giust., 20 marzo 1985, causa C-264/82, *Timex Corporation/Consiglio e Commissione delle Comunità europee*, ove la Corte ha precisato che, nell'adempimento del dovere d'informazione, le istituzioni comunitarie devono agire con tutta la dovuta diligenza, *“cercando di dare alle imprese interessate, entro i limiti di ciò che è compatibile con l'osservanza del segreto professionale, indicazioni utili*

*efficacemente il proprio punto di vista riguardo agli elementi che potrebbero essere loro addebitati nell'atto che interverrà*"<sup>236</sup>, anche in assenza di una specifica disposizione normativa che ne prescriva l'osservanza<sup>237</sup>.

Più nello specifico, è stato precisato che il rispetto dei diritti della difesa esige che l'impresa interessata sia messa in grado, durante il procedimento amministrativo, di far conoscere in modo efficace il proprio punto di vista sulla realtà e sulla rilevanza dei fatti e delle circostanze allegati, nonché sui documenti di cui l'amministrazione ha tenuto conto per suffragare la propria decisione<sup>238</sup>.

---

*per la tutela dei loro interessi, scegliendo, eventualmente d'ufficio, i modi appropriati di una siffatta comunicazione".*

<sup>236</sup> Così Corte giust., 09 novembre 2006, causa C-344/05, *Commissione/Joel De Bry*.

<sup>237</sup> Corte giust., 10 luglio 1986, causa C-234/84, *Regno del Belgio/Commissione*.

<sup>238</sup> Corte giust., 07 giugno 1983, cause riunite C-100/80-103/80, *Musique Diffusion française e altri/Commissione*, punto 10; Corte giust., 06 aprile 1995, causa C-310/93 P, *BPB Industries e British Gypsum/Commissione*, punto 21. In via esemplificativa, v. Corte giust., 27 giugno 1991, causa C-49/88, *Al-jubail Fertilizer Company e Saudi Arabian Fertilizer Company/Consiglio delle Comunità europee*, avente ad oggetto un dazio antidumping adottato dal Consiglio nei confronti di due imprese di fertilizzanti, le quali lamentavano la violazione dei propri diritti di difesa in quanto la decisione della Commissione sarebbe stata fondata su informazioni che non erano state portate a loro conoscenza durante il procedimento amministrativo. A fronte di tale evidenza, corroborata dagli elementi contenuti nel fascicolo di udienza, la Corte ha annullato il dazio contestato in quanto l'amministrazione europea non aveva assolto al suo dovere di mettere a disposizione dei ricorrenti tutte le informazioni che avrebbero consentito loro di tutelare efficacemente i propri interessi. Nella più recente Corte giust., 03 settembre 2009, causa C-500/2009, *Papierfabrik August Koehler AG e Bolloré SA e Distribuidora Vizcaïna de Papeles SL/Commissione*, la Corte ha rilevato che, a causa del tenore della comunicazione degli addebiti ricevuta, l'impresa ricorrente Bolloré non avrebbe mai potuto comprendere che la Commissione intendeva imputarle l'infrazione anche in ragione del suo coinvolgimento personale e diretto nelle attività del cartello, e non solo in quanto controllante al 100% dell'impresa che aveva commesso l'infrazione. Di conseguenza, non aveva potuto adeguatamente difendersi nel corso del procedimento amministrativo. Sotto tale profilo, ha sottolineato la Corte, il fatto che il Tribunale di primo grado avesse appurato la responsabilità della Bolloré per il suo coinvolgimento come società controllante, infatti, non valeva ad escludere la possibilità che detta decisione fosse fondata su comportamenti per i quali la Bolloré non era stata in grado di assicurare la propria difesa: *"il Tribunale ha in tal modo commesso un errore di diritto non facendo derivare alcuna conseguenza giuridica dalla sua decisione secondo cui i diritti della difesa della Bolloré non sono stati rispettati"*. La Corte, con la pronuncia in esame, si è allineata alle conclusioni dell'Avvocato generale Yves Bot del 02 aprile 2009, punti 104-119, il quale, ripercorrendo la giurisprudenza europea nella quale è stato riconosciuto la portata invalidante della violazione del diritto di difesa, ha anche riconosciuto *"che nelle cause suddette i motivi viziati incidevano direttamente sul dispositivo della decisione in questione"*.

Delineati i tratti essenziali del diritto di essere sentiti nel contesto dell'ordinamento europeo, si procede con gli aspetti che maggiormente interessano in questa sede.

Da un'analisi del repertorio giurisprudenziale sul tema, infatti, si evince che, nonostante il diritto di essere sentiti costituisca un principio fondamentale del diritto europeo, di regola, la sua violazione non determina per ciò solo l'annullamento dell'atto, che risulta invece subordinato alla verifica che il suo contenuto non sarebbe comunque potuto essere differente.

Così, in una pronuncia avente ad oggetto la legittimità di un progetto di aiuti di Stato nel settore tessile in Francia, la Corte, dopo aver accertato che lo Stato membro in parola non era stato messo in grado di far conoscere utilmente il suo punto di vista sulle osservazioni presentate da terzi (sulla base delle quali la Commissione aveva basato la decisione), ha precisato che *“perché una tale violazione dei diritti della difesa comporti un annullamento, bisogna tuttavia che, in mancanza di tale irregolarità, la procedura potesse portare ad un risultato differente”*<sup>239</sup>. Nel caso di specie, la risposta è stata negativa. La Corte ha infatti constatato che le osservazioni presentate dai terzi contenevano argomentazioni succinte e che gli elementi apportati erano stati rielaborati e sviluppati dalla Commissione tramite statistiche conosciute anche dal governo francese. *“Stando così le cose”*, ha concluso il giudice di Lussemburgo, *“la circostanza che questo governo non abbia avuto la possibilità di commentare dette osservazioni non è stata tale da influire sul risultato della procedura amministrativa”*<sup>240</sup>.

In un altro caso avente ad oggetto un regolamento (CE) del Consiglio con il quale veniva istituito un dazio *antidumping*, la ricorrente lamentava la violazione del diritto di difesa, dal momento che la Commissione aveva inviato la proposta di misure definitive al Consiglio prima che fosse scaduto il termine per venire a

---

<sup>239</sup> Cfr. Corte giust., 11 novembre 1987, causa C-259/85, *Repubblica francese c. Commissione delle Comunità europee*, punti 9-13.

<sup>240</sup> *Ibidem*. In termini anche Corte giust., 02 ottobre 2003, causa C-199/99 P, *Corus UK Ltd/Commissione*, punti 130-134, ove è stato testualmente affermato: *“posto che le informazioni contenute nei documenti controversi potevano essere conosciute dalla ricorrente consultando altre fonti, ivi comprese le proprie, non si può validamente sostenere che l'accesso ai documenti della Commissione fosse necessario o anche solo utile alla difesa della ricorrente nell'ambito del procedimento amministrativo”*.

conoscenza delle argomentazioni difensive della ricorrente sulle irregolarità contabili riscontrate. A giudizio della Corte, alla luce delle circostanze del caso di specie, la ricorrente ben avrebbe potuto modificare la posizione della Commissione sul proprio *status* di impresa non operante in condizioni di mercato e, quindi, arginare l'istituzione del dazio *antidumping*<sup>241</sup>. E' stato quindi riscontrato un errore di diritto laddove il Tribunale di primo grado, omettendo di esaminare in che modo le argomentazioni pretermesse della ricorrente avrebbero potuto incidere sulla decisione della Commissione, aveva escluso *tout court* che il regolamento impugnato avrebbe potuto avere un contenuto diverso.

E' agevole constatare che nelle pronunce nelle quali le Corti U.E. applicano il c.d. criterio di causalità è il Giudice che valuta l'incidenza causale delle violazioni procedurali incorse sulla decisione impugnata. E tale indagine viene basata sulle informazioni emergenti dagli atti di causa, senza che ricorra o venga posto esplicitamente alcun onere dimostrativo in capo al ricorrente né al resistente.

L'impostazione è ben chiarita nella sentenza *Foshan*, ove è stato precisato che, nel caso di violazione del diritto di essere sentiti, "*secondo la giurisprudenza della Corte, non si può obbligare la ricorrente a dimostrare che la decisione della Commissione avrebbe avuto un contenuto differente, bensì solo che tale ipotesi non va totalmente esclusa in quanto la ricorrente avrebbe potuto difendersi più efficacemente in assenza dell'irregolarità procedurale*"<sup>242</sup>.

Vedremo nel prosieguo come questa precisazione assuma una certa rilevanza nell'ambito di recentissime sentenze della Corte rese su rinvii pregiudiziali.

Proprio con riferimento al giudizio sull'incidenza della violazione del diritto di essere sentiti sul contenuto dell'atto impugnato, occorre mettere in rilievo un dato rilevante: qualora la decisione abbia natura discrezionale, le Corti U.E. si dimostrano restie ad operare una valutazione sulla rilevanza in concreto delle argomentazioni che il soggetto pretermesso dal procedimento avrebbe potuto far valere in quella sede. In questi casi, si ritiene che non spetti al Giudice accertare se,

---

<sup>241</sup> Corte di giust., 01 ottobre 2009, causa C-141/08, *Foshan Shunde Yongjian Housewares & Hardware Co. Ltd/Consiglio dell'Unione europea*.

<sup>242</sup> Il riferimento nel testo è alla sentenza *Foshan* della Corte di giustizia citata nella precedente nota 179.

nella fattispecie, esistano elementi idonei ad incidere sul contenuto della decisione impugnata, pena una sua inevitabile sostituzione all'autorità amministrativa.

La posizione è ben espressa dal Tribunale di primo grado nella sentenza *Marcuccio*. Chiamato a pronunciarsi sulla legittimità di una decisione di riassegnazione del funzionario Marcuccio contro la sua volontà da parte dell'APN, il Tribunale, dopo aver constatato la violazione dei diritti di difesa del ricorrente per non essere stato quest'ultimo ascoltato prima dell'adozione della decisione finale, ha ritenuto di non poter affermare che la previa consultazione del dipendente non avrebbe potuto incidere sul tenore della decisione impugnata. Ciò perché *“la decisione di riassegnazione, come quella di cui al caso di specie, implica una vera e propria valutazione”* che impedisce *“di poter escludere che gli argomenti del ricorrente non avrebbero avuto alcuna incidenza sulla valutazione della sua situazione”*<sup>243</sup>.

Nel ricorso promosso avverso una decisione della Commissione di escludere l'impresa ricorrente dal beneficio dello sgravio dai dazi all'importazione avendo riscontrato *“manifesta negligenza”* dell'impresa medesima, il Tribunale di primo grado ha rilevato che tale decisione presupponeva una valutazione giuridica complessa, da compiersi sulla base di tutti i pertinenti dati di fatto, ivi comprese le argomentazioni dell'impresa che sul punto non era stata sentita e le dichiarazioni dell'amministrazione nazionale. E' sulla scorta di tali circostanze che il Tribunale ha affermato che se accogliesse *“l'affermazione della Commissione secondo cui il fatto di tener conto degli elementi supplementari forniti dalla ricorrente dinanzi al Tribunale non sarebbe tale da influire sulla decisione impugnata”*, si *“sostitui[rebbe]*

---

<sup>243</sup> Trib. di primo grado, sez. IV, 14 settembre 2011, causa T-236/02, *Marcuccio/Commissione*. In termini, si veda anche Trib. della funzione pubblica, 08 marzo 2011, causa F-59/09, *Carlo De Nicola/Banca europea degli investimenti*, punto 181, ove il Tribunale, a fronte di un colloquio di valutazione *“solo formalmente organizzato”*, ha rilevato che *“non è escluso che, se il ricorrente fosse stato messo in condizioni di far valere utilmente le sue osservazioni e se il colloquio di valutazione fosse stato condotto regolarmente, il rapporto informativo per il 2007 sarebbe stato diverso”*. In assenza del fatto da esaminare – incidenza dei contenuti di un colloquio che non si è tenuto -, il Giudice ha correttamente stabilito di non poter escludere che il rapporto informativo sarebbe potuto essere diverso.

*all'autorità amministrativa competente*" e anticiperebbe "il risultato cui [la Commissione] perverrà in esito ad un nuovo procedimento amministrativo"<sup>244</sup>.

In base agli orientamenti giurisprudenziali esaminati si può quindi affermare che la violazione del diritto di essere sentiti certamente non determina effetti invalidanti nelle ipotesi in cui si possa escludere con certezza la potenziale incidenza causale delle argomentazioni che il privato si è trovato impossibilitato a far valere prima che venisse adottata la decisione di cui si duole. E tali ipotesi sembrano riscontrarsi non tanto nella mera constatazione da parte del Giudice di poteri discrezionali in capo all'Istituzione europea<sup>245</sup>, quanto nella circostanza che risulta residuare, nel caso di specie, un margine di discrezionalità in capo alla stessa, che impedisce al Giudice di valutare l'incidenza della violazione contestata sul contenuto della decisione<sup>246</sup>.

In conclusione, occorre precisare che la violazione del diritto di essere sentiti è inidonea a produrre l'annullamento dell'atto adottato anche nell'ipotesi in cui emerga in giudizio che il ricorrente abbia comunque avuto modo di manifestare

---

<sup>244</sup> Cfr. Trib. di primo grado, 09 novembre 1995, T-346/94, *France Aviation/Commissione*, punto 39. In termini, in una fattispecie analoga, v. anche Trib. di primo grado, 23 gennaio 2002, causa T-237/00, *Patrick Reynolds c. Parlamento europeo*. Quest'ultima sentenza, tuttavia, è stata annullata in secondo grado dalla Corte, secondo la quale, nel caso di specie, l'APN non godeva di alcuna discrezionalità nel porre fine al comando di un dipendente a fronte dell'ordine del Parlamento europeo. L'adozione della decisione da parte dell'APN senza aver previamente sentito il Sig. Reynold appare pertanto, a giudizio della Corte, "giustificata".

<sup>245</sup> Non sembra pertanto si possa affermare che "la violazione del diritto di essere sentiti porterebbe pressoché sempre all'annullamento dell'atto" perché "normalmente le autorità europee sono dotate di poteri discrezionali" (così J. SCHWARZE, *Il controllo giurisdizionale sul procedimento amministrativo europeo*, in *Il procedimento amministrativo nel diritto europeo*, (a cura di) BIGNAMI – CASSESE, *Quaderni della rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2004, 1283 ss.). Segue la medesima impostazione della dottrina richiamata, P. PROVENZANO, *I vizi nella forma e nel procedimento*, cit., 31.

<sup>246</sup> Il riferimento esemplificativo è alla decisione di riassegnazione del dipendente che sottintende valutazioni discrezionali dell'Istituzione; al colloquio solo formalmente organizzato di valutazione del ricorrente; al riscontro dello stato di "manifesta negligenza" del ricorrente, rispetto ai quali non può dirsi, senza sostituirsi all'Autorità competente, che la partecipazione omessa del ricorrente non avrebbe potuto influire sul processo decisionale. Alla luce della natura di legittimità del sindacato del Giudice europeo, egli non potrebbe mai sostituirsi all'Amministrazione. A questo ultimo proposito si rinvia alle considerazioni svolte da D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998, 135 ss.

altrimenti il proprio punto di vista prima che venisse adottato l'atto poi successivamente impugnato<sup>247248</sup>.

### **b) Il diritto di accedere al fascicolo del procedimento**

Il diritto della persona interessata di accedere al fascicolo del procedimento viene definito nella giurisprudenza europea come una delle garanzie procedurali finalizzate alla tutela del diritto di difesa, in particolare come strumento per partecipare in modo informato al procedimento e come presupposto per un effettivo esercizio del diritto di essere sentito<sup>249</sup>. Ciò sulla base del rilievo che il

---

<sup>247</sup> L'applicazione della regola del raggiungimento *aliunde* dello scopo è ben espressa in Trib. di primo grado, 18 gennaio 2000, T-290/97, *Mehibas/Commissione*, nella quale il ricorrente aveva potuto "far valere efficacemente il proprio punto di vista" perché il provvedimento impugnato era il risultato dell'annullamento d'ufficio di un primo atto, analogo nel contenuto, di cui il privato era a conoscenza. In termini, si veda Trib. di primo grado, 06 luglio 2000, causa T-62/98, *Volkswahen AG/Commissione*, con la quale, pur riconoscendo che il termine concesso al ricorrente per presentare in sede procedimentale le proprie difese era effettivamente breve, il Tribunale ha tuttavia escluso l'illegittimità dell'atto impugnato atteso che "la ricorrente è comunque riuscita a far conoscere in modo efficace il proprio punto di vista. Risulta infatti dalle osservazioni sulla comunicazione degli addebiti, indicate con lettera 12 giugno 1997, che la ricorrente ha espresso in dettaglio il proprio punto di vista su ciascuno degli argomenti principali adottati dalla Commissione".

<sup>248</sup> L'impostazione in esame si riscontra in alcune recentissime sentenze rese su rinvii pregiudiziali in materia di immigrazione e rimpatrio per mancato rinnovo del permesso di soggiorno, ove la Corte ha precisato che "il diritto di essere ascoltato in qualsiasi procedimento, quale applicabile nell'ambito della direttiva 2008/115 e, in particolare, dell'articolo 6 di questa, deve essere interpretato nel senso che esso non impone all'autorità nazionale competente l'obbligo né di avvertire tale cittadino, prima dell'audizione organizzata in vista di detta adozione, del fatto che essa prevede di adottare nei suoi confronti una decisione di rimpatrio, né di comunicargli gli elementi sui quali essa intende fondare la medesima, né di concedergli un periodo di riflessione prima di ricevere le sue osservazioni, qualora il cittadino interessato abbia la possibilità di esprimere, utilmente ed efficacemente, il proprio punto di vista sull'irregolarità del suo soggiorno e sui motivi che possano giustificare, in forza del diritto nazionale, che tale autorità si astenga dall'adottare una decisione di rimpatrio." (così, Corte giust., sez. V, 11 dicembre 2014, causa C-249/13, *Khaled Boudjlida/Préfet des Pyrénées-Atlantiques*). In termini, v. Corte giust., sez. V, 05 novembre 2014, causa C-166/13, *Sophie Mukarubega/Préfet de police e Préfet de la Seine-Saint-Denis*. Per un'analisi critica delle sentenze in parola, anche per l'emersione di una "very thin substance" del diritto di difesa, v. MARIE-LAURE BASILIEN-GAINCHE, *Removal orders and the right to be heard: the CJEU fails to understand the dysfunctional French asylum system*, in *Eu Law Analysis.blogspot.it*, 2014.

<sup>249</sup> Sulla necessità di distinguere, con riguardo al diritto europeo di accesso, il profilo collegato al principio di trasparenza e di democrazia, da una parte, e quello che rappresenta la proiezione del diritto di difesa, dall'altra parte, cfr. R. GAROFOLI, *Profili comunitari del diritto di accesso*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1998, 1285 ss., cui si rimanda per una ampia e approfondita analisi dell'istituto.

destinatario di un atto pregiudizievole, al fine di poter esprimere il proprio punto di vista, deve necessariamente conoscere gli elementi contenuti nel fascicolo, eccetto quelli confidenziali<sup>250</sup>.

Una volta riconosciuto il diritto di accesso e inquadrato tra i diritti di difesa, occorre rilevare che il diniego eventualmente opposto dall'amministrazione al soggetto interessato non sembra comportare automaticamente l'annullamento dell'atto impugnato, richiedendosi invece al ricorrente di dimostrare che l'omessa divulgazione dei documenti richiesti abbia concretamente influenzato lo svolgimento del procedimento ed il contenuto della decisione<sup>251</sup>. Più precisamente, viene posto in capo al ricorrente l'onere di dimostrare che i documenti del fascicolo istruttorio sarebbero stati in qualche modo utili per la sua difesa in fase procedimentale<sup>252</sup>.

Alcuni esempi saranno utili per mettere in evidenza lo schema logico seguito dai Giudici nell'applicazione del criterio di causalità relativamente al vizio in esame.

Nell'ambito di un ricorso avverso un'ammenda irrogata dalla Commissione all'impresa Solvay per violazione delle norme in materia di concorrenza, la ricorrente lamentava la violazione dei diritti di difesa, in quanto la Commissione, dopo averle negato l'accesso ad alcuni documenti dei fascicoli istruttori, aveva poi smarrito parte degli stessi. Ad avviso del Tribunale, i comportamenti contestati alla

---

<sup>250</sup> Cfr. Trib. di primo grado, 17 dicembre 1991, causa T-07/89, *Hercules Chemicals/Commissione delle Comunità europee*.

<sup>251</sup> Cfr. le conclusioni dell'Avvocato generale Warner, causa C-30/78 cit., e dall'Avvocato generale Leger, causa C-310/93, *BPB Industries e British Gypsum/Commissione*.

<sup>252</sup> Corte giust., 08 luglio 1999, causa C-51/92, *Hercules Chemicals NV c. Commissione*, punti 61-81. La Corte, confermando la pronuncia in primo grado del Tribunale, ha dedotto che i documenti non contenevano nessun elemento in favore del ricorrente e che, pertanto, il fatto che non abbia potuto accedervi nel corso della procedura amministrativa non poteva aver influito sul risultato cui è pervenuta la Commissione nella decisione. Cfr. anche Corte giust., 15 ottobre 2002, cause riunite C-238/99 e altre, *Limburgse Vinyl Maatschappij NV/Commissione*, nella quale la Corte ha ritenuto corretto il comportamento del Tribunale di primo grado, il quale, dopo aver concesso alle ricorrenti l'accesso al fascicolo, le aveva invitate a presentare osservazioni per dimostrare in che modo, a loro avviso, la mancata comunicazione di alcuni documenti avesse potuto pregiudicare la loro difesa. V. anche Corte giust., 02 ottobre 2003, causa C-199/99, *Corus UK Ltd/Commissione*, punto 131, ove si legge che "non risulta da alcuno dei documenti presi in considerazione dalla ricorrente nel suo ricorso di impugnazione che il Tribunale abbia commesso un errore di diritto o abbia snaturato fatti o elementi di prova concludendo nel senso dell'insussistenza di elementi a discarico in tali documenti".



Solvay risultavano provati dai documenti allegati agli atti dalla Commissione e “non [esistevano] indizi che [facevano] presumere che [la ricorrente] avrebbe potuto scoprire nei sottofascicoli mancanti documenti che le avrebbero permesso di rimettere in discussione gli accertamenti compiuti dalla Commissione”<sup>253</sup>.

La sentenza è stata successivamente annullata dalla Corte, secondo la quale, “il Tribunale, laddove, (...) ha concluso che la circostanza che la ricorrente non avesse avuto accesso a tutti i documenti contenuti nel fascicolo istruttorio non le aveva impedito di assicurare la sua difesa, è incorso in un errore di diritto per quanto riguarda la violazione, da parte della Commissione, dei diritti della difesa, fondandosi su un’ipotesi, quanto al contenuto dei documenti mancanti, che risultava al Tribunale stesso impossibile verificare”<sup>254</sup>. La stessa Commissione, invero, nel corso del giudizio, aveva ammesso che i documenti smarriti avrebbero potuto contenere le risposte alle richieste di informazioni presentate dalla ricorrente e, quindi, elementi a sostegno della tesi da essa sostenuta nel corso del procedimento amministrativo. Di conseguenza, ha precisato la Corte, non si può escludere che la mancanza di quei documenti non abbia inciso sui diritti di difesa della ricorrente e, di conseguenza, sul contenuto della decisione assunta dalla Commissione.

E proprio al fine di valutare se il rifiuto dell’Istituzione europea di divulgare un documento o di comunicare un elemento abbia potuto nuocere alla difesa del ricorrente, ad avviso della Corte, il giudice europeo può, nel corso del procedimento giurisdizionale, “ordinare un accesso completo al fascicolo”<sup>255</sup>. Attraverso tale ordine, infatti, il giudice non tenterebbe di sostituirsi all’Istituzione europea nel suo ruolo istruttorio, né di sanare i vizi del procedimento imputabili a quest’ultima<sup>256</sup>. L’accesso al fascicolo, infatti, semplicemente consentirebbe al

---

<sup>253</sup> Trib. di primo grado, 17 dicembre 2009, causa T-58/01, *Solvay/Commissione*.

<sup>254</sup> Corte giust., 25 ottobre 2011, causa C-687/2011, *Solvay/Commissione*.

<sup>255</sup> Cfr. Corte giust., 07 gennaio 2004, causa C-214/00 P, cit., punti 100-106, che conferma la sentenza del Tribunale di primo grado, 15 marzo 2000, T-25/95.

<sup>256</sup> Sempre con riferimento alla mancata produzione di documenti del fascicolo nel corso del procedimento amministrativo, la Corte ha precisato che tale violazione non può essere regolarizzata con la produzione nel giudizio dinanzi alla Corte degli stessi, in quanto “la loro conoscenza tardiva non ricolloca l’impresa che ha proposto ricorso nella situazione in cui si sarebbe trovata se essa avesse potuto basarsi sugli stessi documenti per presentare le proprie osservazioni scritte ed orali dinanzi all’istituzione”. La precisazione è ricorrente nella giurisprudenza delle Corti UE. Si veda, *ex multis*, Corte giust., 15 ottobre 2002, cause

giudice di esaminare il merito della controversia con il fine ultimo di accertare se, la mancata divulgazione di documenti o di estratti di documenti, prodotti solo in fase giurisdizionale, abbia pregiudicato le possibilità di difesa delle ricorrenti<sup>257</sup>.

In altre parole, a giudizio della Corte, non costituisce affatto un'ipotesi di sanatoria *a posteriori* la circostanza che il giudice ordini la produzione in giudizio dei documenti non divulgati in fase procedimentale e proceda a verificare se il ricorrente li avrebbe potuti utilizzare utilmente per la propria difesa.

Con particolare riferimento alla consistenza della dimostrazione posta in capo al ricorrente, la Corte assume, così come nel diritto di essere sentiti, un atteggiamento "garantista", nel senso di ritenere che "*non si [possa n.d.r.] obbligare la ricorrente a dimostrare che la decisione della Commissione avrebbe avuto un contenuto differente*", bensì solo che "*avrebbe potuto difendersi più efficacemente in assenza dell'irregolarità procedurale*"<sup>258</sup>.

---

riunite C-238/99 P e altre, *Limburgse Vinyl Maatschappij e altri/ Commissione*, punti 320-333, ove la Corte ha precisato che "*i documenti fatti valere non mirino a rimettere in discussione direttamente altri documenti forniti dalla Commissione a sostegno delle proprie conclusioni, bensì a dimostrare l'esistenza di un'intensa concorrenza incompatibile con queste ultime*"; Corte giust., 08 luglio 1999, causa C-51/99 P, *Hercules Chemicals NV/Commissione*, ove si legge testualmente che "*la conoscenza tardiva dei documenti del fascicolo [...] non la sostituisce nella situazione che sarebbe stata la sua se avesse potuto basarsi sugli stessi documenti per presentare le sue osservazioni scritte e orali dinanzi la Commissione. Essa avanza così solo un rimedio insufficiente alla violazione dei diritti della difesa intervenuta prima dell'adozione della decisione*".

<sup>257</sup> Corte giust., causa C- 214/00 cit. A tale ultimo proposito, la Corte ha precisato che "*il Tribunale non ha commesso alcun errore di diritto ordinando le misure di organizzazione del procedimento invece di annullare subito la decisione*". V. anche Corte giust., cause riunite C-238/99 P, ove la Corte ha chiarito che, con l'ordine di accesso al fascicolo, "*il Tribunale - lungi dal procedere ad una sanatoria a posteriori - ha giustamente limitato il proprio controllo soltanto alla questione se i documenti in oggetto avrebbero potuto essere fatti valere da un'impresa per la propria difesa*". Nella causa C-51/99, *Hercules*, cit., la Corte ha ritenuto che non fosse viziata la sentenza del Tribunale di Primo grado nella parte in cui, constatando che l'impresa ricorrente non aveva tratto dai documenti conosciuti in giudizio "*nessun elemento in suo favore, di cui avrebbe potuto avvalersi durante la fase orale*", ha ritenuto di non poter annullare la decisione impugnata.

<sup>258</sup> Corte giust., 01 ottobre 2009, causa C-141/08, *Foshan Shunde Yongjian Housewares & Hardware Co. Ltd/Consiglio dell'Unione europea*; Trib. di primo grado, causa T-07/89, cit., punto 81. Corte giust., 07 gennaio 2005, cause riunite C-204/00 e altre, *Aalborg Portland A/S e altri/Commissione*, punto 76; Corte giust., 02 ottobre 2003, causa C-194/99, *Thyssen Stahl/Commissione*, punto 31 e giurisprudenza ivi citata; Corte giust., 15 ottobre 2002, cause riunite C-238/99 P e altre, *Limburgse Vinyl Maatschappij NV e altri/Commissione*, punto 318.

Per completare il quadro è necessario infine rilevare che, anche con riferimento al diritto di accedere al fascicolo del procedimento, le Corti U.E., in ragione delle peculiarità del caso di specie, tendono ad applicare, alternativamente al criterio della c.d. causalità, quello del raggiungimento dello scopo. Un esempio paradigmatico è rinvenibile nella sentenza *Girish Ojha*, nella quale la Corte ha ritenuto che *“il solo fatto che alcuni documenti non siano stati inseriti nel fascicolo personale (di un dipendente n.d.r.) non è tale da giustificare l’annullamento di una decisione che arreca pregiudizio, qualora siano stati effettivamente comunicati all’interessato. (...) L’inopponibilità nei confronti di un dipendente di documenti concernenti la sua competenza, il suo rendimento o il suo comportamento si riferisce solo ai documenti che non gli siano stati preventivamente comunicati. Essa non concerne i documenti i quali, in qualche modo comunicatigli, non siano stati ancora inseriti nel fascicolo personale”*<sup>259</sup>.

### **3.3. (segue) Sull’obbligo di motivazione.**

A differenza delle garanzie procedurali sopra esaminate, l’obbligo generale di motivazione degli atti europei ha sempre trovato un fondamento normativo nel diritto dei Trattati. Oggi l’art. 296 T.F.U.E. (ma prima, già dall’art. 162 trattato EURATOM, nonché dall’art. 15 dell’estinto trattato CECA e dall’art. 253 Trattato C.E.) prevede che gli atti giuridici comunitari debbano essere motivati<sup>260</sup>.

Parimenti alle garanzie di difesa sopra esaminate, anche l’obbligo di motivazione degli atti è espresso nell’art. 41 CDEU quale espressione del diritto ad una buona amministrazione.

Nessuna delle disposizioni citate, tuttavia, specifica in alcun modo quali debbano essere i contenuti specifici che la motivazione deve possedere affinché possa ritenersi assolto l’obbligo in parola da parte delle Istituzioni e degli organismi dell’Unione europea.

A tal proposito, è dunque essenziale fare riferimento alla giurisprudenza delle Corti UE che, sin dalle prime pronunce in materia, ha supplito alla generica

---

<sup>259</sup> V. Corte giust., 12 novembre 1996, causa C-294/95 P, *Girish Ojha/Commissione*.

<sup>260</sup> Il secondo comma dell’art. 296 T.F.U.E. stabilisce espressamente che *“gli atti giuridici sono motivati e fanno riferimento alle proposte, iniziative, raccomandazioni, richieste o pareri previsti dai trattati”*.

formulazione della suddetta norma elaborando un modello “garantistico” di motivazione, che va dalla necessità di tutelare il destinatario dell’atto sfavorevole<sup>261</sup> all’esigenza di garantire un adeguato controllo giurisdizionale degli atti delle istituzioni europee<sup>262</sup>. Più in dettaglio, delineando una concezione *right-based* dell’istituto<sup>263</sup>, la motivazione viene intesa dalla giurisprudenza europea come quella parte dell’atto che deve fare apparire in forma chiara e non equivoca l’*iter* logico seguito dall’Istituzione da cui promana l’atto, in modo da consentire, da una parte, al destinatario di conoscere le ragioni alla base della singola decisione e verificare se questa sia inficiata o meno da vizi che consentano di contestarne la validità<sup>264</sup>, dall’altra, al giudice competente di esercitare pienamente il proprio sindacato di legittimità<sup>265</sup>.

La ricostruzione a caratteri generali della motivazione, che ne disvela appunto la funzione garantista, si affianca ad un approccio di tipo sostanziale da parte della Corte di giustizia, che collega l’ampiezza e i contenuti della motivazione alle singole circostanze del caso concreto. Il giudizio sull’adeguatezza della motivazione, infatti, non si basa sulla verifica della sussistenza di elementi univoci e statici ma viene costruito come il risultato di un’operazione di comparazione che deve tenere conto

---

<sup>261</sup> Fra le prime pronunce, cfr. Corte di giust., 20 marzo 1957, C-2/56, *Geitling*. Per l’annullamento di una decisione per motivazione generica ed insufficiente, si veda anche Corte giust., 13 giugno 1958, causa C-10/56, *Meroni*; Corte di giust., 20 marzo 1959, causa C-18/57, *Nold*.

<sup>262</sup> Cfr. Corte giust., 26 novembre 1981, causa C-195/80, *Michel*; Corte giust., 01 dicembre 1983, causa C-296/82, *Papierwarenfabrik*; Corte giust., 07 aprile 1987, causa C-32/86, *Sisma/Commissione*; Corte giust., 21 novembre 1991, C-269/90, *Tecnische Universitat Munchen*. Sulla funzione della motivazione a seconda dei destinatari dell’atto, si veda la giurisprudenza richiamata in B.G. MATTARELLA, *Procedimenti e atti amministrativi*, in M.P. CHITI (a cura di), *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2013, 361.

<sup>263</sup> Sulla dimensione *right-based* della motivazione cfr. J. SCHWARZE, *European Administrative Law*, Londra, 2006, 1411. In termini sostanzialmente analoghi, cfr. le conclusioni dell’Avvocato generale Kokott del 22 gennaio 2009, nella causa C-75/08, *Mellor*, secondo il quale “l’amministrazione ha (...) l’obbligo di motivare una decisione qualora l’ordinamento comunitario abbia riconosciuto al singolo posizioni giuridiche che potrebbero essere pregiudicate dalla decisione medesima”.

<sup>264</sup> Cfr. Trib. di primo grado, 10 ottobre 2012, causa T-183/10, *Sviluppo globale GEIE/Commissione*; Corte giust., 01 luglio 2008, cause riunite C-341/06 P e C-342/06 P, *Chronopost SA e altri/Commissione*; Trib. di primo grado, 25 febbraio 2003, causa T-04/01, *Renco S.p.A./Consiglio*; Corte giust., 09 gennaio 2003, causa C-76/00 P., *Petrotub/Consiglio*; Trib. di primo grado, 14 luglio 1995, causa T-166/94, *Seiko/Consiglio*.

<sup>265</sup> Cfr. Corte giust., 12 dicembre 2006, causa C-380/03, *Germania/Parlamento e Consiglio*, punto 107 oltre alla giurisprudenza citata alla nota precedente e ai richiami ivi contenuti.

di diversi aspetti, quali la natura dell'atto<sup>266</sup>, gli interessi coinvolti, l'ampiezza del potere discrezionale di cui gode l'Istituzione<sup>267</sup>, il complesso delle norme giuridiche che disciplinano la materia<sup>268</sup>. Si ammette, inoltre, di valutare il rispetto dell'obbligo di motivazione anche in relazione al raggiungimento del suo scopo, inteso quale effetto comunque dispiegato di comprensione dell'*iter* logico-giuridico che ha guidato la decisione<sup>269</sup>.

---

<sup>266</sup> Cfr. Corte giust., 17 marzo 2011, causa C-221/09, *AJD Tuna/ Direttur tal-Agricoltura u s-Sajd e Avukat Generali*; Corte giust., 05 marzo 2009, causa C-479/07, *Francia/Consiglio*, punto 49; Corte giust., 06 novembre 2008, causa C-405/07P, *Paesi Bassi/Commissione*; Trib. di primo grado, 29 settembre 2000, causa T-55/99, *CETM/Commissione*; Trib. di primo grado, 07 novembre 1997, causa T-218/95, *Azienda agricola Le Canne Srl/Commissione*; Corte giust., 29 febbraio 1984, causa C-37/83, *Rewe Zentrale AG/Direktor der Landwirtschaftskammer Rheinland*.

<sup>267</sup> Il Giudice europeo si mostra particolarmente esigente per gli atti rispetto ai quali l'Istituzione competente gode di un ampio potere di valutazione delle situazioni economiche o tecniche complesse. In questi casi, infatti, il sindacato giurisdizionale è limitato e la motivazione riveste, quindi, una importanza fondamentale, sia per l'interessato che per il Giudice: cfr. Trib. di primo grado, 02 luglio 1992, causa T-61/89, *Dank c. Regno del Belgio*, punto 129, ove il Tribunale ha specificato che "*Tanto più nei casi in cui le istituzioni comunitarie dispongano di un siffatto potere discrezionale è di fondamentale importanza il rispetto nei procedimenti amministrativi delle garanzie offerte dall'ordinamento giuridico comunitario. Tra queste garanzie si annoverano in particolare l'obbligo dell'istituzione competente di esaminare in modo accurato e imparziale tutti gli elementi rilevanti della fattispecie, il diritto dell'interessato di far conoscere il proprio punto di vista e il diritto ad una decisione sufficientemente motivata. Soltanto così la Corte sarà in grado di accertare se esistessero tutti gli elementi di fatto e di diritto necessari per l'esercizio del potere discrezionale*".

<sup>268</sup> Di recente, v. Trib. di primo grado, sez. III, 04 luglio 2017, causa T-392/15, *European Dynamics Luxembourg SA e altri/Agenzia dell'Unione europea per le ferrovie*.

<sup>269</sup> Si vedano le conclusioni dell'Avvocato generale Damaso Ruiz-Jarabo Colomer nella causa C-263/95, *Germania c. Commissione*, ove è stato chiaramente affermato che, per accertare il rispetto dell'obbligo di motivazione, occorre "*stabilire se, valutata nel suo contesto e nel quadro giuridico che disciplina la materia, la motivazione riesca a fare apparire in forma chiara e non equivoca il ragionamento della Commissione da cui emana l'atto impugnato, e consenta agli interessati di prendere conoscenza delle ragioni del provvedimento adottato e alla Corte di esercitare il suo controllo*". Si consideri anche Corte giust., 16 dicembre 1975, cause riunite C-40/73 e altre, *Suiker Unie/Commissione*, ove è stato precisato che non ricorre una violazione di forme sostanziali se, l'imprecisione di taluni passi della motivazione, non ha impedito alle parti né alla Corte di comprendere la portata dell'addebito formulato dalla Commissione e di valutarne la fondatezza o meno. In termini, Corte giust., 22 gennaio 1993, causa C-54/01, *Germania/Commissione*; Trib. di primo grado, 27 settembre 2005, cause riunite T-133/03 e 123/03, *Common Market Fertilizers/Commissione*.

In altre parole, si potrebbe affermare che, mentre lo scopo della motivazione è invariabile, l'ampiezza della motivazione può variare secondo la materia trattata, il contesto giuridico ed i destinatari della decisione<sup>270</sup>.

Così, in via esemplificativa, la giurisprudenza europea ha precisato che, affinché possa dirsi adempiuto l'obbligo di motivazione, è necessario valutare anche gli elementi informativi già in possesso del ricorrente, al più tardi momento della presentazione del ricorso<sup>271</sup>, specie se acquisiti nell'ambito di pregressi rapporti con l'organismo competente o nell'ambito della partecipazione al procedimento che ha preceduto l'emanazione dell'atto impugnato. Si è quindi stabilito che quando una decisione è adottata in un contesto "ben noto" all'interessato, è sufficiente una motivazione sommaria<sup>272</sup>.

Nei casi in cui il Giudice riscontri l'effettiva esistenza di un difetto di motivazione, egli procede *de plano* con l'annullamento dell'atto impugnato, senza che venga in rilievo alcuna considerazione sull'incidenza del vizio sul contenuto dispositivo dell'atto medesimo<sup>273</sup>.

---

<sup>270</sup> L'osservazione si riscontra da tempo in dottrina. V. G. LE TALLEC – C.D. EHLERMANN, *La motivation des actes des Communautés européennes*, in *Rev. Marché Comm.*, 1966, 179-182; C. HEN, *La motivation des actes des institutions communautaires*, in *Cah. dr. eur.*, 1977, 74-78. Nello stesso senso, cfr. le conclusioni del 05 marzo 1991 dell'Avvocato generale M. Darmon nella causa C-291/89, *Interhotel/Commissione*, nota 12. Come è stato efficacemente rilevato nella recentissima sentenza del Tribunale di primo grado, 04 luglio 2017, causa C-462/2017, *European Dynamics Luxembourg e altri/Agenzia dell'Unione europea per le ferrovie*, "l'obbligo di motivazione è definito dalla sua funzione", nel senso che le funzioni che sono assegnate alla motivazione determinano direttamente il suo contenuto.

<sup>271</sup> Con la precisazione che l'Istituzione non sia affatto autorizzata a formulare una motivazione del tutto nuova rispetto a quella iniziale: Trib. di primo grado, 10 settembre 2008, causa T-465/04, *Evropaïki Dynamiki/Commissione*; Trib. di primo grado, 20 maggio 2009, T-163/2009, *Vip Car Solutions SARL/ Parlamento europeo*. V., in tal senso, Trib. di primo grado, 25 febbraio 2003, causa T-04/01, *Renco/Consiglio*, punto 96; trib. di primo grado, 19 aprile 2012, causa T-49/09 *Evropaïki Dynamiki/Commissione*, punto 36; trib. di primo grado, 23 maggio 2014, T-553/11, *European Dynamics Luxembourg/BCE*, punto 167 e la giurisprudenza ivi citata.

<sup>272</sup> Corte giust., 12 dicembre 1985, C-208/84, *Vonk's Kaas*. Per ulteriori esemplificazioni in merito all'estensione della motivazione nella giurisprudenza europea, si rinvia al lavoro monografico di C.C. GIALDINO, *I vizi dell'atto nel giudizio davanti alla Corte di giustizia dell'Unione europea*, Milano, 2008, 110 ss.

<sup>273</sup> Dall'analisi del repertorio giurisprudenziale in esame emerge che la Corte adotti il criterio di causalità soltanto: a) nel caso in cui il ricorrente muova doglianze nei confronti di parti della motivazione ultronee o sovrabbondanti di una decisione, dal momento che appaiono ininfluenti sul processo decisionale e, quindi, sul contenuto dispositivo dell'atto

Deve, tuttavia, precisarsi che il trattamento “differenziato” che il giudice europeo riserva all’obbligo di motivazione (rispetto alle altre garanzie procedurali precedentemente esaminate) non risiede nella sua natura di elemento “sostanziale” dell’atto, in ragione delle funzioni di garanzia rivestite nei confronti del destinatario del provvedimento.

La spiegazione si rinviene altrove e risiede, piuttosto, nelle caratteristiche del sindacato di legittimità delle Corti UE con riferimento alla specifica violazione dell’obbligo di motivazione.

Occorre, infatti, precisare che la motivazione di cui si discute, che rientra nell’ambito della violazione di forme sostanziali, è la motivazione “esterna” dell’atto e non già quella “interna”. Secondo giurisprudenza consolidata, infatti, la prima concerne una carenza o insufficienza dell’*iter* motivazionale espresso nella decisione e costituisce un motivo di ordine pubblico, che il giudice è tenuto ad esaminare d’ufficio; la seconda, invece, riguarda la legittimità sostanziale della decisione, la correttezza dei presupposti sui quali è stata fondata la decisione, ed è un motivo che non può essere esaminato dal giudice se non è invocato dal ricorrente.

Sulla base di tale differenziazione, se il ricorrente censura la violazione dell’obbligo di motivazione di cui all’art. 296 TFUE (c.d. motivazione “esterna”), la Corte circoscrive il proprio accertamento all’idoneità o meno della motivazione contenuta nell’atto a far comprendere le ragioni sottese alla decisione adottata,

---

impugnato. Cfr., *ex multis*, Trib. di primo grado, 08 luglio 2004, causa T-50/00, *Dalmine/Commissione*, punti 134-149, confermata da Corte di giust., 25 gennaio 2007, causa C-407/04. Nel caso di specie, la circostanza che la Commissione avesse violato il divieto di divulgare nella motivazione della decisione impugnata informazioni di mercato attinenti alle intese poste in essere dalle ricorrenti è stata considerata ultronea perché ininfluyente sul contenuto della decisione.

<sup>273</sup> La ratio sottesa a questo orientamento si fonda sulla considerazione che non esiste alcuna regola giuridica che consenta al destinatario di una decisione di contestare nell’ambito di un ricorso di annullamento talune parti di motivi di essa, salvo che non producano effetti giuridici obbligatori atti a pregiudicare i suoi interessi. Cfr., *ex multis*, Corte di giust., ord. 28 gennaio 2004, causa C-164/02, *Paesi Bassi/Commissione*, punto 20-24; Trib., 22 marzo 2000, causa T. 125/97, *Coca Cola/Commissione*, punti 77 e 80-85.

cosicché l'esito negativo di tale giudizio conduce di per sé all'annullamento senza che abbia rilievo la legittimità sostanziale della decisione<sup>274</sup>.

Qualora, infatti, la Corte applicasse il giudizio di causalità al *deficit* motivazionale, essa dovrebbe necessariamente estendere la propria cognizione all'accertamento della legittimità sostanziale o meno della decisione alla luce della fondatezza o meno delle censure sostanziali sollevate nel ricorso. Chiedersi se in assenza del difetto di motivazione la decisione sarebbe potuta essere differente vuol dire chiedersi se, nonostante il difetto di motivazione, la decisione sia o meno sostanzialmente corretta. E in mancanza nell'ordinamento europeo di una norma come quella dell'art. 21-*octies*, siffatto giudizio è precluso alla Corte, nel rispetto del principio della domanda. Ecco perché, a fronte dell'accertata violazione dell'obbligo di motivazione, la Corte ne fa discendere *tout court* l'annullamento della decisione, non avendo il potere di disattendere il motivo che censura il *deficit* motivazionale in considerazione della legittimità sostanziale della decisione.

Diversamente, invece, nel caso della violazione del diritto di difesa testé esaminato, il giudizio di causalità trova applicazione perché implica semplicemente l'esame degli elementi allegati dal ricorrente che "sostanzializzano" la censura procedurale per accertare l'idoneità o meno del contributo partecipativo pretermesso/del documento non esibito ad incidere sulla legittimità sostanziale della decisione. L'accertamento, in altre parole, resta circoscritto alla censura procedurale.

---

<sup>274</sup> La giurisprudenza precisa costantemente che devono tenersi distinti i profili attinenti alla motivazione formale da quelli attinenti alla motivazione sostanziale dell'atto: cfr. Trib. di primo grado, 12 maggio 2011, cause riunite da T-267/08 a T-279/08, *Region Nord Pas de Calais*; Trib. di primo grado, 15 dicembre 2010, causa T-427/08, *CEAHR*; Trib. di primo grado, 20 maggio 2009, causa T-89/07, *Vip car Solutions*; Corte giust., 29 aprile 2004, C-159/01, *Paesi Bassi/Commissione*; Corte giust., 22 marzo 2001, C-17/99, *Francia/Commissione*. Cfr. da ultimo Trib. di primo grado, 04 luglio 2017, causa T-392/15, *European Dynamics Luxembourg SA/Agenzia dell'Unione europea per le ferrovie*, ove il Tribunale specifica che "nell'ambito di un motivo vertente su un difetto di motivazione, contestazioni eventuali relative alla fondatezza di tale motivazione non possono essere valutate dal Tribunale dal momento che, in forza della giurisprudenza (sentenze del 23 maggio 2014, *European Dynamics Luxembourg/BCE*, T-553/11, non pubblicata, punto 154, e del 28 giugno 2016, *AF Steelcase/EUIPO*, T-652/14, non pubblicata, punto 47), la questione del rispetto dell'obbligo di motivazione di cui all'articolo 296 TFUE deve essere distinta da quella della fondatezza della motivazione ... che attiene alla legittimità nel merito dell'atto controverso".



Proseguendo con l'esame del sindacato della Corte UE rispetto alla violazione dell'obbligo di motivazione, occorre precisare che non impedisce l'annullamento della motivazione nemmeno la circostanza che *"l'interessato venga a conoscenza dei motivi della decisione nel corso del procedimento dinanzi alla Corte"*<sup>275</sup>, perché *"la motivazione deve, in via di principio, essere comunicata all'interessato contemporaneamente alla decisione che gli reca pregiudizio"*<sup>276</sup>.

Più precisamente, secondo la giurisprudenza europea, una giustificazione a posteriori delle decisioni contestate<sup>277</sup> violerebbe il principio di uguaglianza delle parti dinanzi al giudice<sup>278</sup>, di conseguenza è vietato a quest'ultimo di prendere in considerazione l'integrazione motivazionale posta in essere dall'Istituzione nel corso del giudizio sia per valutare l'adempimento dell'obbligo di motivazione sia per valutare la legittimità sostanziale della decisione impugnata.

E' stato inoltre puntualmente precisato che la possibilità di sanare il difetto di motivazione in giudizio minerebbe *"il sistema di separazione delle funzioni e dell'equilibrio istituzionale tra l'amministrazione e il giudice, quale previsto dal Trattato"* e, specialmente, *"l'effetto utile dei mezzi di ricorso nonché le esigenze di celerità della giustizia e di economia processuale, in considerazione del fatto che una motivazione nelle buone e debite forme dell'atto recante pregiudizio e la sua notifica all'interessato durante la fase precontenziosa sono tali da far comprendere a questi*

---

<sup>275</sup> *Ibidem*.

<sup>276</sup> Così Trib. di primo grado, sez. V, 22 ottobre 2008, cause riunite T-309/04, T-329/04 e T-336/04, *TV 2 Danmark A/S/Commissione*. In termini, cfr. Corte giust., 28 febbraio 2008, causa C-17/07 P, *Neirinck/Commissione*; Trib. di primo grado, 12 settembre 2007, causa T-63/03, *Olympiaki Aeroporia Ypiresies AE/Commissione*; Corte giust., 26 novembre 1981, causa C-195/80, *Michel/Parlamento*.

<sup>277</sup> Si consideri, in via esemplificativa, Trib. di primo grado, 20 maggio 2009, *VIP Car Solutions/Parlamento*, T-89/07, punto 76, ove il Parlamento, nell'ambito di un giudizio avverso l'aggiudicazione di un appalto, a fronte delle contestazioni della ricorrente di difetto di motivazione, aveva specificato nel proprio controricorso il punteggio attribuito alla ricorrente e all'impresa aggiudicatrice con riferimento ad ogni singolo criterio di attribuzione, nonché i motivi che, a suo avviso, giustificavano tale punteggio. Gli elementi in parola forniti dal Parlamento sono stati considerati alla stregua di inammissibile integrazione postuma della motivazione. In termini, cfr. Trib. di primo grado, 27 novembre 2007, cause riunite T-03/00 e T-337/04, *Pitsiorlas e altri*; Corte giust., 21 gennaio 2003, causa C-378/00, *Commissione/Parlamento*; Corte giust., 24 ottobre 1996, cause riunite C-329/93, *Germania/Commissione*.

<sup>278</sup> Cfr. Trib. di primo grado, 15 settembre 2005, causa T-132/03, *Casini/Commissione*; Trib. di primo grado, 29 settembre 2005, causa T-218/02, *Napoli Buzzanca c. Commissione*.

*la portata della decisione adottata nei suoi confronti e, se del caso, da convincerlo della sua fondatezza, evitando così che il contenzioso venga portato dinanzi al giudice*<sup>279</sup>.

Se ciò è vero in via di principio, non mancano tuttavia pronunce che, a seconda delle circostanze del caso di specie, talora ammettono, in via di eccezione, un'integrazione della motivazione da parte dell'Istituzione che ha adottato l'atto impugnato<sup>280</sup>, talora distinguono tra (inammissibile) integrazione e (ammissibile) esposizione di elementi che vanno a precisare una motivazione di per sé già sufficiente.

La distinzione da ultimo citata è molto importante ai fini della nostra indagine, perché riecheggia in qualche modo la posizione espressa da alcune pronunce del giudice italiano. Di seguito, qualche caso emblematico chiarirà la fattispecie.

In una controversia in materia di concorrenza, il Tribunale di primo grado, dopo aver accertato che la motivazione della decisione della Commissione, per quanto riguarda l'esistenza di un'unità economica tra l'impresa ricorrente e le controllate, fosse esaustiva e chiara, a fronte delle contestazioni sollevate dalla ricorrente secondo la quale la Commissione avrebbe fatto valere nei controricorsi argomenti nuovi, ha precisato che *"gli argomenti esposti nei controricorsi della Commissione sono intesi unicamente a rispondere agli argomenti contenuti nelle memorie delle*

---

<sup>279</sup> Il riferimento è a Trib. di primo grado, sez. imp., 09 settembre 2009, causa T-313/2009, *Fondazione europea per la formazione/Commissione*. Il Tribunale, adito in sede di impugnazione, ha infatti rilevato che *"la prassi consistente nel dispensare l'istituzione competente dall'obbligo di motivare le sue decisioni recanti pregiudizio, contrariamente alle esigenze di una buona amministrazione, porta a squilibrare la ripartizione delle funzioni e delle rispettive competenze tra, da un lato, l'amministrazione e, dall'altro, il giudice comunitario, in quanto quest'ultimo diviene la sola e prima istanza dinanzi alla quale il ricorrente è in grado ad ottenere una siffatta motivazione"*.

<sup>280</sup> Nella recentissima sentenza del Tribunale di primo grado, 04 luglio 2017, causa C-462/17, cit., l'eccessiva fretta mostrata dalle ricorrenti nella proposizione del ricorso (che non avevano atteso la risposta dell'Istituzione sulle ragioni per le quali l'offerta aggiudicataria non fosse stata giudicata anomala, nonostante i termini di ricorso non ostassero a tale possibilità) integra per il Tribunale una situazione eccezionale che giustifica la presa in considerazione delle argomentazioni svolte dall'Istituzione nella risposta intervenuta in corso di giudizio. Quanto all'ammissibilità, in generale, di una integrazione postuma della motivazione, regole specifiche valgono in materia di valutazioni concorsuali, dove si ammette espressamente l'integrazione della motivazione: cfr. Corte giust., 08 marzo 1988, cause riunite C-64/86 e altre, *Giovanni Sergio e altri/Commissione*; Trib. di primo grado, 13 dicembre 1990, cause riunite T-160/89 e T-161/89, *Kalavros e altri*.

*ricorrenti, e non a supplire all'asserita mancanza di motivazione nella decisione impugnata*"<sup>281</sup>.

Viene inoltre ammesso dalle Corti UE che l'Istituzione convenuta in giudizio espliciti meglio il contenuto della motivazione, ma nei limiti in cui tale esplicitazione porti alla luce considerazioni di fatto e di diritto già desumibili dal contesto istruttorio esistente e comunque rintracciabili nella motivazione della decisione impugnata<sup>282</sup>.

### **3.4. Brevi considerazioni di sintesi e spunti per il prosieguo della ricerca**

Dall'analisi della giurisprudenza europea illustrata nei paragrafi precedente emerge che la struttura processuale europea non si connota in senso necessariamente più garantista rispetto a quella propria del nostro ordinamento nazionale.

Si è visto, infatti, che in relazione all'attività amministrativa delle Istituzioni europee, la regola del raggiungimento dello scopo viene generalmente ammessa, nel senso di precludere l'annullamento dell'atto impugnato non soltanto laddove l'obiettivo della garanzia (di forma o procedimentale) sia stato comunque raggiunto, ma anche nel caso in cui il contenuto dell'atto non potrebbe essere

---

<sup>281</sup> Cfr. Trib. di primo grado, 13 luglio 2011, causa T- 364/2011, *ThyssenKrupp Liften Ascenseurs NV/Commissione*. Parimenti con riferimento a due perizie allegate al controricorso da parte della Commissione, il Tribunale ha rilevato che esse "non sono intese a supplire ad una carenza di motivazione della stessa, bensì a fornire chiarimenti al Tribunale in merito alle censure formulate dalle ricorrenti, nel ricorso, contro la motivazione della decisione nella parte relativa alle caratteristiche economiche del settore dei trasporti marittimi ed agli effetti del TAA sulla rotta transatlantica": v. Trib. di primo grado, 28 febbraio 2002, causa T-395/94, *Atlantic container Line AB e altri/Commissione*, punto 254.

<sup>282</sup> Cfr. Corte giust., 26 novembre 1981, causa C-195/80, *Michel/Parlamento*, punto 22. Per una compiuta indicazione di precedenti giurisprudenziali in tal senso, si rinvia a D.U. GALETTA, *Diritto ad una buona amministrazione e ruolo del nostro giudice amministrativo dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004, 611, ove è stato anche osservato che, ammettere specificazioni della motivazione in giudizio, "non significa (...) che sia consentito proporre ex novo una motivazione che non era stata prodotta in precedenza: significa solo che se – mettendo insieme la motivazione a suo tempo prodotta e le spiegazioni fornite in corso di causa – la motivazione risulta chiara, sufficiente e non contraddittoria, il giudice UE potrà concludere che, nonostante i dubbi sollevati in proposito dal ricorrente, l'obbligo di motivazione è stato – nel caso di specie e grazie agli opportuni chiarimenti forniti dalla convenuta in giudizio – correttamente adempiuto".

diverso da quello in concreto adottato. Sarebbe quindi esistere perlomeno un grado di compatibilità con il giudizio di causalità previsto nel nostro art. 21-*octies*. Particolari considerazioni devono invece riservarsi all'obbligo di motivazione, il cui inadempimento, si è visto, determina per ciò solo l'annullamento dell'atto, ma soltanto in ragione della peculiarità del giudizio di causalità sul difetto di motivazione rispetto alle caratteristiche del sindacato di legittimità delle Corti UE. Per questo motivo non ci sembra possibile ricavare dalla casistica giurisprudenziale europea principi o regole sul trattamento processuale del difetto di motivazione che, se trasposte a livello nazionale, precluderebbero l'operatività del giudizio di causalità di cui all'art. 21-*octies*.

Sempre con riferimento all'obbligo di motivazione, utili strumenti di ricerca si possono trarre da quelle pronunce che vietano un'"integrazione postuma" della motivazione, ma ammettono che in corso di giudizio l'Istituzione possa esplicitare meglio l'*iter* motivazionale seguito per l'adozione della decisione senza addurre ragioni nuove e diverse rispetto a quelle risultanti da un'esegesi del provvedimento e degli atti endoprocedimentali in esso sfociati. Sotto questo profilo, la giurisprudenza nazionale, che distingue, come abbiamo visto, tra inammissibile "integrazione postuma" e ammissibile "esplicitazione postuma", ben si allinea a quella delle Corti U.E.

Anche la ricostruzione in chiave difensiva della motivazione successiva da noi proposta alla luce dello schema applicativo dell'art. 21-*octies* sembra coerente rispetto a quelle pronunce europee che non qualificano come "ammissibile motivazione successiva" le osservazioni svolte dall'Istituzione nel corso del giudizio per difendersi nei confronti delle ragioni di fatto e di diritto espresse dal ricorrente per dimostrare la fondatezza dei motivi di ricorso.

Se questo è il quadro emerso dall'esame dell'ampio campione giurisprudenziale esaminato, si deve tuttavia contestualmente precisare che, anche a causa del numero sterminato di pronunce esistente in materia che vanifica ogni tentativo di mappatura integrale, non è possibile concludere con certezza che "*di regola*" nelle Corti UE l'annullamento di un atto per violazione di una garanzia procedimentale sia subordinato alla verifica della sua effettiva incidenza causale sul contenuto dell'atto. Così come, per le stesse ragioni, si ritiene non possa affermarsi il

contrario prendendo magari in considerazione un diverso campione giurisprudenziale<sup>283</sup>.

Alcune recentissime sentenze, tuttavia, sembrano fornire basi più solide alla presenta ricerca. Si è ritenuto pertanto di dedicare ad esse i successivi paragrafi, anche in considerazione del fatto che si tratta di pronunce rese in via pregiudiziale dalla Corte di giustizia, dove il raffronto diritto dell'UE e diritti nazionali ci consentono di conoscere il punto di vista della Corte sulla compatibilità degli strumenti di tutela offerti dai singoli stati membri nei confronti delle violazioni di garanzie procedurali.

L'attenzione sarà in particolar modo concentrata sulle garanzie procedurali e sull'obbligo di motivazione.

#### ***4. Le garanzie procedurali nelle recenti sentenze della Corte di giustizia: focus su ottica "finalistica" e ruolo del ricorrente.***

Abbiamo già rilevato che la disamina svolta nei paragrafi precedenti dimostra chiaramente che la logica sottesa all'art. 21-*octies* non è estranea al diritto europeo, ma anzi praticata nelle Corti UE con riferimento ad ogni violazione procedimentale posta in essere da un'Istituzione europea.

Per verificare se l'impostazione appena riferita venga utilizzata dalla Corte di giustizia anche nei confronti delle situazioni giuridiche "a rilevanza europea" trattate nell'ambito dei procedimenti amministrativi nazionali, rispetto ai quali devono trovare applicazione i principi generali di diritto europeo in tema di procedimento, occorre fare riferimento, come preannunciato, ad alcune recentissime pronunce in materia rese dalla Corte su rinvii pregiudiziali e nell'ambito di un ricorso per inadempimento.

Il riferimento, per ordine temporale, va innanzitutto alla sentenza *Altrip* del 07 novembre 2013. Fa da sfondo alla decisione l'art. 10-*bis*, lett. b), della direttiva 85/337 del Consiglio, concernente la valutazione dell'impatto ambientale di

---

<sup>283</sup> Il riferimento è alle conclusioni generali formulate talvolta dalla dottrina sul tema esaminando talune pronunce delle Corti UE. Cfr., *ex multis*, di recente la disamina svolta da P. PROVENZANO, *I vizi nella forma e del procedimento*, cit., 32 ss.

determinati progetti pubblici e privati, che riconosce ai membri del pubblico interessati da una decisione in materia ambientale di agire in giudizio per contestare la legittimità di decisioni inficiate da vizi di legittimità sostanziale o procedurale<sup>284</sup>.

Nell'ambito di un ricorso di annullamento proposto contro la decisione di approvazione da parte dell'autorità regionale di un progetto per la costruzione di un'opera per asserita insufficienza della valutazione di impatto ambientale che l'aveva preceduta, il Bundesverwaltungsgericht (Corte amministrativa federale tedesca) ha sollevato alla Corte, per quanto qui interessa, la seguente questione pregiudiziale: se *“sia compatibile con l'art. 10-bis, lett. b) della direttiva 85/337, la costante giurisprudenza nazionale secondo la quale una persona interessata da un progetto sottoposto a valutazione ambientale può essere pregiudicata nei suoi diritti solo qualora l'irregolarità procedurale presenti un nesso di causalità con il risultato finale dell'approvazione del progetto che le arreca pregiudizio”*.

A giudizio della Corte<sup>285</sup>, *“non si può contestare che qualsivoglia vizio di procedura non comporti necessariamente conseguenze atte ad incidere sulla ratio di una simile decisione e che, pertanto, esso non può in tal caso essere considerato atto a ledere nei suoi diritti colui che lo fa valere”*. Ne consegue che, in tali ipotesi, l'obiettivo della direttiva 85/337 cit., volto a conferire al pubblico interessato un ampio accesso alla giustizia, non risulterebbe compromesso se, ai sensi della normativa di uno

---

<sup>284</sup> Letteralmente, l'art. 10-bis della direttiva 85/337 è così formulato: *“Gli Stati membri provvedono, nel quadro del proprio ordinamento giuridico nazionale, affinché i membri del pubblico interessato: a) che vantino un interesse sufficiente o, in alternativa; b) che facciano valere la violazione di un diritto, nei casi in cui il diritto processuale amministrativo di uno Stato membro esiga tale presupposto, abbiano accesso a una procedura di ricorso dinanzi ad un organo giurisdizionale o ad un altro organo indipendente ed imparziale istituito dalla legge, per contestare la legittimità sostanziale o procedurale di decisioni, atti od omissioni soggetti alle disposizioni sulla partecipazione del pubblico stabilite dalla presente direttiva. (...)”*.

<sup>285</sup> Il riferimento è a Corte giust., sez. II, 07 novembre 2013, causa C- 712/2013, *Gemeinde Altrip e altri/Land Rheinland-Pfalz*. Si consideri che la medesima problematica era stata già sollevata dalla nostra dottrina con riguardo all'art. 21-octies: cfr. sul punto F. GOISIS, *Legittimazione al ricorso delle associazioni ambientali ed obblighi discendenti dalla Convenzione di Aarhus e dall'ordinamento dell'Unione europea*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 101 ss.; F. FRACCHIA, *Diritto comunitario e sviluppo del diritto amministrativo*, in G. FALCON (a cura di), *Il procedimento amministrativo nei diritti europei e nel diritto comunitario*, Padova, 2008, 259 ss.; F. FRACCHIA – M. OCCHIENA, *Teoria dell'invalidità dell'atto amministrativo e art. 21-octies, l. 241/90*, cit., 38;

Stato membro, un ricorrente, che censurasse la violazione in esame, non dovesse essere considerato leso nei suoi diritti qualora emerga in giudizio, in base alle circostanze della fattispecie, che la decisione contestata non sarebbe stata diversa senza il vizio di procedura invocato. Ciò anche in considerazione della circostanza che l'articolo 10-*bis* in parola lascia agli Stati membri un apprezzabile margine di manovra nello stabilire cosa costituisca violazione di un diritto<sup>286</sup>.

Chiarito il punto, la Corte tuttavia rileva che dall'esame della normativa nazionale risulta che, in generale, spetti al ricorrente dimostrare *“che le circostanze della fattispecie rendano prospettabile il fatto che la decisione contestata sarebbe stata diversa senza il vizio di procedura invocato”*. A giudizio della Corte, tuttavia, l'attribuzione di siffatto onere ai fini dell'attuazione del criterio di causalità *“è atta a rendere eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti che sono conferiti dalla direttiva 85/337, tenuto conto in particolare della complessità dei procedimenti di cui trattasi o della tecnicità delle valutazioni dell'impatto ambientale”*.

Ne consegue che, affinché il sistema nazionale delineato sia compatibile con l'art. 10-*bis*, lett. b) della direttiva citata, è necessario che l'autorità giurisdizionale o l'organo adito non facciano gravare in alcun modo, al riguardo, l'onere della prova sul richiedente, ma siano essi stessi in grado di ritenere - *“tenuto conto eventualmente degli elementi di prova forniti dal committente o dalle autorità competenti, e, più in generale, dell'insieme degli elementi del fascicolo loro sottoposto”, “prendendo in considerazione segnatamente il grado di gravità del vizio fatto valere”* - che la decisione contestata non sarebbe stata diversa senza il vizio di procedura invocato dal ricorrente.

Soltanto due anni più tardi, la stessa sezione della Corte è stata chiamata a pronunciarsi nuovamente sulla medesima questione e sempre con riferimento all'ordinamento tedesco. Questa volta su ricorso della Commissione europea che, nell'ambito di un ricorso per inadempimento, ha contestato alla Repubblica federale tedesca di subordinare l'annullamento, da parte del giudice competente,

---

<sup>286</sup> Così recita l'art. 10-*bis*, cit.: *“(…) Gli Stati membri stabiliscono in quale fase possono essere contestati le decisioni, gli atti o le omissioni. Gli Stati membri determinano ciò che costituisce un interesse sufficiente e una violazione di un diritto, compatibilmente con l'obiettivo di offrire al pubblico interessato un ampio accesso alla giustizia”*

di una decisione amministrativa che ricade nell'ambito di applicazione dell'articolo 11 della direttiva 2011/92<sup>287</sup> – che abroga e sostituisce l'art. 10-*bis* della direttiva 85/337/CEE - all'esistenza di un nesso di causalità tra il vizio di procedura dedotto e l'esito della decisione amministrativa di cui trattasi. Nel caso di specie, viene in rilievo direttamente l'art. 46 della legge sul procedimento amministrativo tedesco, che, come noto, esige la sussistenza di un nesso di causalità tra il vizio di procedura dedotto e l'esito della decisione amministrativa contestata affinché l'organo giurisdizionale competente possa pronunciare l'annullamento della decisione medesima.

La Corte, allineandosi alla sua precedente decisione, ha stabilito che costituisce una violazione dell'articolo 11 della direttiva 2011/92 *non* la circostanza che il diritto nazionale subordini l'annullamento di una decisione viziata alla prova dell'incidenza del vizio sul suo contenuto, bensì che ponga *“a carico del ricorrente «membro del pubblico interessato» l'onere della prova dell'esistenza di un nesso di causalità tra il vizio di procedura che egli deduce e l'esito della decisione amministrativa”*<sup>288</sup>.

I casi sopra esaminati sono indubbiamente rilevanti.

L'ottica sostanzialistica assunta dalla Corte nei ricorsi avverso atti delle istituzioni europee per errori procedurali o di forma è, dunque, coerentemente trasposta nelle decisioni su rinvii pregiudiziali o ricorsi per inadempimento, confermando la compatibilità europea di disposizioni nazionali che subordinano l'annullamento della decisione viziata alla verifica dell'effettiva incidenza causale del vizio sul contenuto sostanziale dell'atto purché non si ponga un onere di prova in tal senso in capo al ricorrente. Sotto quest'ultimo profilo, appare dunque compatibile l'orientamento maggioritario della giurisprudenza nazionale che, con riferimento alla censura di omessa comunicazione di avvio del procedimento, si limita a porre in capo al ricorrente soltanto l'onere di allegare gli elementi che avrebbe esposto

---

<sup>287</sup> Normativa di grande rilevanza perché recepisce la convenzione Arhus sulla partecipazione in materia ambientale.

<sup>288</sup> Cfr. Corte giust., sez. II, 15 ottobre 2015, causa C-683/2015, *Commissione europea/Repubblica federale di Germania*.



nel procedimento e non anche la prova della loro idoneità ad esibire un contenuto diverso della decisione impugnata<sup>289</sup>.

Alle medesime conclusioni è giunta la quinta sezione della Corte di giustizia nella sentenza Kamino, avente ad oggetto la violazione del diritto di difesa nella materia del recupero dei dazi doganali all'importazione.

Chiamata ancora una volta a pronunciarsi sulla compatibilità dell'approccio finalistico nazionale rispetto alle garanzie procedurali, questa volta con stretto riferimento al diritto di difesa, la Corte conferma con vigore i propri precedenti orientamenti.

Nel procedimento principale, le imprese Kamino e Datema lamentavano di non essere state sentite dall'ispettore delle imposte olandesi prima che fosse stata emessa l'intimazione di pagamento per il recupero di un supplemento di dazi doganali<sup>290</sup>. Giunte fino alla Corte di cassazione olandese, quest'ultima ha ritenuto di sospendere il procedimento e di sottoporre, per quanto qui rileva, la seguente questione pregiudiziale: se, al fine di stabilire gli effetti giuridici della violazione del diritto di difesa, il giudice *“possa tener conto della circostanza che la procedura, senza la violazione del principio di diritto dell'Unione relativo al rispetto dei diritti della difesa da parte dell'amministrazione, avrebbe potuto eventualmente avere un esito diverso”*. Nel caso di specie, peraltro, gli interessati medesimi avevano riconosciuto che il procedimento di reclamo non avrebbe avuto un esito diverso se fossero stati sentiti prima della decisione controversa, dal momento che non contestavano la classificazione doganale operata dall'amministrazione fiscale.

La Corte, dopo aver ricordato che il diritto di essere sentiti costituisce un principio fondamentale del diritto europeo anche qualora non sia espressamente previsto dalla normativa di riferimento, ha precisato che *“secondo il diritto dell'Unione, una violazione dei diritti della difesa, in particolare del diritto di essere sentiti, determina l'annullamento del provvedimento adottato al termine del procedimento*

---

<sup>289</sup> Cfr. *supra* Capitolo I, sezione II, par. 3.

<sup>290</sup> Occorre precisare che né il codice doganale né il diritto nazionale applicabile contengono disposizioni procedurali che impongano alle autorità doganali di concedere ad un soggetto, debitore di dazi doganali, prima di procedere alla notifica di un'obbligazione doganale ai sensi dell'articolo 221, paragrafo 1 del codice doganale, la possibilità di manifestare la sua posizione riguardo agli elementi su cui si fonda il recupero *a posteriori*.

*amministrativo di cui trattasi soltanto se, in mancanza di tale irregolarità, tale procedimento avrebbe potuto comportare un risultato diverso". Pertanto, "l'obbligo che incombe al giudice nazionale di garantire pienamente l'effetto del diritto dell'Unione non comporta la conseguenza d'imporre che una decisione impugnata, poiché adottata in violazione dei diritti della difesa, segnatamente del diritto di essere sentiti, sia annullata nella totalità dei casi".*

La fermezza mostrata dalla Corte di giustizia nelle sentenze in parola fa ritenere, verosimilmente, che siffatto orientamento sia destinato a consolidarsi nella giurisprudenza europea nel prossimo futuro, potendo contare già su un fascio di pronunce consistente che subordina l'annullamento dell'atto impugnato per violazione del diritto di difesa e delle regole procedurali alla verifica che l'atto, in assenza di tale vizio, sarebbe potuto essere differente<sup>291</sup>.

Quanto all'ordinamento nazionale, è utile riferire, seppur brevemente, del vivace dibattito che la citata sentenza Kamino (che, ricordiamo, verteva proprio in materia di tributi armonizzati) ha suscitato tra le Commissioni tributarie e la Cassazione civile sull'esistenza o meno di un obbligo generale dell'amministrazione finanziaria di instaurare preventivamente un contraddittorio con il destinatario della decisione, indipendentemente dal fatto che ciò sia previsto o meno da una norma positiva.

La recentissima ordinanza della Corte di Cassazione, sez. VI, 11 settembre 2017, n. 21071 ha stabilito che non esiste nell'ordinamento tributario nazionale un principio generale che, in caso di tributi non armonizzati (es. Irap/Irpef), impone all'Amministrazione finanziaria un obbligo generalizzato di instaurare un preventivo contraddittorio con il contribuente, sussistendo soltanto nei casi espressamente previsti dalla legge (cfr. art. 12, comma 7, l. n. 212/2000)<sup>292</sup>.

Diversamente, in materia di tributi armonizzati (es. Iva), conformemente a quanto stabilito dalle pronunce della Corte di giustizia, *"l'Amministrazione è gravata di un*

---

<sup>291</sup> Nel frattempo, gli influssi sembrano essere già arrivati nell'ordinamento italiano, dove le pronunce esaminate hanno fatto ritenere, ad una parte della nostra giurisprudenza, sostanzialmente superato il problema della compatibilità dell'art. 21-*octies*, comma 2, con il diritto europeo. Cfr. Tar Campania, Napoli, sez. VI 02 aprile 2014, n. 1916; ID. 07 maggio 2014, n. 2495; ID., 20 novembre 2014, n. 5990.

<sup>292</sup> In senso contrario si veda Cass., SSUU, 18 settembre 2014, n. 19667.

*obbligo generale di contraddittorio endoprocedimentale, la cui violazione comporta l'invalidità dell'atto", "purché il contribuente abbia assolto all'onere di enunciare in concreto le ragioni che avrebbe potuto far valere e non abbia proposto un'opposizione meramente pretestuosa".*

La Suprema Corte ha così aderito ai principi precedentemente sanciti dalle Sezioni Unite della Cassazione in tema di contraddittorio preventivo per gli accertamenti a tavolino con la sentenza 9 dicembre 2015, n. 24823, che si era dichiaratamente conformata alla pronuncia Kamino della Corte di giustizia.

La duplicità di regime giuridico che ne consegue ha tuttavia introdotto una irragionevole differenziazione in termini di tutela tra tributi armonizzati e non, pertanto si ritiene che la questione sia ancora aperta ed esposta a possibili cambiamenti.

#### **5. L'obbligo di motivazione nelle recenti sentenze della Corte di giustizia: una prova di resistenza per l'ordinamento italiano.**

Se nella giurisprudenza dell'Unione europea il difetto di motivazione determina sempre l'annullamento dell'atto – per le ragioni che sono state meglio esplicitate sopra -, il problema può divenire quello di capire se gli Stati Membri possano essere considerati inadempienti qualora la violazione dell'obbligo di motivazione sia invece ritenuto di per sé inidoneo a determinare l'annullamento del provvedimento impugnato qualora quest'ultimo risulti sostanzialmente legittimo.

Come noto, infatti, a partire dalla sentenza *Heylens* del 1987<sup>293</sup>, la giurisprudenza europea ha statuito l'estensione del dovere di motivazione a tutti gli atti nazionali lesivi di posizioni giuridiche tutelate dai Trattati o dal diritto derivato, ritenendo ingiustificate anche le restrizioni derivanti da esigenze di semplificazione del procedimento amministrativo.

---

<sup>293</sup> Corte giust., 15 ottobre 1987, causa C-222/86, *Unectef/Heylens e altri*, originata da un procedimento penale a carico dell'allenatore e dei dirigenti di una squadra di calcio francese, per aver assunto il primo – cittadino belga – in assenza del patentino previsto dalla legislazione transalpina o di un altro titolo straniero equipollente. Sul caso *Heylens*, cfr. in dottrina, C. QUABECK, *Dienende Funktion des Verwaltungsvorfahrtthrens und Prozeduralisierung*, Tubingen, 2010, 138 ss.; G. ANTHONY, *UK Public Law & European Law. The dynamics of legal integration*, Portland, 2002, 125 ss.; J. JACOBS, *The influence of European Law on public Law in the United Kingdom*, in *Cambridge Yearbook. Eu. L. St.*, 1999, 3 ss.

L'impatto di queste sentenze, tuttavia, non è stato sistematico a livello dei singoli ordinamenti nazionali, rispetto ai quali gli orientamenti della Corte assumono talora contorni sfumati<sup>294</sup>. D'altra parte, che la disciplina della motivazione per gli atti delle istituzioni europee non possa essere invocata a modello assoluto per le amministrazioni nazionali, anche a salvaguardia dell'autonomia procedurale degli Stati membri, è stato precisato dalla stessa Corte di giustizia<sup>295</sup>.

Le considerazioni appena svolte – che l'economia del presente lavoro impedisce di svolgere più approfonditamente – sono state condensate variamente in un rinvio pregiudiziale sollevato dalla Corte dei Conti italiana nell'ambito di una controversia in materia pensionistica.

Nel procedimento principale, la sig.ra Cicala aveva proposto un ricorso per l'annullamento di un provvedimento della Regione siciliana per difetto di motivazione, non essendole possibile determinare i presupposti di fatto e di diritto che giustificavano la riduzione della sua pensione ed il recupero delle somme versate. La Regione siciliana deduceva, a tal riguardo, che la decisione impugnata rivestiva natura di atto vincolato e che il contenuto dispositivo della medesima non avrebbe potuto essere diverso da quello adottato. Nel corso del procedimento giurisdizionale, l'amministrazione aveva peraltro fornito maggiori indicazioni sulle ragioni poste alla base della decisione contestata ed aveva concluso per l'impossibilità del suo annullamento ai sensi dell'art. 21-octies, l. n. 241/1990.

La Corte dei Conti, facendo leva sull'obbligo di motivazione degli atti come previsto dall'art. 296, comma 2, TFUE e dall'art. 41 della CDUE, ha sollevato, per quanto qui rileva, la seguente questione pregiudiziale: *“Se l'art. 21 octies, [n. 2, prima frase] della legge n. 241/1990, così come interpretato dalla giurisprudenza amministrativa, in relazione all'obbligo di motivazione dell'atto amministrativo sancito dall'art. 3 della medesima legge n. 241/1990 e dalla legge regionale della Sicilia n. 10/1991, (...) sia compatibile con l'art. 1 della legge n. 241/1990, ove si prevede l'obbligo dell'amministrazione di applicare i principi dell'ordinamento dell'Unione europea, e,*

---

<sup>294</sup> Sulla difficoltà di isolare “regole” e “principi” dell'azione amministrativa europea, anche ai fini della loro applicabilità negli ordinamenti nazionali, cfr. G. DELLA CANANEA, *Il rinvio ai principi dell'ordinamento comunitario*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2010, 99.

<sup>295</sup> Il riferimento, in particolare, è a Corte giust., 17 giugno 1997, causa C-70/95, *Sodemare*.

*conseguentemente, sia compatibile ed ammissibile l'interpretazione e l'applicazione della possibilità per l'amministrazione di integrare la motivazione del provvedimento amministrativo in sede processuale".*

In altre parole, secondo la Corte dei Conti, poiché l'art. 1, comma 1, l. n. 241/1990 contiene un rinvio ai principi tratti dall'ordinamento giuridico dell'Unione europea, occorrerebbe considerare che l'obbligo di motivazione sancito a livello europeo si applichi a tutti gli atti adottati da un'amministrazione nazionale. Pertanto, qualora il giudice italiano dovesse applicare l'art. 21-*octies* al vizio di difetto di motivazione, si discosterebbe dalla giurisprudenza europea in materia, al cui rispetto sarebbe invece obbligato in forza del rinvio contenuto nell'art. 1, l. n. 241/90.

Nel caso di specie, era pacifico che la controversia di cui alla causa principale vertesse su disposizioni di diritto nazionale applicabili in un contesto puramente nazionale, senza che venissero in rilievo posizioni giuridiche tutelate dal diritto europeo.

Proprio a tale ultimo proposito, la Corte di giustizia<sup>296</sup> ha precisato che un'interpretazione di disposizioni del diritto dell'Unione in situazioni puramente interne si giustifica soltanto se siano state rese applicabili dal diritto nazionale in modo diretto ed incondizionato, al fine di assicurare un trattamento identico alle situazioni interne e a quelle disciplinate dal diritto dell'Unione.

Ebbene, a tale proposito, a giudizio della Corte UE l'art. 1, l. n. 241/90 rinvia "*in modo generale*" ai "*principi dell'ordinamento comunitario*", ma non specificamente agli artt. 296, comma 2, TFUE e all'art. 41 CDUE, o ad altre disposizioni del diritto dell'Unione inerenti l'obbligo di motivazione dei provvedimenti<sup>297</sup> e ha pertanto concluso che "*non si può considerare che le disposizioni interessate dalle questioni proposte, in quanto tali, siano state rese applicabili in modo diretto dal diritto italiano*". Di conseguenza, il giudice di Lussemburgo ha negato la propria competenza a valutare la conformità dell'art. 21-*octies* ai principi europei in

---

<sup>296</sup> Corte giust., 21 dicembre 2011, causa C-482/10, *Cicala/Regione siciliana*.

<sup>297</sup> La Corte ha peraltro precisato in un inciso (cfr. punto 28 della sentenza) che gli artt. 296, comma 2, TFUE e 41 CDUE "*sono dirette, alla luce della loro formulazione, non già agli Stati membri, bensì unicamente alle istituzioni ed agli organi dell'Unione*".

materia di motivazione dei provvedimenti amministrativi, ribadendo la netta distinzione tra disciplina nazionale ed europea, anche ai sensi dell'art. 41 CDUE.

La medesima impostazione, sorretta dalle stesse argomentazioni, è stata ribadita dalla Corte di giustizia due anni più tardi, ancora una volta in una pronuncia resa sul rinvio pregiudiziale sollevato dalla Corte dei Conti sempre nell'ambito di una controversia in materia pensionistica<sup>298</sup>.

Tralasciando in questa sede ogni considerazione sul merito dei rinvii svolti dalla Corte dei Conti – che appaiono un (malcelato) tentativo di ottenere un'opinione dalla Corte di giustizia sulla correttezza di norme nazionali e indirizzi giurisprudenziali nazionali che escludono l'obbligo di motivazione dei provvedimenti amministrativi in determinati settori (a sola rilevanza nazionale) o nella ricorrenza di determinate circostanze, come quelle che vengono identificate nella casistica giurisprudenziale di applicazione dell'art. 21-*octies* della l. 241/90<sup>299</sup> – le pronunce della Corte di giustizia contengono spunti di riflessione interessanti per la presente indagine.

Se, infatti, le pronunce in parola non apportano alcun contributo in merito all'astratta compatibilità dell'art. 21-*octies* con il diritto dell'Unione europea sull'obbligo di motivazione<sup>300</sup>, un dato sembra essere stato chiarito: il rinvio ai principi dell'ordinamento comunitario contenuto nell'art. 1, l. n. 241/90 non implica affatto che le singole disposizioni di diritto UE con riferimento all'obbligo di motivazione, così come tutti gli altri principi europei in materia procedimentali, siano stati per ciò solo resi applicabili in modo diretto e incondizionato a situazioni puramente interne, non disciplinate dall'Unione europea<sup>301</sup>.

---

<sup>298</sup> Cfr. Corte giust., 07 novembre 2013, causa C-312/12, *Giuseppa Romeo/Regione siciliana*.

<sup>299</sup> Sull'uso poco ortodosso del rinvio pregiudiziale *ex art.* 267 TFUE, cfr. D.U. GALETTA, *Riflessioni sull'ambito di applicazione dell'art. 41 della Carta dei diritti UE sul diritto ad una buona amministrazione, anche alla luce di alcune recenti pronunce della Corte di giustizia*, in *Il Dir. dell'Unione Europea*, 2013, 133 ss.

<sup>300</sup> E' di diversa opinione P. PROVENZANO, *Art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e integrazione postuma della motivazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2013, 1115 ss., secondo il quale, dalla circostanza che la Corte si sia in entrambi i casi limitata a dirsi non competente a risolvere la questione interpretativa che le è stata sottoposta, senza quindi prendere posizione, può trarsi un implicito riconoscimento dell'estraneità al diritto UE dell'art. 21-*octies*.

<sup>301</sup> Si richiamano le interessanti riflessioni svolte sul punto in dottrina prima della pronuncia della Corte: cfr. E. STRADELLA, *La tutela contro i vizi di forma e nel procedimento*,

Per quanto qui interessa, sembrano allora disattese le conclusioni cui era giunta una parte della letteratura, che ha riconosciuto nel rinvio contenuto nell'art. 1, l. n. 214/90 la capacità di produrre un effettivo depotenziamento in via interpretativa delle ipotesi di applicazione dell'art. 21-*octies*, anche con riferimento a fattispecie non rilevanti ai fini del diritto UE<sup>302</sup>.

---

*alla luce della nuova disciplina del procedimento amministrativo: spunti di riflessione*, in A. MASSERA (a cura di), *Le tutele procedurali. Profili di diritto comparato*, Napoli, 2007, 467 ss., secondo la quale “*pare difficile immaginare che la disposizione contenuta nel Trattato-Costituzione, o quella inserita nella Carta europea dei diritti, possano considerarsi direttamente contrastanti, e quindi prevalenti, sull'art. 21-*octies*, per lo meno per quanto attiene ai procedimenti amministrativi nazionali, e non inerenti fattispecie comunitarie*”, in quanto sarebbe “*di poco conto il riferimento introdotto all'art. 1 della nuova legge sul procedimento (...) poiché collocato in fonte di pari rango e per di più generale rispetto alla norma di cui all'art. 21-*octies*; il comma 1 dell'art. 117 Cost. opera infine richiamo ai “vincoli” derivanti dall'ordinamento comunitario, in cui meglio entrerebbero quelle norme che, in particolare sotto forma di direttive del Parlamento ovvero del Consiglio (...), richiedono specifici adeguamenti delle legislazioni nazionali ai fini della implementazione di provvedimenti amministrativi trasparenti, partecipati e idoneamente giustificati*”.

<sup>302</sup> Si veda in tal senso quanto è stato autorevolmente affermato da D.U. GALETTA, *Diritto ad una buona amministrazione e ruolo del nostro giudice amministrativo dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, in *Dir. amm.*, 2010, 611 ss., secondo la quale “*le garanzie in favore del cittadino previste dalla l. 241/90, se fino a ieri, con la collaborazione dei nostri giudici amministrativi, potevano soltanto uscire dalla finestra (inopportuna aperta dal nostro legislatore con l'introduzione dell'art. 21-*octies* nell'impianto della l. 241/90) ora possono e debbono, invece, con la loro collaborazione, rientrare dalla porta dell'art. 41 della Carta europea dei diritti di Nizza, che sancisce il diritto ad una buona amministrazione. Porta la cui chiave è (...) la previsione dell'art. 1, l. 241/90, come novellata dalla stessa l. 15/2005 (...)*”.

**CAPITOLO III**  
**L'AMMINISTRAZIONE DI RISULTATO" NELL'ESPERIENZA**  
**DELL'ORDINAMENTO GIURIDICO OLANDESE\***

**1. La giustizia amministrativa olandese. Le premesse storiche di una riforma radicale**

L'esperienza giuridica olandese rappresenta l'esempio di come un ordinamento giuridico possa evolvere nel tempo per adattare i caratteri tradizionali del proprio sistema di giustizia amministrativa ai bisogni che emergono nella società, all'interno di una cornice di ampio confronto tra Parlamento e scienza giuridica nazionale.

Per comprendere ed apprezzare a fondo l'attuale assetto della giustizia amministrativa olandese e la sua utilità ai fini del presente lavoro, occorre innanzitutto individuare la cornice storica entro la quale le riforme hanno avuto origine e le ragioni che le hanno determinate.

La disciplina del diritto amministrativo olandese, sostanziale e processuale, si trova racchiusa in unica legge, la *Awb - Algemene wet bestuursrecht* (legge generale sul diritto amministrativo, di seguito anche solo "Awb"), la cui gestazione è stata molto lunga.

Nel 1982 il governo ha dato inizio ai lavori, guidati dall'allora Ministro della giustizia Michiel Scheltema, che si sono conclusi nel 1994 con l'entrata in vigore del Awb<sup>303</sup>.

La prima parte della legge contiene la disciplina del procedimento amministrativo, che prevede, tra l'altro, tutta una serie di garanzie procedurali in favore del destinatario del provvedimento finale, mentre la seconda parte disciplina le

---

· Il presente Capitolo è stato scritto a seguito di un periodo di ricerca svolto presso l'Università di Leiden, Olanda, attraverso l'organizzazione LERU-*League of European Research Universities*.

<sup>303</sup> Per la consultazione della versione integrale del Awb, si rinvio al sito [www.rijksoverheid.nl](http://www.rijksoverheid.nl).



modalità di accesso alla tutela giurisdizionale e i poteri del giudice nei confronti di una decisione amministrativa illegittima<sup>304</sup>.

La versione originaria del Awb era costruita tutta attorno alla decisione amministrativa e il giudizio era impostato in chiave impugnatoria: in caso di decisione illegittima, il giudice pronunciava una sentenza di annullamento con l'obiettivo di restaurare la legalità violata e rimetteva la questione all'autorità amministrativa affinché riprovvedesse, conformandosi al *dictum* giudiziale. Il destinatario del provvedimento avrebbe, naturalmente, potuto impugnare il nuovo provvedimento adottato dall'amministrazione se ritenuto nuovamente illegittimo e, allora, l'intero processo era destinato a ripetersi in maniera ciclica: un secondo giudizio, una eventuale seconda sentenza di annullamento, alla quale sarebbe seguita l'adozione di una nuova decisione e, probabilmente, una nuova impugnazione, e così via<sup>305</sup>.

Il fenomeno appena descritto è stato icasticamente definito con il termine "*ping-pong amministrativo*". L'espressione rende bene l'idea del continuo rimpallo (c.d. *jo-jo effect*) della medesima fattispecie giuridica tra giudice e amministrazione; rimpallo che mette al centro la legittimità del provvedimento amministrativo piuttosto che la fondatezza o meno della situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio.

La struttura tradizionale della giustizia amministrativa olandese, intesa come processo sulla legittimità dell'atto ai fini del ripristino, mediante il potere di

---

<sup>304</sup> Occorre precisare che in Olanda, come in Italia, la giurisdizione è ripartita tra giudice ordinario e giudice amministrativo. Con riferimento alla giurisdizione amministrativa, il sistema di riparto delle competenze è molto complesso, venendo in rilievo differenti corti a seconda della materia. In via generale, comunque, possiamo individuare come giudice di primo grado di maggiore importanza il ABRvS (Divisione amministrativa del Consiglio di Stato), che si occupa delle controversie in materia di diritto ambientale, immigrazione, etc.; come giudice di secondo grado abbiamo il CRvB (Tribunale centrale di appello) che si occupa delle controversie in materia di sicurezza sociale e il CBb (Tribunale di appello per il commercio e l'industria) che si occupa delle controversie nel campo del diritto pubblico dell'economia. Per informazioni più dettagliate sul punto e, in generale, sulla struttura del Awb, si rinvia a R. SEERDEN - F. STROINK, *Administrative Law in the Netherland*, in R. SEERDEN, F. STROINK (a cura di), *Administrative Law of the European Union, its Member States and United States. A comparative analysis*, Cambridge, 2007, 155-219.

<sup>305</sup> Per una più ampia ricostruzione del sistema di giustizia amministrativa antecedente alle recenti riforme, si veda O.F. ESSENS - M.J.M. VERHOEVEN, *Traditional variations in the Dutch Administrative Judicial System*, in R. CARANTA - A. GERBRANDY, *Traditions and Change in European Administrative Law*, Groningen, 2011, 165 ss.

annullamento, dell'ordine giuridico violato, è stata nel tempo avvertita come un limite ad una effettiva tutela giurisdizionale ed un ostacolo alla crescita economica del Paese, dispendiosa in termini di tempo e di risorse economiche. Cittadini, imprese, investitori e rappresentanti delle classi politiche, soprattutto con l'avvento della crisi economica, hanno cominciato a ravvisare nel *ping-pong* amministrativo la causa dei ritardi che paralizzavano l'implementazione dei progetti di rilancio dell'economia intrapresi dalle amministrazioni locali e, più in generale, della diffusa insoddisfazione nei confronti del potere giurisdizionale<sup>306</sup>.

Come è stato perspicacemente rilevato in sede di dibattito parlamentare per la riforma della giustizia amministrativa dal ministro Scheltema, un cittadino non è affatto interessato alla decisione del giudice che rileva il vizio di legittimità della decisione impugnata; ciò che realmente vuole sapere dal giudice è se il suo vicino può costruire un'industria sul suo terreno, se può ottenere i benefici richiesti all'amministrazione o quando potrà usufruire di certi servizi pubblici, e vuole saperlo in tempi certi e ragionevoli<sup>307</sup>.

La sensazione diffusa di inefficienza del sistema di giustizia amministrativa era rafforzata dal convincimento di fondo delle corti amministrative, secondo le quali, garantire il rispetto delle garanzie procedurali da parte dell'amministrazione tramite l'annullamento della decisione fosse l'unico modo per tutelare la posizione giuridica del ricorrente, dal momento che un giudizio sulla spettanza della pretesa del ricorrente poteva avere luogo soltanto nell'ambito di un ricorso amministrativo, nel rispetto del principio di separazione dei poteri<sup>308</sup>.

---

<sup>306</sup> Un'efficace denuncia delle problematiche connesse al sistema di giustizia amministrativa olandese tradizionale si rinviene in R. NEERHOF - R. SCHLOSSELS - M. DE WERD, *Enige tegenstrijdige opmerkingen naar aanleiding van het rapport Van Kemenade*, in *JB*, 1997, 1254 ss.; B.W.N. DE WAARD, *Knellend bestuursrecht. Reactie op het rapport "bestuur in geding", van de werkgroep Van Kemenade*, in *NTB*, 1998, 60.

<sup>307</sup> Cfr. il discorso di Mr. Scheltema sull'emendamento al Awb, 2011/32 450, n. 9, il quale, dopo aver fatto gli esempi ripresi nel testo, ha chiarito che: "Non è sufficiente che il giudice affermi che una certa regola non è stata rispettata, egli deve anche decidere qual è l'impatto sulla situazione giuridica del ricorrente".

<sup>308</sup> Sulle ragioni di tale *self-restraint* da parte dei giudici olandesi, si veda l'analisi di S. RANCHORDAS - B. DE WAARD, *The judge and the proportionate use of discretion. A comparative study*, Routledge, 2016.

## **2. Il conflitto tra giusto procedimento, efficienza e tutela giurisdizionale effettiva. L'attuale sistema giuridico olandese**

Le numerose critiche mosse nei confronti del sistema di giustizia amministrativa sopra illustrato hanno avviato nell'ultimo decennio un acceso dibattito tra Parlamento e scienza giuridica. La metamorfosi perseguita ha visto come filo conduttore la necessità di costruire un processo più efficiente dal punto di vista sia delle risorse impiegate sia del tipo di tutela offerta al ricorrente avverso una decisione amministrativa illegittima<sup>309</sup>.

Il lungo percorso di riforme, che può ricostruirsi dettagliatamente attraverso la lettura dei numerosissimi documenti relativi ai lavori parlamentari<sup>310</sup>, è terminato il 25 aprile 2013 con l'adozione di un emendamento al Awb che ha cambiato notevolmente il volto della giustizia amministrativa olandese.

La disposizione chiave attorno alla quale è ruotato l'impianto della riforma è l'art. 8:41 a) Awb, il quale stabilisce che *"Il giudice amministrativo deve risolvere la controversia quanto più definitivamente è possibile"*. Nel nuovo modello processuale proposto, quindi, il giudice non può più limitarsi ad annullare la decisione amministrativa illegittima, ma deve spingersi oltre, cercando di individuare ed analizzare in giudizio tutte le questioni rilevanti per risolvere definitivamente la controversia giudiziaria sorta tra l'amministrazione e il ricorrente. Il giudice viene disegnato come *"risolutore di conflitti e disciplinatore immediato dell'azione amministrativa"*<sup>311</sup>, all'interno di un processo che diventa il luogo in cui l'accertamento della fondatezza della pretesa sostanziale del ricorrente viene posto al centro e l'azione amministrativa trova il suo conclusivo svolgimento (salvo il caso, naturalmente, dell'eventuale impugnazione della sentenza).

---

<sup>309</sup> Tratteggiano bene le istanze di rinnovamento, B.L. SCHUELLER, *De grote verandering. Finaliteit in een nieuw bestuursprocesrecht*, in *JBplus*, 2012, 110 ss.; CH.W. BACKES - E.M.J. HARDY - A.M.L. JANSEM - S. POLLEUNIS - R. TIMMERS - M.A. POORTINGA - E. VERSLUIS, *Evaluatie bestuurlijke Lus Awb en internationale rechtsvergelijking*, The Hague, Ministry of Security and Justice, 2014. Si veda anche, tra i documenti parlamentari, Kamerstukken II, 2007/08, 31 352, n. 3.

<sup>310</sup> I report si possono trovare sul sito del governo olandese [www.overheid.nl](http://www.overheid.nl).

<sup>311</sup> L'immagine del giudice richiamata da Mario Nigro sembra rispecchiare perfettamente quella tratteggiata nella riforma olandese del 2013. V. M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la Pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, ora in *Scritti giuridici*, III, Milano, 1996.

Per rendere concreto l'obiettivo espresso nell'art. 8:41 a) sopra citato, l'emendamento ha inserito nel Awb una serie di disposizioni che hanno ampliato i poteri del giudice amministrativo, relegando nello sfondo, come ultima soluzione percorribile, la decisione di annullare il provvedimento illegittimo per rimettere la questione all'amministrazione.

L'intervento riformatore del legislatore ha trovato *humus* fertile nella prassi delle corti amministrative che, già a partire dal 2007, avevano cominciato ad allargare le maglie di strumenti già previsti nel Awb per garantire forme di tutela più ampia al ricorrente leso da un'azione amministrativa illegittima<sup>312</sup>.

Nel nuovo strumentario del giudice amministrativo, in particolare, si rinviene una disposizione assimilabile al nostro art. 21-*octies*, comma 2, l. 241/90, ossia l'art. 6:22 Awb. Questa circostanza giustifica senza dubbio, ai fini del presente lavoro, l'interesse per uno studio comparato con l'ordinamento giuridico olandese. L'indagine, tuttavia, non si concentrerà soltanto sulla disposizione da ultimo citata, ma avrà un raggio più ampio. Ciò perché, da una parte, considerata la stretta connessione dell'art. 6:22 Awb con altri rimedi simili a disposizione del giudice amministrativo olandese, i risultati della ricerca si rivelerebbero incompleti e insoddisfacenti; dall'altra parte, perché una panoramica più ampia del sistema di giustizia amministrativa olandese e del percorso compiuto verso l'individuazione di un giusto equilibrio tra tutela delle garanzie procedurali e ricerca di una maggiore efficienza sia dell'azione amministrativa sia della tutela giurisdizionale, all'interno di un quadro retto dal principio di legalità e di separazione dei poteri, ci consente di apprezzare soluzioni tanto inesplorate quanto osteggiate nel nostro ordinamento.

### ***3. Tipologie di remedies a disposizione del giudice amministrativo olandese.***

Nell'ipotesi in cui il ricorso amministrativo sia fondato, il giudice amministrativo olandese ha davanti a sé le seguenti opzioni, tutte alternative ad una pronuncia di mero annullamento:

---

<sup>312</sup> Cfr. ABRS, 10 novembre 2008, JB 2009/39; ABRS, 12 agosto 2009, AB 2009/368; CRvB, 03 novembre 2010, AB 2010/341 e AB 2011/243; CRvB, 14 marzo 2011, JB 6843/2011.

1) *mantenere fermi gli effetti del provvedimento amministrativo*

Ai sensi dell'art. 8:72, comma 3, punto a), Awb, "il giudice amministrativo può decidere di mantenere fermi, tutti o solo in parte, gli effetti di un provvedimento amministrativo annullato o annullato solo in parte".

Il giudice, quindi, dopo aver ritenuto fondate le censure sollevate dal ricorrente e, per questo motivo, annullato il provvedimento impugnato, può ciononostante decidere di mantenerne comunque fermi gli effetti.

La disposizione, presente fin dall'entrata in vigore del Awb nel 1994, non fornisce alcuna altra indicazione operativa né è possibile rinvenire elementi utili in tal senso nei documenti parlamentari.

Per individuare i presupposti di applicazione della disposizione in esame occorre, pertanto, fare riferimento alla casistica giurisprudenziale, dalla quale emerge che la decisione di mantenere fermi gli effetti di un provvedimento annullato è adottata sia in caso di vizi formali sia in caso di vizi sostanziali se, alla luce degli atti di causa, il giudice ritenga che il contenuto dispositivo del provvedimento non avrebbe comunque potuto essere differente. In tale circostanza, il giudice può quindi decidere di mantenere fermi gli effetti della decisione comunque annullata, per ovvie ragioni di efficienza, invece di dare avvio ad un *ping-pong* amministrativo che porterebbe alla riadozione della medesima decisione sostanzialmente legittima<sup>313</sup>.

L'impostazione riecheggia quella del nostro art. 21-*octies*, comma 2, ma le potenzialità applicative sono di gran lunga maggiori, perché il colloquio tra il giudice e le parti è in grado di fare emergere la controversia nei suoi termini reali, senza che ricorrano limiti all'acquisizione di fatti nel processo da parte del giudice.

---

<sup>313</sup> Cfr., *ex multis*, ABRvS, 31 luglio 2013, RVS 529, JB 2013/183. In dottrina, v. A.T MARSEILLE – R.R. VAN DER HEIDE, *De onderbenutting van de mogelijkheden tot finale beslechting door de bestuursrechter* ('The insufficient use of options for final settlement by administrative courts'), in *JBplus* 2008, p. 83; P. WILLEMSSEN – R. BUSSCHER – N. GROOT – P. LANGBROEK, L. LANGERAK, *Final Dispute settlement in numbers: report of an examination of final dispute settlement in the Utrecht District Court*, in *Transylvania Review of Administrative Sciences*, 2009, 137, ove viene evidenziato che nella maggior parte dei casi in cui il giudice amministrativo tiene fermi gli effetti del provvedimento annullato, la decisione è basata sulla mera osservazione che gli effetti del provvedimento possono essere mantenuti, senza una particolare argomentazione sul punto da parte del giudice.

Un caso esemplificativo riguarda la decisione del Segretario di Stato per il traffico e i pubblici lavori di modificare la rotta di un canale dalla città di Den Bosch a quella di Maastricht. Un cospicuo gruppo di cittadini impugnarono la decisione e, nel marzo 2010, il ABRvs ha annullato la decisione sulla base della violazione dell'obbligo di motivazione, della mancata considerazione di tutti gli interessi rilevanti nel caso di specie e della violazione di alcune disposizioni del codice ambientale. In una successiva udienza, però, la Corte chiese all'amministrazione di chiarire le ragioni che l'avevano spinta a modificare la rotta del canale, al fine di comprendere se fosse possibile mantenerne fermi gli effetti. L'amministrazione portò allora in giudizio, in contraddittorio con i ricorrenti, tutta una serie di informazioni e argomentazioni volte a dimostrare l'assenza, nel caso di specie, di alternative decisorie. La Corte, dopo aver esaminato tutti gli elementi rilevanti della fattispecie, ha deciso di mantenere fermi gli effetti del provvedimento impugnato e ha invitato l'amministrazione a monitorare il flusso del canale e a consentire in futuro maggiore partecipazione ai cittadini<sup>314</sup>.

La disposizione in esame trova applicazione, come si diceva, anche nel caso di vizi sostanziali. Si pensi all'ipotesi in cui l'amministrazione non abbia idoneamente considerato tutti gli interessi in gioco prima di adottare la decisione *sub iudice*. Il giudice certamente annulla il provvedimento, ma può al contempo consentire all'amministrazione medesima di dimostrare in giudizio che detti interessi, quand'anche fossero stati considerati nel corso del procedimento, non avrebbero cambiato il contenuto della decisione impugnata. A questo punto, il giudice, se ritiene che la rinnovata valutazione posta in essere dall'amministrazione in corso di giudizio sia ragionevole e non contraddittoria e che gli accertamenti di fatto e in diritto condotti, insieme alle risultanze del procedimento, non lascino effettivamente spazio a possibili esiti differenti, può decidere di mantenere fermi gli effetti del provvedimento annullato in ragione dell'accertata correttezza dell'assetto di interessi ivi stabilito.

---

<sup>314</sup> Cfr. ABRvs, 24 marzo 2010, 200806140/I/Ri. Siffatta modalità di applicazione della disposizione in esame richiama la procedura per l'applicazione dell'*administrative loop* introdotto nel 2010 nel Awb, mostrando la tendenza sopra richiamata delle Corti olandesi nel periodo precedente alle riforme legislative ad espandere le maglie di disposizioni vigenti per garantire una soluzione definitiva della controversia.

A tale ultimo proposito, appare utile richiamare una recente pronuncia, nella quale il giudice, dopo aver preliminarmente chiarito che *“se una decisione è annullata, la corte dovrebbe verificare se vi è spazio per una soluzione definitiva della controversia e, in particolare, se sia possibile mantenere fermi gli effetti della decisione”*, ha precisato che *“per tenere fermi gli effetti di una decisione non è necessario che sia possibile adottare solo una decisione. In un caso come quello di specie, ove sussistono profili di discrezionalità amministrativa, ci sono ragioni per mantenere fermi gli effetti della decisione se l’amministrazione la conferma in giudizio, questa volta considerando tutti gli interessi rilevanti e consentendo alle parti interessate di difendersi. Il fattore decisivo è dato dal fatto che, dopo questo nuovo esercizio del potere amministrativo, il contenuto dispositivo del provvedimento supererà lo scrutinio di legittimità del giudice”*<sup>315</sup>.

Questa pronuncia è molto significativa perché la Corte, *“per favorire l’efficienza del giudizio amministrativo”*, crea una rilevante connessione tra i residui margini di discrezionalità amministrativa e la possibilità di risolvere comunque definitivamente la controversia senza ledere il principio di separazione dei poteri<sup>316</sup>. Il giudice, infatti, dinanzi a profili per cui venga in esame un’attività valutativa non ancora svolta dall’amministrazione, *“provoca”* il compimento di dette attività affinché l’esito della valutazione sia rappresentato in giudizio. In questo modo, azzerato ogni margine di discrezionalità residua, il giudice può procedere all’esame della legittimità sostanziale del provvedimento senza esautorare l’amministrazione procedente delle competenze che le sono proprie. La decisione di mantenere fermi gli effetti della decisione per l’irrilevanza della

---

<sup>315</sup> Cfr. ABRvS, 10 dicembre 2008, JB 2009/39 (la traduzione è di chi scrive). V. anche, *ex multis*, RBDHA, 10 December 2015, 15/20936 e 15/21001; ABRvS, 26 March 2008, n. 200705490/1; ABRvS, 27 March 2009, n. 200901078/2/H1; ABRvS, 6 April 2009, n. 200803001/1; ABRvS, 10 June 2009, n. 200806623/1/H2; ABRvS, 20 February 2008, JB n. 2008/76. Per una recente applicazione della norma, cfr. ECLI:NL:RBDHA 10 December 2015, 15/20936 and 15/21001.

<sup>316</sup> In dottrina, sembrano condividere la medesima opinione anche J.E.M. POLAK - K. VAN LESSEN KLOEKE -M.F. VAN DER MERSCH, *Zelf in de zaak voorzien: tussenstand en vooruitblik*, in *NTB*, 2002, 3-7; O.F. ESSENS - M.J.M. VERHOEVEN, *Traditional variations in the Dutch administrative Judicial System*, in R. CARANTA - A. GREBRANDY (a cura di), *Traditions and Change in European Administrative Law*, 2011, 173.

violazione accertata sul suo contenuto dispositivo è, infatti, il risultato di un giudizio condotto dalla corte sulla base degli elementi forniti in giudizio dalle parti. Emerge chiaramente come sia il contraddittorio processuale sia il sindacato giurisdizionale siano orientati verso l'accertamento della legittimità sostanziale del provvedimento. A tal fine, come specificato nella pronuncia sopra richiamata, è tuttavia necessario che il ricorrente abbia la possibilità di difendersi in giudizio, ad esempio, censurando il risultato della nuova ponderazione posta in essere dall'amministrazione in corso di giudizio.

## *2) fornire la decisione del caso di specie*

L'art. 8:72, comma 3, lett. b), Awb, stabilisce che il giudice amministrativo, dopo aver annullato un provvedimento illegittimo, invece di rimettere la decisione del caso concreto all'amministrazione attraverso una nuova determinazione, "*potrebbe decidere che la sua pronuncia prenda il posto della decisione annullata o della parte della decisione annullata*".

Questa disposizione differisce da quella precedente per la circostanza che il giudice si trova dinanzi ad un provvedimento viziato il cui contenuto dispositivo sarebbe potuto essere differente in assenza della violazione commessa ma, dalla ricostruzione della vicenda in contraddittorio con le parti, emerge la praticabilità di un'unica soluzione a seguito dell'annullamento del provvedimento impugnato<sup>317</sup>.

Dall'analisi della casistica giurisprudenziale in materia emerge che tale circostanza potrebbe verificarsi anche nel caso di provvedimenti discrezionali. Di fronte ad un'attività amministrativa non vincolata, infatti, il giudice valuta se in concreto residui un potere di scelta in capo all'autorità procedente, o se quest'ultimo non si sia esaurito nella determinazione adottata, così che, una volta rimosso o sostituito l'elemento di illegittimità della fattispecie (es. erronea valutazione di un presupposto di fatto), non possa che derivare un'unica decisione.

Nel caso di residua discrezionalità, con l'intento di risolvere definitivamente la controversia, il giudice dialoga direttamente con l'amministrazione per sapere che

---

<sup>317</sup> Cfr. Kamerstukken II, 1991/92, 22495, n. 3, 140.



tipo di decisione quest'ultima intenda adottare a seguito dell'annullamento del provvedimento impugnato, tenuto conto dei vizi di legittimità riscontrati. Se la decisione prospettata dall'amministrazione, tenuto conto anche delle argomentazioni difensive dedotte dal ricorrente, è ritenuta sostanzialmente legittima, la corte annulla il provvedimento impugnato perché illegittimo e stabilisce che la disciplina della fattispecie giuridica controversa contenuta nella sentenza (e conforme a quella prospettata dall'amministrazione in giudizio) sostituirà quella contenuta nel provvedimento annullato<sup>318</sup>.

### *3) dare istruzioni per l'adozione di un nuovo provvedimento*

Ai sensi dell'art. 8:72, comma 4, Awb, qualora non sussistano i presupposti necessari per applicare uno dei rimedi sopra illustrati *sub* 1) e 2), il giudice amministrativo *"può ordinare all'amministrazione di prendere una nuova decisione o di adottare un nuovo atto nel rispetto delle indicazioni contenute nella sentenza"*.

Si tratta di un rimedio residuale, destinato a quelle fattispecie nelle quali il contenuto dispositivo del provvedimento impugnato, in assenza del difetto riscontrato, sarebbe stato differente (*hp sub* 1), e il giudice non è grado di affermare che residui solo una possibile decisione a seguito dell'annullamento giurisdizionale (*hp sub* 2).

In tale circostanza, al giudice non resta che annullare il provvedimento, ma può al contempo fornire indicazioni all'amministrazione resistente per guidarla nell'adozione della nuova decisione. Non si tratta semplicemente di vincolare l'amministrazione allo stato di fatto e di diritto accertato in sentenza e di conformare la sua azione alle regole di comportamento ivi fissate, ma di contribuire, seppur indirettamente, alla risoluzione definitiva della controversia,

---

<sup>318</sup> Cfr., *ex multis*, ABRvs, 16 dicembre 2009, 200900551/I/M1; GHSGR, 22 novembre 2011, BK-10/803. Sul rapporto tra la regola dell'"unica decisione possibile" e provvedimento discrezionale, è chiaro S. JANSEN, *Towards an adjustment of the Trias Politica*, in F. STROINK, E. VAN DER LINDEN (a cura di), *Judicial lawmaking and administrative law*, 2005, 48: *"The general principles of proper administration, in particular the principle of legitimate expectations and the principle of equality, may narrow the room for discretionary decisions to such a degree that there is very little room for more than one correct and just decision, so that the court may take that decision"*.

indicando in concreto la strada da percorrere per l'adozione di una nuova decisione<sup>319</sup>.

Dall'analisi del repertorio giurisprudenziale in materia emerge che il giudice, quando dà applicazione alla norma in esame, chiarisce ad esempio quali sono gli elementi che necessitano di un maggiore accertamento, quali evidenze occorre fornire per chiarire i presupposti sulla base dei quali è stato adottato il provvedimento, oppure invita a considerare il punto di vista dei ricorrenti.

Un'interessante ricerca condotta di recente da alcuni studiosi olandesi sulle modalità di risoluzione delle controversie utilizzate dalle corti, ha dimostrato che se la sentenza di annullamento contiene indicazioni utili ai fini del riesercizio dell'azione amministrativa, sono statisticamente maggiori le possibilità che il nuovo provvedimento sia legittimo, e che questo appaia tale anche agli occhi dei suoi destinatari (siccome adottato sulla base delle indicazioni fornite dal giudice), con conseguente diminuzione della probabilità che venga instaurato un nuovo giudizio<sup>320</sup>.

La stessa ricerca ha al contempo rilevato che, tuttavia, il giudice amministrativo ricorre molto poco al rimedio in esame, in particolare lo fa quando l'adozione della nuova decisione richiede un procedimento amministrativo complesso, come ad esempio nel caso dell'adozione di piani regolatori, dove è anche più alta la conflittualità tra le parti.

#### *4) decidere di non annullare il provvedimento illegittimo*

---

<sup>319</sup> Cfr. B.J. SCHUELER, *Vernietigen of geschillen beslechten*, in *JBplus*, 2007, 3, 173-174.

<sup>320</sup> Il riferimento è alla ricerca condotta da B. Brink and A.T. Marseille in occasione della EGPA 2013 – *European Group for Public administration*, nella quale è stato messo in rilievo che l'atteggiamento del giudice di ascolto verso le parti e di acquisizione di tutti i fatti rilevanti sia in grado di influire su molti aspetti del processo (la durata, il grado di giustizia percepito dalle parti, il grado di soddisfazione della sentenza pronunciata e la probabilità che quest'ultima venga appellata), conducendo verso una risoluzione definitiva della controversia. Per un approfondimento sul tema, vedi anche A.T. MARSEILLE, I.M. BOIKEMA, *Administrative decision-making in reaction to a court judgment: can the administrative judge guide the decision-making process?*, in *Utrecht Law Review*, 3, 2013, 50, D.A. VERBURG, *Finale geschilbeslechting en haar stiefkind, de "aangeklede" opdracht om een nieuw besluit te nemen*, in *JBplus*, 2010, 153-178; J.C.A. DE POORTER - K.J. DE GRAAF, *Doel en functie van de bestuursrechtspraak: een blik op de toekomst*, 2011, 148-152.

Ai sensi dell'art. 6:22, Awb, *“il giudice amministrativo può decidere di non annullare un provvedimento amministrativo nonostante la violazione di una norma scritta o non scritta o di un principio generale, qualora ritenga probabile che nessuna delle parti interessate sia stata lesa da tale violazione”*.

Come si preannunciava sopra, la norma in esame ricalca per molti aspetti il nostro art. 21-octies, comma 2, l. 241/90, ma differisce rispetto a quest'ultimo sotto diversi profili.

Innanzitutto, la formulazione dell'art. 6:22 Awb è più ampia, coinvolgendo ogni violazione di legge o di un principio generale.

A tale ultimo proposito, occorre precisare che prima della riforma del Awb del 2013, che ha dato alla norma l'attuale formulazione, la decisione di non annullare un provvedimento era circoscritta ai solo casi di *“violazione di una norma procedurale”* e qualora fosse *“chiara”* (e non solo ritenuta probabile) in giudizio l'assenza di pregiudizi in capo alle parti interessate.

Le ragioni che hanno condotto a riformare la norma devono ricercarsi nel *Crisis Recovery Act* (Chw: *Crisis-en herstelwet*), che il governo olandese ha adottato nel 2010 per fare fronte alla crisi economica e finanziaria del tempo. Si tratta di una legge che aveva l'obiettivo di accelerare l'esecuzione di infrastrutture, costruzioni, progetti di innovazione e sostenibilità ambientale programmate dal governo per alleviare gli effetti della crisi economica e rimettere in moto la struttura economica e imprenditoriale nazionale. Con questo obiettivo, il Chw conteneva una serie di disposizioni appositamente pensate per accelerare i procedimenti amministrativi connessi alla realizzazione di tali opere nonché gli eventuali contenzioni amministrativi instaurati avverso i provvedimenti finali. A tale ultimo proposito, l'intenzione era di evitare che progetti rilevanti per la ripresa economica del Paese fossero ritardati per *“inutili annullamenti”* dei provvedimenti che ne autorizzavano la realizzazione.

A questo fine il governo aveva previsto all'interno del Chw un'apposita previsione, l'art. 1.5, che consentiva al giudice di non annullare il provvedimento impugnato in caso di violazione di una norma, scritta o non scritta, o di un principio generale, qualora fosse probabile che tale violazione non aveva leso nessuna parte interessata. La formulazione è chiaramente quella dell'attuale art. 6:22 Awb.

Nelle previsioni iniziali del governo, il Chw sarebbe rimasto in vigore fino al 1 gennaio 2014 e avrebbe trovato applicazione soltanto nell'ambito dei procedimenti amministrativi e dei processi riguardanti i progetti ivi specificatamente elencati, con la precisazione che sarebbero state recepite nel Awb tutte o anche solo alcune delle disposizioni del Chw che si fossero dimostrate "efficaci" nel periodo di vigenza<sup>321</sup>.

Nell'ambito della riforma del 2013 sopra citata, il Parlamento, a seguito di numerosi dibattiti, ha deciso di sostituire la formulazione originaria (più ristretta) dell'art. 6:22 Awb con quella (più ampia) dell'art. 1.5 Chw.

Le ragioni di tale trasposizione, tuttavia, non derivano certo dalla circostanza che la disposizione contenuta nell'art. 1.5 Chw si fosse dimostrata "efficace" rispetto agli obiettivi di celerità prefissati dal governo. Una ricerca condotta nel 2014 da alcuni studiosi olandesi per conto del governo, infatti, ha rilevato che l'art. 1.5 Chw era stato applicato in un numero molto ristretto di casi e che comunque non aveva avuto un ruolo determinante nell'accelerazione dei processi amministrativi<sup>322</sup>.

La trasposizione della più ampia formulazione dell'art. 1.5 Chw, invero, è stata sostenuta dai fautori della riforma per una diversa ragione: la circostanza che la decisione di non annullare il provvedimento potesse trovare applicazione in presenza della violazione di qualsiasi norma, procedurale o sostanziale che fosse, presentava il vantaggio di superare il lungo dibattito giurisprudenziale e dottrinario formatosi intorno all'individuazione degli elementi che valessero a qualificare una norma come procedurale. A fronte della nuova formulazione, il giudice amministrativo avrebbe dovuto soltanto accertare che fosse probabile che la violazione accertata non avesse causato alcun pregiudizio alle parti interessate. A tale ultimo proposito, la formulazione dell'art. 1.5 Chw recepiva la prassi giurisprudenziale che, di fatto, fin dall'entrata in vigore dell'art. 6:22 Awb,

---

<sup>321</sup> "Pursuant to the explanatory memorandum of the Chw, it is intention of the Dutch government that these temporary procedural provisions, if proven effective, would in the nearby future lead to the amendment of the Awb and become permanent legislation" (traduzione dell'Autore). Cfr. TK (parliamentary documents of the Dutch House of Representatives) 2009/10, 32 127, nr. 3, p. 10. La proposta per rendere permanente la regolamentazione in parola è del marzo 2013: v. TK 2011, 33 135, nr. 2.

<sup>322</sup> Cfr. K.J. DE GRAAF - A.T. MARSEILLE - F.J. JANSEN, *Accelerating Court Proceedings with the Dutch Crisis and Recovery Act: Direct and Indirect Effects of Procedural Provisions*, in *JEEPL*, 2013, 276 ss.

interpretava in termini di probabilità e non di certezza (come invece richiedeva la norma) l'indagine relativa all'accertamento dell'assenza di pregiudizio per le parti. Lo stesso Ministro della Giustizia, promotore della riforma del 2013, aveva chiarito in sede di dibattito che, secondo la nuova formulazione dell'art. 6:22 Awb, sarebbe dovuta apparire *probabile* e non *certo* che il difetto del provvedimento non avesse leso nessuna parte interessata. Il giudice, quindi, non avrebbe dovuto svolgere ricerche difficoltose ma soltanto verificare la *possibilità* di un pregiudizio.

La casistica giurisprudenziale sull'art. 6:22 Awb è molto varia e il suo campo di applicazione ricomprende prevalentemente vizi procedurali, come la violazione del diritto di partecipare al procedimento; l'omessa divulgazione di documenti del fascicolo del procedimento; omessa considerazione delle argomentazioni svolte dalle parti interessate nel corso del procedimento. Le decisioni che riguardano l'adozione o la modifica di piani edificatori sono quelle in cui si riscontra una maggiore applicazione della norma.

E' possibile anche rinvenire sentenze che applicano l'art. 6:22 Awb in caso di difetto di competenza (che viene considerato come vizio sostanziale)<sup>323</sup>; di erronea applicazione di disposizioni di legge; di erronea modalità di calcolo di un beneficio economico; di difetto di istruttoria o erronea qualificazione dei fatti da parte dell'amministrazione.

Ma in che modo il giudice amministrativo accerta la possibilità che le violazioni sopra citate non abbiano pregiudicato alcuna delle parti interessate? Dall'analisi del repertorio giurisprudenziale emerge l'esistenza di un nesso di causalità tra la violazione riscontrata e il contenuto dispositivo della decisione: se appare *probabile* che, nonostante tale violazione, la decisione non sarebbe potuta essere differente, allora è altrettanto *probabile* che nessuna parte sia stata pregiudicata dall'illegittimo operato dell'amministrazione.

Così, ad esempio, il Consiglio di Stato olandese ha applicato l'art. 6:22 Awb nell'ambito di un ricorso avente ad oggetto il recupero di un prestito rilasciato da una pubblica autorità. Il ricorrente lamentava l'erroneo calcolo del reddito netto

---

<sup>323</sup> Cfr. di recente CRvB, n. 1550/2015.

sul quale si basava la pretesa restitutoria ma la Corte ha rilevato che in ogni caso, anche calcolandolo correttamente, egli non avrebbe avuto diritto al prestito.

Sotto il profilo della rilevanza o meno della violazione riscontrata ai fini dell'annullamento del provvedimento, occorre mettere in evidenza che, al pari dell'art. 8:72 Awb sopra citato, la lesività del difetto potrebbe venire meno anche in corso di giudizio.

Questo schema si rinviene specialmente in caso di difetto di competenza, quando sopraggiunge un provvedimento di ratifica da parte dell'organo competente; in caso di omessa comunicazione di documenti rilevanti, quando questi ultimi vengano depositati in giudizio dall'amministrazione e le parti interessate hanno la possibilità di difendersi in giudizio; in caso di difetto di motivazione, quando l'amministrazione produce in giudizio elementi istruttori o informazioni che vanno di fatto ad integrare il provvedimento impugnato e le parti private hanno la possibilità di difendersi censurando la legittimità della motivazione sopraggiunta.

Naturalmente, anche in questi casi è necessario che il giudice appuri che sia probabile che nessuna delle parti interessate sia stata lesa dalla violazione riscontrata.

Il repertorio giurisprudenziale appena illustrato consente di svolgere alcune riflessioni sia sulle potenzialità della norma in esame sia sull'intersezione del suo campo di applicazione con quello degli altri rimedi sopra esaminati a disposizione del giudice amministrativo olandese.

Innanzitutto la prassi giurisprudenziale permette di comprendere meglio i risultati di una recente ricerca condotta in Olanda da alcuni studiosi, dalla quale è emerso che, nonostante la più ampia formulazione dell'attuale art. 6:22 Awb, che non differenzia più tra tipologie di vizi, i giudici continuano ad applicare la norma soltanto in caso di "*violazioni di minore importanza*"<sup>324</sup>. L'espressione ricorrente utilizzata dai giudici nelle interviste svolte dagli studiosi è "*sciocchezza*", cioè l'art. 6:22 Awb deve essere utilizzato soltanto per quelle violazioni che costituiscono delle *sciocchezze*, rispetto alle quali l'annullamento della decisione sarebbe una

---

<sup>324</sup> Sotto questo profilo, sono chiari i documenti dei lavori parlamentari nel punto in cui viene precisato che l'art. 6:22 Awb è stato pensato per essere applicato soltanto in caso di violazioni formali.

conseguenza sproporzionata. Il riferimento potrebbe essere inteso, *prima facie*, a quelle che nel nostro ordinamento definiamo mere irregolarità. Tuttavia, la casistica giurisprudenziale ha mostrato una realtà operativa del tutto diversa, nella quale la norma trova applicazione prevalentemente in caso di violazione di norme sul procedimento ma anche in caso di violazioni sostanziali.

Come intendere, allora, il significato dell'espressione "violazioni di minore importanza"? Un primo indizio può rinvenirsi nelle indicazioni fornite dal Ministro della giustizia olandese in un *memorandum* parlamentare, secondo le quali, nonostante la più ampia formulazione della norma, l'art. 6:22 Awb avrebbe continuato a trovare applicazione soltanto in caso di "violazioni formali", essendo comunque molto bassa la probabilità di riscontrare l'assenza di pregiudizio in capo al ricorrente a seguito di una violazione sostanziale<sup>325</sup>.

In caso di violazioni sostanziali, infatti, affinché il giudice possa accertare che la violazione non abbia determinato alcun pregiudizio, è talvolta necessario un intervento dell'amministrazione in corso di giudizio volto a sanare l'illegittimità contestata – ad esempio, rinnovazione dell'istruttoria procedimentale –, dal quale emerga che l'assetto di interessi concretato nel provvedimento è quello corretto.

Ebbene, nelle ipotesi appena menzionate di violazioni sostanziali, che richiedono la rinnovazione di un pezzo di procedimento e l'instaurazione di un dialogo dinamico tra le parti in giudizio, sarebbe opportuno che il giudice utilizzasse altri strumenti previsti nel Awb che consentono di ottenere comunque una soluzione definitiva della controversia, ma in una cornice che consenta di tenere conto di diversi aspetti connessi alla riparazione in giudizio delle violazioni procedurali.

Si pensi, ad esempio, all'art. 7:82, comma 3, lett. a) Awb, che produce le stesse conseguenze dell'art. 6:22 Awb, ossia mantenere fermi gli effetti del provvedimento, ma previo annullamento di quest'ultimo.

Tramite l'annullamento del provvedimento, infatti, i giudici ritengono che, da una parte, sia meglio soddisfatto il senso di giustizia del ricorrente nei confronti di un processo che consente all'amministrazione di recuperare in giudizio le violazioni commesse, con un conseguente accrescimento della fiducia della collettività nel

---

<sup>325</sup> Cfr. Sessione 2012-2013, Kamerstuk 32450, 20 dicembre 2012, lettera del Ministro della giustizia e sicurezza al Presidente del Senato.

sistema giurisdizionale. Dall'altra, che l'annullamento generi anche un effetto educativo nei confronti dell'amministrazione, soprattutto nei casi in cui la decisione impugnata mostri una totale assenza di diligenza nella conduzione del procedimento amministrativo. A tale ultimo proposito è esplicito il parere reso dal Ministro della giustizia sulla proposta di riforma dell'art. 6:22 Awb, nel quale è stato evidenziato che *"la corte potrebbe decidere di annullare il provvedimento qualora la violazione sia di tale importanza che occorre richiamare l'amministrazione sull'importanza di rispettare la legge oppure quando emerga in giudizio che l'amministrazione abbia deliberatamente ignorato un requisito procedurale"*.

Nei casi in cui la riparazione della violazione richieda lo svolgimento di attività complesse, il giudice, come vedremo di seguito, potrebbe fare direttamente ricorso all'*administrative loop*, i cui meccanismi consentono un più adeguato contraddittorio tra giudice, amministrazione e ricorrente.

L'alternatività dei rimedi disciplinati nel Awb è stata messa bene in luce anche nei documenti parlamentari, ove si legge che l'applicazione dell'art. 6:22 Awb rappresenta solo una facoltà per il giudice, il quale, anche in presenza delle condizioni richieste dalla norma, potrebbe comunque decidere di applicare una delle altre disposizioni previste nel Awb per risolvere definitivamente la controversia. Disposizioni che, come visto sopra, presuppongono tutte l'annullamento della decisione *sub iudice*.

L'importanza di quest'ultimo profilo, come vedremo, potrebbe mettere finanche in dubbio la legittimità costituzionale dell'art. 6:22 Awb.

##### 5) *administrative loop*

Si è già avuto modo di anticipare in parte che l'utilizzo dei rimedi giurisdizionali sopra illustrati non appare idoneo nei casi in cui la risoluzione definitiva della controversia necessiti di un ulteriore esercizio dell'attività amministrativa, come ad esempio lo svolgimento di un'ulteriore istruttoria, l'acquisizione di un parere omesso o una nuova ponderazione del conflitto di interessi che sta alla base della controversia intorno alla decisione impugnata.



In questi casi, il giudice, come visto sopra, potrebbe decidere di mantenere fermi gli effetti della decisione impugnata se dall'intervento riparatore da parte dell'amministrazione dei difetti riscontrati emerge la sua legittimità sostanziale, oppure decidere di non annullare la decisione medesima ai sensi dell'art. 6:22 Awb. E questa strada è stata in effetti percorsa dalle corti amministrative a partire dal 2007 per garantire al ricorrente una risoluzione della controversia quanto più definitiva possibile, a fronte del diffuso malcontento nei confronti della giustizia amministrativa.

La necessità di rinnovare in corso di giudizio segmenti del procedimento precedentemente svolto rafforza tuttavia l'opportunità di prevedere apposite misure processuali che garantiscano il rispetto del diritto di difesa delle parti interessate, altrimenti rimesso, nei rimedi sopra citati, alla gestione diligente del processo da parte del giudice amministrativo.

Ecco perché il legislatore olandese ha introdotto nel 2010 un nuovo rimedio, l'*administrative loop* ("*bestuurlijke lus*"), disciplinato dagli artt. 8:51 a-c e 8:88 a-b, Awb, che recepisce sostanzialmente la prassi inaugurata da alcune corti amministrative a partire dagli anni '90 intesa a rimediare all'inadeguatezza dei rimedi previsti dal Awb rispetto alle fattispecie nelle quali residuali margini di discrezionalità impedivano al giudice di arrivare alla soluzione definitiva della controversia<sup>326</sup>. Un caso emblematico che portò una spinta definitiva all'introduzione dell'*administrative loop* all'interno del Awb fu la controversia instaurata tra il comune di Laiderdrop e alcuni cittadini nell'ambito della decisione di dare avvio ai lavori di ampliamento dell'autostrada A4. Il provvedimento fu impugnato lamentando la carenza di istruttoria a proposito dell'impatto dei lavori sulla qualità dell'aria. Il ricorso fu accolto e il provvedimento annullato<sup>327</sup>. L'amministrazione, tuttavia, due anni più tardi riadottò la medesima decisione che gli originari ricorrenti impugnarono ancora una volta ritenendola illegittima,

---

<sup>326</sup> Sui caratteri generali dell'*administrative loop*, cfr. tra gli altri: B.J. VAN ETTEKOVEN - A.P. KLAP, *De bestuurlijke lus als rechterlijke (k)lus*, 2010, 235-244; L.M. KOENRAAD, *De toekomst van de bestuurlijke lus*, 2010, 235-240; J.E.M. POLAK, "*Effectieve geschillenbeslechting: bestuurlijke lus en andere instrumenten*", in *NTB* 2011/1-2, 2-9; R. ORTLEP, *Bestuurlijke lus: terugkomen op een in een tussenuitspraak neergelegde bindende eindbeslissing*, in *JBplus* 2012, 219-234.

<sup>327</sup> Cfr. BRvS, 25 giugno 2007, n. 880305.

dando avvio ad un nuovo giudizio. La dottrina fece notare che, nel caso di specie, l'utilizzo dell'*administrative loop* avrebbe consentito di risolvere la controversia già al primo ricorso, evitando un inutile spreco di risorse e un inutile rallentamento dei lavori di ampliamento dell'autostrada.

Procedendo con l'esame del rimedio in parole, ai sensi dell'art. 8:51, lett. a), nel caso in cui il ricorso risulti fondato, il giudice può pronunciare un'ordinanza per dare all'amministrazione la possibilità<sup>328</sup> di sanare la violazione riscontrata e adottare una nuova decisione entro un certo lasso temporale, salvo che siano individuati soggetti non presenti in giudizio la cui posizione giuridica potrebbe essere lesa dal riesercizio del potere amministrativo<sup>329</sup>.

Più precisamente, ai sensi dell'art. 8:80 a), comma 2, Awb, il giudice deve fornire nell'ordinanza istruzioni "*quanto più dettagliate possibile*". Generalmente, l'ordinanza contiene una serie di domande o di questioni che l'amministrazione dovrebbe affrontare per sanare la decisione impugnata: così, ad esempio, il giudice indica le violazioni che non devono essere ripetute nel rinnovato bilanciamento degli interessi in gioco, oppure, gli *steps* procedurali eventualmente omessi nel precedente procedimento che devono essere rispettati prima di adottare la nuova decisione.

In un recente caso nel quale l'amministrazione aveva rilasciato un permesso a costruire di *cottage* temporanei su una striscia di sabbia di proprietà del ricorrente, il giudice, instaurando l'*administrative loop*, ha chiesto all'amministrazione di chiarire se la posizione giuridica del ricorrente fosse stata

---

<sup>328</sup> Si tratta, tuttavia, di un ordine in caso di giudizio di appello.

<sup>329</sup> Il primo studioso ad aver suggerito l'introduzione dell'*administrative loop* tra i rimedi a disposizione del giudice amministrativo all'interno del Awb, è stato B.J. SCHUELER, *Vernietigen en opnieuw voorzien*, Utrecht, 1994. Sul punto, v. anche B.J. VAN ETTEKOVEN, *Alternatieven van en voor de bestuursrechter, VAR-preadviezen 2001*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2001. La proposta fu successivamente condivisa da altri studiosi (vedi, tra gli altri, J.E.M. POLAK, *Effectieve bestuursrechtspraak*, 2000, 43-60; B.J. ETTEKOVEN - M.A. PACH - I.C. VAN DER VLIES, *Alternatieven van en voor de bestuursrechter*, in *Boom Juridische uitgevers*, 2001, 58-76) e dalla giurisprudenza, che cominciò a fare uso dell'*administrative loop* tramite la combinazione di disposizioni presenti nel Awb: la corte sospendeva l'udienza (art. 8:69, comma 1, Awb) o presentava una richiesta scritta nel corso del giudizio (art. 8:45, comma 1, Awb), per evidenziare che le violazioni censurate dal ricorrente erano fondate ma che la violazione poteva essere sanata durante il procedimento. Sull'uso dell'*administrative loop* prima della sua codificazione, cfr. L.M. CONRAD - F.F.W. BROUWER, *NJB*, 2006, 1678-1684.

presa in considerazione in fase procedimentale, che sarebbe stato preferibile adottare una nuova decisione che tenesse conto degli interessi del ricorrente e, nel caso di conferma della decisione precedente, di esplicitare le ragioni per le quali gli interessi del ricorrente non erano ritenuti pregiudicati dalla costruzione dei *cottage*.

L'amministrazione, ricevuta l'ordinanza con la quale il giudice instaura l'*administrative loop*, deve comunicare a quest'ultimo e alle parti private del giudizio se intende o meno rimediare alla violazione riscontrata. In caso di risposta positiva, l'amministrazione dovrà provvedervi entro il termine fissato nell'ordinanza e successivamente notificare al giudice e alle altre parti in che modo il provvedimento è stato sanato<sup>330</sup>.

Questa previsione è molto importante perché, ai sensi dell'art. 8:51 b), comma 3, Awb, le parti in giudizio hanno la possibilità, entro le 4 settimane successive, di presentare le proprie osservazioni sulle modalità attraverso le quali le illegittimità sono state riparate dall'amministrazione e, in caso di disaccordo sul punto, il giudice potrà fissare un'apposita udienza per consentire un maggior contraddittorio tra le parti.

Al termine di questa fase, il giudice, qualora ritenga che, a fronte del riesercizio dell'azione amministrativa, la decisione contestata risulta sostanzialmente legittima, accoglie il ricorso siccome fondato e annulla il provvedimento impugnato, che viene ad essere sostituito dal provvedimento adottato in fase di *administrative loop* per la riparazione della violazione accertata.

Gli aspetti positivi dell'*administrative loop*, rispetto all'art. 6:22 Awb e agli altri rimedi sopra illustrati, sono evidenti. Diversamente da quanto accade in applicazione dell'art. 6:22, il giudizio si conclude positivamente per il ricorrente nella misura in cui il ricorso viene comunque accolto per la fondatezza delle censure sollevate e il provvedimento impugnato annullato. In tal modo, vi sono

---

<sup>330</sup> In caso di risposta negativa, il giudice, oltre ad annullare il provvedimento impugnato, può ordinare all'amministrazione di adottare una nuova decisione tenendo in considerazione le indicazioni fornite nella sentenza e fissare un termine entro il quale la nuova decisione deve essere adottata, prevedendo una sanzione pecuniaria in capo all'amministrazione in favore del ricorrente in caso di mancato rispetto del termine fissato.

ampi margini affinché il giudice possa condannare l'amministrazione al pagamento delle spese legali e processuali da egli sostenute. Con riferimento agli altri rimedi, invece, l'*administrative loop* scandisce bene l'alternarsi tra la fase (qui azionata dall'ordinanza istruttoria), tramite la quale il giudice provoca una nuova valutazione da parte dell'amministrazione sui profili da lui ritenuti rilevanti ai fini della decisione, e quella del contraddittorio tra le parti sul provvedimento adottato a seguito del provocato riesercizio dell'attività amministrativa. A tale proposito, occorre precisare che nella prassi giurisprudenziale il giudice, prima di instaurare l'*administrative loop*, instaura un contraddittorio sul punto tra le parti affinché ciascuna di essa possa esprimere il proprio punto di vista.

Si tratta, insomma, di un rimedio che consente di instaurare un dialogo dinamico tra il giudice e le altre parti del processo con l'obiettivo di giungere ad una soluzione definitiva della controversia. A tale ultimo proposito è interessante notare che un recente studio condotto in Olanda ha evidenziato che la nuova decisione amministrativa adottata a seguito dell'*administrative loop* risulta essere maggiormente accettata dalle parti private, perché l'assetto di interessi ivi stabilito è "validato" dal giudice nel corso del processo. Ne consegue, come dato positivo, un effetto deflattivo del contenzioso sulla nuova decisione.

#### ***4. Il dibattito sulle forme di riparazione dei provvedimenti illegittimi e possibili criticità comuni***

Come visto nei precedenti paragrafi, l'attuale sistema di giustizia amministrativa olandese è il risultato dell'intento di rimediare a diffuse istanze di riordinamento e di riforme nei confronti delle forme di tutela previste nella formulazione originaria del Awb.

In questa prospettiva critica, il giudice amministrativo veniva accusato di eccessivo interventismo e formalismo, espressione di una cultura legalista ritenuta inconciliabile con le esigenze di funzionamento del mercato e, più in generale, della vita collettiva. La pronuncia di mero annullamento della decisione illegittima segnava il raggiungimento di un traguardo solo formale e per questo non era più considerata una forma di tutela effettiva, dal momento che consegnava il cittadino nuovamente nelle mani dell'amministrazione senza alcuna certezza sulla propria

posizione giuridica, soprattutto nel caso in cui il ricorso fosse accolto per difetti non sostanziali.

La domanda di riforme amministrative e di misure per la crescita da parte di imprese e cittadini ha generato una risposta radicale da parte del governo: non si è, infatti, proceduto con un'offerta politico-legislativa massiccia, fatta di pacchetti normativi caotici e settoriali, ma si è deciso di intervenire direttamente sulla causa del clima di generale insoddisfazione, ossia sul sistema di giustizia amministrativa e sulle forme di tutela giurisdizionale disponibili.

Come emerge chiaramente dai documenti parlamentari, la riforma attiene al modo di essere della giustizia di fronte all'amministrazione: il processo non può soltanto mirare a ripristinare la legalità violata ma deve anche fissare la regola del concreto operare dell'amministrazione in relazione all'interesse fatto valere dal ricorrente, facendo rivivere al suo interno (per risolverle) le tensioni che hanno dato luogo alla controversia giudiziaria. Sotto questo aspetto, il processo diventa momento di cooperazione all'esercizio del potere, realizzando nella concentrazione del dibattito giudiziario, per sua natura paritetico, la risoluzione definitiva della controversia e la realizzazione della funzione amministrativa.

Così, se già prima della riforma il processo olandese si caratterizzava per il fatto che le parti, ivi inclusa l'amministrazione resistente, partecipavano fisicamente alle udienze per confrontarsi tra di loro e dialogare direttamente con il giudice per una migliore comprensione dei fatti controversi e delle ragioni dei dissensi, dopo la riforma l'udienza è diventata il luogo in cui il confronto tra tutte le parti è indirizzato più esplicitamente verso la risoluzione definitiva della controversia. Come abbiamo visto sopra, il giudice chiede all'amministrazione le ragioni sottese alla scelte poste in essere nella decisione impugnata, quali siano le conseguenze della violazione accertata sul contenuto dispositivo della decisione, se e come intende riparare alle violazioni commesse, quale decisione intende adottare a seguito dell'annullamento giurisdizionale; chiede al ricorrente di esprimere il proprio punto di vista sulle argomentazioni portate dall'amministrazione, su quali siano le conseguenze della violazione accertata sul contenuto dispositivo della decisione, sulla possibilità di riparare le violazioni accertate e sulla legittimità dell'eventuale nuova decisione adottata dall'amministrazione.

La latitudine dei poteri riconosciuti al giudice amministrativo è evidentemente il risultato di un rinnovato modo di intendere il processo amministrativo e di interpretare il rapporto tra giudice amministrativo e amministrazione, tra procedimento e processo.

L'esigenza di dare alla controversia giudiziaria un reale e duraturo assetto contrasta, infatti, con l'impostazione tradizionale che costringeva l'interessato a proporre un doppio giudizio; il primo diretto ad ottenere una pronuncia formale di annullamento, il secondo diretto a sindacare la legittimità del provvedimento adottato in ottemperanza della sentenza di annullamento.

Proprio le ragioni di tutela della posizione del ricorrente, nonché di economia processuale, hanno indotto a ritenere ammissibile che l'amministrazione possa sanare il provvedimento anche nel corso del giudizio, siano le violazioni accertate formali o sostanziali, purché sia garantito il rispetto del principio costituzionale del contraddittorio. La distinzione tra natura vincolata e discrezionale del provvedimento vale solo ad orientare il giudice nella scelta del rimedio che meglio consente, a seconda della violazione accertata, di arrivare ad una risoluzione definitiva della controversia e di rispettare il principio di separazione dei poteri e di parità delle armi. Come abbiamo visto, infatti, in caso di vizi sostanziali il giudice tenderà ad applicare l'*administrative loop* per consentire il riesercizio dell'azione amministrativa in un'ampia cornice di confronto tra le parti. In caso di violazioni sulla forma degli atti o sul procedimento, quando risulta dagli atti di causa che esse non abbiano inciso sul contenuto dispositivo dell'atto, il giudice può stabilire che restino comunque fermi gli effetti del provvedimento annullato. Qualora invece la decisione sia sostanzialmente illegittima ma residua una sola decisione possibile, il giudice può individuare la corretta disciplina del caso di specie e stabilire che la sua sentenza prenda il posto del provvedimento annullato.

Ora, in un sistema di giustizia amministrativo siffatto, una disposizione come quella dell'art. 6:22 Awb, nemmeno nella sua più estesa formulazione, avrebbe potuto suscitare le resistenze di carattere sistematico che invece l'art. 21-*octies*, comma 2 ha sollevato nel nostro ordinamento. Nel sistema olandese, infatti, una norma come l'art. 6:22 Awb che consente al giudice di non annullare un provvedimento amministrativo se la violazione accertata non ha inciso sulla

correttezza dell'assetto di interessi ivi disposto, rappresenta soltanto una manifestazione del più ampio potere del giudice di arrivare ad una risoluzione definitiva della controversia. A ben vedere, infatti, una sentenza che accerta la legittimità sostanziale della decisione impugnata e, quindi, che il suo annullamento genererebbe soltanto un'"inutile" riattivazione della macchina amministrativa, determina una risoluzione nel merito della controversia giudiziaria, che contribuisce a ridurre le possibilità di una successiva impugnazione della sentenza e ad una conseguente maggiore efficienza dell'azione amministrativa.

Con ciò non vuole dirsi che sia la riforma del 2010 che ha introdotto l'*administrative loop*, sia quella del 2013 che ha ampliato la formulazione dell'art. 6:22 Awb, non siano state precedute da resistenze in sede di dibattito Parlamentare.

Secondo il Consiglio di Stato olandese e alcuni esponenti politici, per esempio, l'introduzione dell'*administrative loop* e della nuova formulazione dell'art. 6:22 Awb avrebbero comportato una violazione del principio di separazione dei poteri: il giudice, "suggerendo" all'amministrazione come riparare un certo difetto della decisione, si sarebbe in sostanza sostituito a quest'ultima nell'esercizio dei suoi poteri. Al contempo, egli avrebbe perso la sua funzione di organo terzo ed indipendente rispetto all'amministrazione e di garante del rispetto, da parte di quest'ultima, della legge: ammettere la sanatoria del provvedimento in corso di giudizio avrebbe posto l'amministrazione in una posizione di privilegio rispetto al ricorrente e il giudice si sarebbe in tal modo mostrato più vicino agli interessi della parte pubblica piuttosto che a quelli del privato leso dalla decisione illegittima.

La possibilità, poi, che un difetto della decisione non possa condurre al suo annullamento era temuta come un implicito incentivo alla violazione delle garanzie procedurali poste a tutela del privato e, più in generale, della legge stessa, scoraggiando la diffusione della cultura di legalità dell'azione amministrativa.

Per quanto riguarda le prime obiezioni, già nei documenti parlamentari i sostenitori della riforma avevano evidenziato che non esiste alcuna tensione tra la costruzione di una giustizia amministrativa più efficiente, che accerti il reale assetto degli interessi sottoposto al controllo del giudice amministrativo, e il

diritto della parte ricorrente di ricevere tutela avverso una decisione amministrativa illegittima.

Con specifico riferimento all'art. 6:22 Awb, si è affermato che il diritto ad una buona amministrazione non si realizza tramite l'annullamento di un ottimale assetto di interessi, posticipandolo nel futuro, ma garantendo una soluzione definitiva della controversia giudiziale sorta tra amministrazione e cittadino, senza attendere una pronuncia che, riguardando un vizio meramente formale, sarà meramente dichiarativa, lasciando libera l'amministrazione di provvedere nuovamente con una nuova decisione dal medesimo contenuto sostanziale. Annullamenti di questo tipo, oltre a comportare costi sociali intollerabili, rendono ancora più pressante la necessità di rendere giustizia al cittadino, il quale ha interesse che venga accertata in giudizio la fondatezza della sua pretesa, anziché la carenza di un elemento formale dell'atto.

Con riferimento all'*administrative loop* è stato perspicacemente osservato che non ci sono differenze sostanziali tra una sentenza che indica le ragioni per le quali una decisione viene annullata, rimettendo all'amministrazione lo svolgimento dell'attività successiva per conformarsi al *dictum* giudiziale, con la possibilità che venga nuovamente impugnata per contestarne l'illegittimità, e una sentenza che annulla la decisione illegittima e, al contempo, ospita la fase dell'ottemperanza, risolvendone i punti controversi insieme al contributo dell'amministrazione medesima e del ricorrente. Non si tratterebbe di offrire una seconda *chance* all'amministrazione ma di fornire una tutela effettiva al ricorrente. Non si tratterebbe di sostituire il giudice all'amministrazione ma di consentire la dialettica tra procedimento e processo, ammettendo che quest'ultimo possa all'occasione ospitare l'esercizio della funzione amministrativa al fine ottenere informazioni su profili rilevanti dell'azione amministrativa che non si siano concretizzati nell'atto.

Il paradigma riecheggia quello richiamato nelle pagine precedenti con riferimento all'art. 21-*octies*.

Si pensi al caso di violazione del contraddittorio procedimentale. Il secondo alinea dell'art. 21-*octies* stabilisce che il giudice non può annullare il provvedimento ove



l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto dispositivo del provvedimento non sarebbe stato differente.

Nella medesima ipotesi, il giudice olandese, a fronte della riscontrata violazione procedimentale, può decidere di applicare l'*administrative loop*: pronuncerà pertanto un'ordinanza con la quale invita l'amministrazione a prendere in considerazione gli elementi dedotti dal ricorrente per la prima volta in giudizio e ad adottare, nel caso, un nuovo provvedimento, che tenga conto del contributo partecipativo pretermesso. Se, per quanto qui interessa, l'amministrazione argomentasse nel senso che l'apporto partecipativo, ove opportunamente valutato, non avrebbe inciso sulla decisione finale, il giudice dovrebbe accertare l'assenza in concreto di alternative decisorie alla luce di tutti gli atti di causa, in contraddittorio anche con il ricorrente.

Lo schema applicativo appena illustrato ricorda da vicino quello dell'art. 21-*octies*, con la differenza che l'applicazione dell'*administrative loop* porta comunque all'annullamento del provvedimento *sub iudice* (per la fondatezza delle censure sollevate), il quale sarà sostituito dal provvedimento adottato a seguito dell'ordinanza propulsiva, sanato dalla violazione procedimentale.

Il *quid pluris* dell'*administrative loop* consiste nel fatto che se l'amministrazione a seguito della valutazione del contributo partecipativo pretermesso adotta una nuova decisione avente contenuto diverso da quello impugnato, ma comunque lesivo per la situazione giuridica del ricorrente (ad. esempio, mero ricalcolo della sanzione inflitta ritenuta illegittima dal privato), il giudice amministrativo non deve arrestarsi a constatare la possibilità di alternative decisorie al provvedimento impugnato con conseguente annullamento dello stesso, ma potrà esaminare il provvedimento alla luce della sua sopravvenuta consistenza al fine di accertarne la legittimità, in contraddittorio con tutte le parti. In caso di esito positivo, il provvedimento *sub iudice* sarà ancora una volta annullato per essere sostituito dal provvedimento adottato nel corso del giudizio.

Provocando la maturazione della causa per il tramite dell'intervento dell'amministrazione, la legittimità sostanziale o meno della decisione si ricava direttamente dagli elementi forniti dalle parti, senza che vi sia alcuna sostituzione dell'apprezzamento del giudice a quello dell'autorità pubblica preposta.

Per quanto riguarda la seconda obiezione sopra citata, invece, di carattere più empirico, una risposta può rinvenirsi in alcuni recenti studi condotti in Olanda, i quali hanno dimostrato che la riforma dell'art. 6:22 Awb, così come l'introduzione dell'*administrative loop*, non abbiano in alcun modo generato fenomeni di cattiva amministrazione né aumentato il contenzioso amministrativo in materia.

Il sistema di giustizia amministrativa olandese odierno è oggi diffusamente accolto tra gli studiosi senza riserve. Gli studi esistenti sono tutti volti a raccogliere dati empirici per esaminare i risultati che le riforme hanno avuto sul sistema giuridico e testare il grado di soddisfazione di *stakeholders*, cittadini e avvocati.

L'unica obiezione ancora oggi esistente riguarda la circostanza che, in caso di applicazione dell'art. 6:22 Awb, la decisione *sub iudice* non viene annullata, pertanto il ricorrente, risultando sostanzialmente soccombente nel giudizio, non ha diritto, secondo la disciplina generale in materia di ripartizione delle spese processuali, alla rifusione delle spese di lite. Secondo l'opinione prevalente, l'effetto è evidentemente discriminatorio, perché al cittadino viene preclusa non solo la tutela costitutiva e caducatoria, nonostante l'illegittimità (anche solo formale) della decisione, ma anche la rifusione dei costi affrontati per ricorrere in un giudizio in cui sarebbe altrimenti risultato vittorioso.

Le critiche sembrano aver assunto maggiore pregnanza a seguito delle argomentazioni svolte nella sentenza della Corte Costituzionale belga che ha dichiarato incostituzionale la versione nazionale dell'*administrative loop*, secondo la quale, se il giudice accerta la legittimità della nuova decisione adottata dall'amministrazione a seguito dell'ordinanza istruttoria, il ricorso deve essere rigettato. Ebbene, secondo la corte costituzionale, un sistema di questo tipo, che impedisce di fatto al giudice belga di condannare l'amministrazione al pagamento delle spese processuali sostenute dal ricorrente, viola in maniera discriminatoria il diritto di accedere in giudizio e il diritto di parità delle armi, senza alcuna ragionevole giustificazione<sup>331</sup>.

---

<sup>331</sup> Sentenza del 16 luglio 2015, n. 103. Per una comparazione tra l'*administrative loop* olandese e l'annullato *administrative loop* belga, cfr. CH.W. BACKES - E.M.J. HARDY - A.M.L. JANSEN - S. POLLEUNIS - R. TIMMERMANS - M.A. POORTINGA - E. VERSLUIS, *Evaluatie Bestuurlijke Lus Awb en internationale rechtsvergelijking*, The Hague, 2014, 117-127. Per un'analisi delle implicazioni della sentenza citata in un'ottica comparata, v. M. DELSIGNORE, *The*

Il profilo di incostituzionalità appena rilevato potrebbe facilmente replicarsi con riferimento all'art. 6:22 Awb, ove la sostanziale legittimità del provvedimento fa salvo il provvedimento e determina il rigetto del ricorso. A tal proposito, in difesa della legittimità costituzionale della norma, si potrebbe sostenere, come è stato fatto dai promotori della riforma, che l'art. 6:22 Awb è pensata soltanto per irregolarità minori rispetto alle quali l'annullamento sarebbe conseguenza sproporzionata, applicandosi invece nei restanti casi l'art. 8:72, comma 3, Awb o l'*administrative loop* che assicurano il previo annullamento del provvedimento.

Ora, in disparte il fatto che occorre intendersi sul significato di "irregolarità minori" anche a fronte della prassi amministrativa che applica l'art. 6:22 Awb anche in caso di violazioni sostanziali, la precisazione del suo perimetro applicativo non cambierebbe la sostanza del profilo di incostituzionalità rilevato dalla Corte, dal momento che, indipendentemente dalla natura della violazione riscontrata, il ricorrente è comunque tenuto a sostenere dei costi per ricorrere in giudizio e far valere l'illegittimità riscontrata, sebbene questa risulti in concreto non incidente sulla legittimità sostanziale della decisione.

La sentenza in esame dovrebbe costituire un monito anche per il nostro ordinamento perché, come noto, in caso di applicazione dell'art. 21-*octies*, il giudice amministrativo, a fronte del rigetto del ricorso, tende ad applicare in modo meccanicistico la disciplina di cui all'art. 91 c.p.c. e condanna il ricorrente alla rifusione delle spese di lite dell'amministrazione<sup>332</sup> oppure, più condivisibilmente ma non in maniera del tutto soddisfattiva, compensa le spese tra le parti "*considerata comunque la sussistenza di un vizio procedurale*"<sup>333</sup> o "*per la sussistenza di contrasti giurisprudenziali sull'ambito di applicazione dell'art. 21-*octies**"<sup>334</sup>.

---

*Italian legal system and the possible implications of the Belgian Constitutional Court's rulings on the administrative loop*, in *Maastricht Working Papers Faculty of Law*, 2017, 05.

<sup>332</sup> Cfr. *ex multis* Cons. Stato, sez. IV, 16 luglio 2017, n. 2953; Tar Campania, Napoli, sez. IV, 06 luglio 2016, n. 3389; Tar Genova 58/2015; Tar Lazio, Roma, sez. II, 09 luglio 2014, n. 7314; Tar Campania, Napoli, sez. IV, 10 luglio 2014, n. 3838; Tar Puglia, Bari, sez. III, 04 luglio 2013, n. 1090; Tar Liguria, Genova, sez. I, 24 aprile 2013, n. 718.

<sup>333</sup> Cfr. Tar Calabria, Catanzaro, sez. II, 10 luglio 2014, n. 1119; Tar Sicilia, Catania, sez. III, 27 giugno 2011, n. 1588; Tar Piemonte, Torino, sez. II, 09 luglio 2011, n. 747; Tar Toscana, Firenze, sez. I, 01 settembre 2011, n. 1360.

<sup>334</sup> Da ultimo, cfr. Tar Trento, sez. I, 13 aprile 2017, n. 136

Un altro spunto interessante della sentenza, ai fini del nostro lavoro, riguarda l'acclarata incostituzionalità dell'*administrative loop* belga nella misura in cui è utilizzato dal giudice per consentire all'amministrazione di riparare ad eventuali difetti di motivazione della decisione impugnata. Secondo la corte, consentire siffatta riparazione vuol dire eludere la funzione che il legislatore ha voluto imprimere nell'obbligo di motivazione delle decisioni amministrativa, ossia consentire al suo destinatario di agire efficacemente in giudizio.

La pronuncia, sotto questo profilo, deve tuttavia essere contestualizzata, perché la versione belga dell'*administrative loop* non consente alcuna forma di contraddittorio al ricorrente nei confronti dell'integrazione motivazionale posta in essere dall'amministrazione. Nella nuova formulazione dell'*administrative loop* belga, infatti, è stato previsto, in via generale, il diritto di difesa del ricorrente a seguito del riesercizio dell'azione amministrativa stimolato dall'ordinanza del giudice che instaura l'*administrative loop*. In tal modo la funzione difensiva della motivazione verrebbe ad essere recuperata *ex post* in fase giudiziale.

**CAPITOLO IV**  
**CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE:**  
**MITI NAZIONALI E REALTA' EUROPEE A CONFRONTO**

**1. L'art. 21-octies in un decennio di applicazione giurisprudenziale:  
problematiche nazionali a confronto**

Sull'art. 21-octies si è scritto tanto e, come noto, la disposizione è stata guardata fin da subito con diffidenza e ha suscitato numerose critiche e perplessità.

E' stato detto che l'art. 21-octies rappresenta, da un lato, una "norma che incoraggia le amministrazioni a violare la legge"<sup>335</sup>, capace di produrre "lo stesso effetto diseducativo che genera, in tutti i rami del diritto, la politica dei condoni"<sup>336</sup>, a discapito della funzione di garanzia che è propria delle disposizioni procedurali<sup>337</sup>; dall'altro, uno strumento idoneo ad incidere sul sindacato

---

<sup>335</sup> Così B.G. MATTARELLA, *Il declino della motivazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 622. Sul punto, è stato anche affermato che "la norma sull'annullabilità del provvedimento rischia di tradursi in un pericoloso invito alla fretta purchessia: si faccia, purchè si faccia, e soprattutto presto (quando bene si vedrà in seguito!)" (R. FERRARA, *La legge sul procedimento amministrativo alla prova dei fatti: alcuni punti fermi... e molte questioni aperte*, in *Dir. e proc. amm.*, 2011, 75). *Contra*, F. TRIMARCHI BANFI, *Illegittimità e annullabilità*, cit., 409 ss., secondo la quale "Non annullabilità del provvedimento non significa dunque irrilevanza delle regole formali: solo ex post è possibile constatare se l'inosservanza di quelle regole non abbia arrecato pregiudizio all'attuazione della funzione amministrativa, e la conservazione dell'atto illegittimo, che segue a tale constatazione, non esime l'Amministrazione, quando agisce, dal dovere di osservare ogni precetto che regola l'esercizio della funzione".

<sup>336</sup> P. PROVENZANO, *I vizi nella forma e nel procedimento*, cit., 301.

<sup>337</sup> Così ex multis A. POLICE, *La c.d. invalidità formale dei provvedimenti amministrativi tra mito e realtà*, in V. PARISIO (a cura di), *Vizi formali, procedimento e processo amministrativo*, Milano, 2004, secondo il quale l'effetto dell'art. 21-octies è quello di "abrogare" implicitamente tutte le norme sulla forma o sulla procedura o, forse più propriamente, quello di verificarne interamente la portata precettiva, riducendole al rango di mere norme programmatiche"; D. CORLETTI, *Vizi "formali" e poteri del giudice amministrativo*, cit., 33 ss., il quale conclude che "l'attività ora regolata come procedimento diventa al limite del tutto informale, non partecipata, segreta, "privatizzata" o "aziendalizzata", purché risulti alla fine che il "risultato", l'assetto finale, era quello che la legge voleva (secondo le valutazioni a posteriori condotta dal giudice)"; M. RAMAJOLI, *Lo statuto del provvedimento a vent'anni dall'approvazione della legge n. 241/1990, ovvero del nesso di strumentalità triangolare tra procedimento, atto e processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 459 ss., ove si legge che con l'art. 21-octies "si assiste alla degradazione di molte ipotesi di violazione di legge a forme di illegittimità non invalidanti, con la conseguenza di far considerare inutile formalismo anche il rispetto di regole che hanno una valenza che va al di là della tutela di interessi specifici di un singolo". Con particolare riferimento al timore che il ricorso alla motivazione postuma avrebbe rischiato di deresponsabilizzare l'Amministrazione, favorendo l'emanazione di provvedimenti motivati in modo generico o non motivati affatto, cfr. M. CLARICH, *Tutela*

giurisdizionale per privarlo del “riscontro di legalità formale e delle regole procedurali non rilevanti sul contenuto del provvedimento”<sup>338</sup> tramite un giudizio puramente ipotetico, che implica una sostituzione del giudice all’amministrazione per escludere qualsiasi altro possibile contenuto alternativo del provvedimento impugnato<sup>339</sup>. Si è, infine, dubitato dell’ammissibilità nel nostro ordinamento di una regola quale quella di cui all’art. 21-*octies* sia in relazione alla Costituzione<sup>340</sup> sia in relazione al diritto UE<sup>341</sup> e alla CEDU<sup>342</sup>.

Il dibattito dottrinale è stato nel complesso accompagnato da una nota sottotraccia: l’art. 21-*octies* come strumento di contrapposizione tra le ragioni della legalità e quelle dell’efficienza dell’azione amministrativa che inaugura il

---

*giurisdizionale e altre forme di tutela*, in *Annuario Aipda 2002*, Milano, 2003, 274; A. CALEGARI, *Sulla natura sostanziale o processuale e sull’immediata applicabilità ai giudizi pendenti delle disposizioni concernenti l’annullabilità dei provvedimenti amministrativi contenute nell’art. 21-*octies* della l. n. 241/90*, in *www.giustamm.it*, 2005; A. CASSATELLA, *Il dovere di motivazione nell’attività amministrativa*, cit. 333.

<sup>338</sup> E. FOLLIERI, *L’annullabilità del provvedimento*, cit., 628.

<sup>339</sup> Cfr., tra gli altri, E.M. MARENGHI, *Procedimenti e processualprocedimenti*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 37, ora in *Procedimenti e processualprocedimento*, Padova, 2009, ove si evidenzia che il giudice, in applicazione dell’art. 21-*octies*, “prima ricostruisce l’atto virtuale, il procedimento mancato, poi si instaura il giudizio su di esso”; L. D’ANGELO, *L’art. 21-*octies*, comma 2, l. n. 241/90: onere probatorio della p.a. ed eccesso di potere controfattuale*, cit., 2, secondo il quale “il processo diventa l’involucro di un pseudo procedimento amministrativo che, articolandosi nei suoi vari passaggi, anche quelli omessi nella realtà, si concluderà con un provvedimento, anch’esso ipotetico, coincidente con quello oggetto di impugnativa”.

<sup>340</sup> Cfr. *ex multis* A. ZITO, *La partecipazione ai procedimenti amministrativi: considerazioni minime sul fondamento costituzionale*, in *Procedura, Procedimento, Processo. Atti del Convegno*, Urbino 14 e 15 giugno 2007, Milano, 2010, 187; E. FOLLIERI, *L’annullabilità dell’atto amministrativo*, cit., 65; IDEM, *Il modello di responsabilità per lesione di interessi legittimi nella giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo: la responsabilità amministrativa di diritto pubblico*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 28-32; C. POLIDORI, *I vizi formali e procedurali nelle prime applicazioni pretorie dell’art. 21-*octies* l. 241/90*, in *Corr. Mer.*, 2006, 248 ss.; F. FRACCHIA - M. OCCHIENA, *Teoria dell’invalidità dell’atto amministrativo*, cit., 24 ss.; G. BERGONZINI, *Art. 21-*octies* della legge n. 241 del 1990 e annullamento d’ufficio dei provvedimenti amministrativi*, in *Dir. amm.*, 2000, 181 ss.; F. VOLPE, *La non annullabilità dei provvedimenti amministrativi illegittimi*, cit., 340 ss.; M. OCCHIENA, *Il divieto di integrazione in giudizio della motivazione*, cit., 522 ss.; D.U. GALETTA, *Violazione di norme sul procedimento amministrativo*, cit., 214 ss.

<sup>341</sup> Per le problematiche sollevate nei confronti diritto UE, cfr. l’analisi svolta *supra* nel capitolo II alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia.

<sup>342</sup> Si vedano P. PROVENZANO, *I vizi nella forma e nel procedimento*, cit., 287 ss.; E. FOLLIERI, *Sulla possibile influenza della giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo sulla giustizia amministrativa*, cit., 700 ss.; F. GOISIS, *Garanzie procedurali e Convenzione europea per la tutela dei diritti dell’uomo*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 1357 ss.; M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012, 140 ss., 251 ss. e 262 ss.

passaggio verso un'"amministrazione di risultato"<sup>343</sup>, in cui il parametro di legittimità della decisione finale è costituito dalla puntuale concretizzazione dell'interesse pubblico più che dal rispetto delle regole che presidono lo svolgersi del potere.

Il lavoro di ricerca svolto nei capitoli precedenti ha consentito di fornire strumenti utili per analizzare e passare a vaglio critico le perplessità e le osservazioni testé brevemente illustrate. A tal fine saranno dedicati i prossimi paragrafi, nei quali saranno riprese e approfondite anche ulteriori questioni emerse nell'analisi della casistica giurisprudenziale dell'art. 21-*octies* (le conseguenze derivanti sul piano del rapporto tra procedimento e processo e l'individuazione dell'oggetto del giudizio di causalità).

### **1.1. *L'art. 21-octies come incentivo di fenomeni di maladministration.***

Con riferimento al timore manifestato da larga parte della dottrina, che ha guardato all'art. 21-*octies* come fonte generatrice di episodi di cattiva amministrazione tra i funzionari delle amministrazioni, potendo questi ultimi contare sulla salvezza dei provvedimenti affetti da violazioni formali/procedimentali ma sostanzialmente legittimi, nulla si può replicare in punto di diritto. Si intende dire che timori di questa natura si riferiscono al carattere sociologico delle disposizioni normative, cosicché la loro fondatezza o meno dipende dall'effetto "psicologico" che in concreto l'adozione della norma genera sui suoi destinatari e, più in generale, dalla percezione che di essa ha la collettività.

Si tratta, in altre parole, di profili sottesi all'introduzione di ogni norma di diritto positivo, comuni anche ad altre branche del diritto. Si pensi, nel diritto penale, alle norme scriminanti. Si pensi, nella disciplina degli appalti pubblici, all'art. 38, d.lgs. n. 163/2006 che ha introdotto il soccorso istruttorio in favore dei concorrenti: la possibilità di sanatoria, seppure a pagamento, potrebbe destare preoccupazioni in punto di efficienza ed economicità delle procedure di evidenza pubblica, dal

---

<sup>343</sup> Il precursore della teorica dell'Amministrazione di risultato è stato senza dubbio L. Iannotta (cfr. su tutti lo scritto L. IANNOTTA, *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione: dagli interessi ai beni*, in *Dir. amm.*, 1999, 57 ss.).

momento che la possibilità di riparare l'errore potrebbe indurre i concorrenti a prestare minore attenzione nella fase di preparazione delle offerte.

Come abbiamo visto nel precedente capitolo III, timori della stessa natura sono serpeggiati anche in Olanda nell'ambito dei lavori parlamentari per l'adozione della riforma della legge sul diritto amministrativo, ma sono stati smentiti qualche anno più tardi da una ricerca statistica condotta da due studiosi olandesi, dalla quale è emerso l'assenza di un rapporto di causalità tra l'introduzione di rimedi come l'art. 6:22 Awb, che introduce un approccio sostanzialistico al controllo di legittimità delle decisioni amministrative, e la percezione da parte delle amministrazioni pubbliche dell'utilità e dell'obbligatorietà del rispetto delle garanzie procedurali, che risulta di fatto invariata<sup>344</sup>.

Non è certo questa la sede per riprodurre una ricerca di siffatto tipo a livello nazionale. È, tuttavia, possibile fornire un dato empirico.

Svolgendo una semplice ricerca sulla banca dati del sito [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it) è emerso che, dal 2005 ad oggi, in una media di circa 400 sentenze all'anno (tra primo e secondo grado), il giudice amministrativo si è occupato della violazione di *"norme sulla forma degli atti o sul procedimento"* e dell'applicabilità o meno dell'art. 21-*octies* al provvedimento impugnato.

Un numero obiettivamente basso rispetto alla media di sentenze che ogni anno sono pronunciate dai Tar e dal Consiglio di Stato. Per avere un'idea più precisa, restringiamo il campo di ricerca e otteniamo che nel 2016 il Tar Milano ha reso in tutto 6 pronunce in cui si è fatta questione dell'art. 21-*octies*, su un totale di 2244 sentenze pronunciate! Nello stesso anno, il Consiglio di Stato ha pronunciato 43 sentenze in cui si è fatta questione dell'art. 21-*octies*, su un totale di 5222 sentenze pronunciate!

---

<sup>344</sup> Più di recente, è ricco di spunti di riflessione il recente contributo di uno studioso spagnolo che ha predisposto appositi modelli matematici per valutare l'impatto del tipo di regolamentazione dei procedimenti amministrativi sui comportamenti delle autorità pubbliche, mostrando i vantaggi di una disciplina che preveda l'annullamento della decisione soltanto nel caso in cui la violazione procedimentale *"has not reduced the probability of having established an optimal policy"*: cfr. G. DOMÉNECH, *Harmless errors in administrative law*, 34° Annual Conference of the European association of Law and Economics (EALE), 14-16 Settembre 2017, Londra.



Insomma, anche tenendo conto del grado di approssimazione dei dati illustrati anche in ragione della scarsa precisione dello strumento di ricerca utilizzato, mi sembra si possa comunque affermare con una certa confidenza che la scriminante dell'annullabilità contenuta nell'art. 21-*octies* non ha messo in dubbio il perdurante rispetto della legalità procedimentale nella fase di formazione della decisione finale.

Anche perché, occorre ricordarlo, i processi sono un costo non solo per i cittadini ma anche per le amministrazioni, sia in termini di difesa giurisdizionale (si pensi soprattutto alle amministrazioni locali che non si avvalgono della difesa dell'avvocatura comunale), sia in termini di *performance* (si pensi alle ripercussioni negative determinate dal contenzioso instaurato nei confronti di un provvedimento di aggiudicazione di un contratto pubblico sul raggiungimento degli obiettivi definiti in sede di indirizzo politico-amministrativo; si pensi ai contenziosi sui provvedimenti di accertamento di abusi edilizi con conseguente ordine di riduzione in pristino, affetti da mere violazioni procedurali, e il ritardo generato nel perseguimento degli abusi che rappresentano talvolta un rischio per l'incolumità pubblica).

Anche nella logica dell'"amministrazione di risultato", quindi, sembra preferibile "fare bene e subito" piuttosto che "fare male e riparare dopo".

Siffatta conclusione sembra trovare un'implicita conferma nella recentissima riforma dell'art. 21-*nonies*, primo comma, l. n. 241/90, il quale, nella sua rinnovata formulazione, stabilisce che può essere annullato d'ufficio "*Il provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell'articolo 21-*octies*, esclusi i casi di cui al medesimo articolo 21-*octies*, comma 2 (...)*". La disposizione non brilla per chiarezza espositiva<sup>345</sup> ma ciò che è certo è che oggi, a fronte di un provvedimento

---

<sup>345</sup> La questione meriterebbe un apposito approfondimento che esula dall'economia del presente lavoro. Intendiamo comunque tracciare alcuni profili interpretativi che, ad una prima lettura, sembrano emergere dal testo della norma. In particolare, non è agevole comprendere se l'espressione "*esclusi i casi di cui al medesimo articolo 21-*octies*, comma 2*" intenda precludere l'annullamento d'ufficio del provvedimento "non annullabile" o, più in generale, del provvedimento affetto dalla violazione di una "*norma sulla forma degli atti o sul procedimento*". Le differenze applicative sono notevoli. Se si accogliesse la prima ipotesi interpretativa, l'amministrazione, per decidere se procedere o meno con l'annullamento d'ufficio di un provvedimento affetto da violazioni formali o procedurali, dovrebbe svolgere essa stessa il giudizio di causalità, come una sorta di riesame, per

affetto da violazioni di “*norme sulla forma degli atti o sul procedimento*” ai sensi dell’art. 21-*octies*, comma 2, l’amministrazione non può più intervenire *ex post* in autotutela per “riparare dopo” la violazione commessa, magari anche con intenti deflattivi di un eventuale contenzioso ventilato dal privato destinatario del provvedimento.

## **1.2 La “dequotazione” delle garanzie procedurali e la Convenzione europea dei diritti dell’uomo.**

La circostanza che la violazione di una garanzia procedimentale non possa per ciò solo determinare l’annullamento del provvedimento adottato, occorrendo a tal fine accertare anche l’influenza che essa abbia avuto sul contenuto dispositivo della decisione, ha portato alcuni studiosi ad interrogarsi sulla conciliabilità dell’art. 21-*octies* con l’interpretazione estensiva dell’art. 6 CEDU operata dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

Come noto, detta previsione, che dal tenore letterale sembrerebbe essere una norma puramente processuale, assume nel diritto vivente rilevanza anche nel diritto amministrativo sostanziale<sup>346</sup> e nei confronti delle autorità amministrative<sup>347</sup>, cui spetta rispettare già in sede procedimentale sia il diritto dei soggetti interessati di essere ascoltati prima dell’adozione del provvedimento

---

accertare l’incidenza o meno della violazione sul contenuto dispositivo del provvedimento. In caso di esito negativo, il provvedimento sarebbe sottratto dal potere di autotutela, fermo restando che potrebbe comunque essere annullato successivamente in un eventuale contenzioso giurisdizionale qualora il giudizio di causalità svolto dal giudice giunga ad esiti diversi rispetto a quelli cui è giunta l’amministrazione. Resta da capire, in quest’ultimo caso, come affrontare la questione della “*responsabilità connessa all’adozione e al mancato annullamento del provvedimento illegittimo*” che l’ultimo periodo dell’art. 21-*nonies*, primo comma, prevede in capo all’amministrazione.

<sup>346</sup> Cfr., *ex multis*, Corte EDU, 28 giugno 1978, causa König c. Germania; 10 febbraio 1983, causa Albert ed Le Compte c. Belgio; 20 maggio 1998, causa Gautrin c. Francia; 20 ottobre 2009, causa Lombardi Vallauri c. Italia. Per un riconoscimento, anche a livello nazionale, della rilevanza procedimentale dell’art. 6 CEDU, cfr. le ordinanze del Consiglio di Stato n. 4491 e 4492 del 02 ottobre 2014. Per un commento a tali ordinanze si rinvia a M. ALLENA, *Interessi procedurali e Convenzione europea dei diritti dell’uomo: verso un’autonoma tutela?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 67 ss.

<sup>347</sup> La Corte riconosce quale Autorità soggetta alla disciplina contenuta nell’art. 6 CEDU ogni organo il cui compito “*is to determine matters within its competence on the basis of rules of law, following proceedings conducted in a prescribed manner*” (così, Corte Edu, 03 ottobre 2000, causa Eisenstecken c. Austria).

finale, sia l'obbligo di motivare le decisioni assunte che limitino in qualsiasi modo l'esercizio delle libertà fondamentali contemplate dalla Convenzione<sup>348</sup>.

Ebbene, l'incompatibilità tra l'art. 21-*octies* e le garanzie riconosciute dall'art. 6 CEDU è stata rinvenuta nella circostanza che, nella giurisprudenza CEDU, la violazione di una garanzia procedimentale rileva di per sé autonomamente, senza che sia necessaria una verifica dell'incidenza causale o meno della violazione medesima sulla legittimità sostanziale della decisione<sup>349</sup>. Di conseguenza, la logica di risultato sottesa all'art. 21-*octies* è stata da taluni studiosi ritenuta in aperto contrasto con il grado di tutela che l'ordinamento convenzionale riconosce alle garanzie procedimentali<sup>350</sup>, perlomeno nei casi in cui *sub iudice* vi sia una decisione amministrativa direttamente decisiva per la determinazione di "*civil rights and obligations*"<sup>351</sup>.

---

<sup>348</sup> La consapevolezza da parte della nostra dottrina che l'art. 6 CEDU sia da riferire anche al procedimento, e non solo al processo, si è affermata compiutamente solo in questo decennio: si veda, tra i molti, F. GOISIS, *Un'analisi critica delle tutele procedimentali e giurisdizionali avverso la potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione, alla luce dei principi dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il caso delle sanzioni per pratiche commerciali scorrette*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 671 ss.; M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012; V. TROISE MANGONI, *Il potere sanzionatorio della Consob. Profili procedimentali e strumentalità rispetto alla funzione regolatoria*, Milano, 2012, 227 ss; MIRATE, *Giustizia amministrativa e Convenzione europea di diritti dell'uomo. L'"altro" diritto europeo in Italia, Francia e Inghilterra*, Napoli, 2007; IDEM, *Protection of ECHR rights in administrative proceedings*, in CARANTA (a cura di), *Interest representation in administrative proceedings*, Napoli, 2008, 225 ss.

<sup>349</sup> Sotto questo profilo, si è fatto notare, l'irrilevanza della violazione procedimentale potrebbe sussistere solo nel caso in cui lo scopo della garanzia pretermessa si sia comunque realizzato, secondo lo schema della regola del raggiungimento dello scopo esemplificata nell'art. 156 c.p.c.: M. ALLENA, *op. ult. cit.*, 266-267.

<sup>350</sup> Si esprimono in tal senso F. GOISIS, *Un'analisi critica delle tutele procedimentali e giurisdizionali avverso la potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione, alla luce dei principi dell'art. 6 della convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il caso delle sanzioni per pratiche commerciali scorrette*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 699 ss., secondo il quale "*non solo le garanzie procedimentali diventano secondarie e, diciamo così, facoltative, mere leges (di fatto) imperfectae, ma altresì ci si pone in contrasto con uno specifico e consolidato insegnamento della Corte di Strasburgo, secondo cui, nella prospettiva CEDU, è irrilevante la circostanza che le violazioni dell'art. 6 siano state, o meno, tali da aver concretamente influito sull'esito della decisione*"; IDEM, *Garanzie procedimentali e Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 1356; IDEM, *La tutela del cittadino*, cit., 92 ss.; M. ALLENA, *Art. 6 CEDU*, cit., 253.

<sup>351</sup> Per la delimitazione dei confini applicativi dell'art. 6 CEDU nell'ambito del diritto amministrativo sostanziale, sulla base di un'interpretazione estensiva operata dalla Corte Edu delle nozioni di "reato" e "diritti di carattere civile", cfr. F. GOISIS, *La tutela del cittadino*

Nell'affrontare la questione occorre, tuttavia, non tralasciare il particolare importante che i giudici di Strasburgo, nell'accertare la sussistenza della censurata violazione procedimentale, non tengono conto soltanto della fase di adozione del provvedimento, ma esaminano l'intero *iter* "procedimento amministrativo-processo giurisdizionale" per verificare se la garanzia pretermessa in sede procedimentale sia stata o meno recuperata *ex post* in sede processuale attraverso un processo paritario svolto da un'autorità giurisdizionale dotata di *full jurisdiction*, ossia di una giurisdizione piena, che le consenta di effettuare una valutazione potenzialmente sostitutiva della scelta compiuta dall'amministrazione nell'adozione del provvedimento finale. Più precisamente, "*un tribunale con giurisdizione sul merito della questione*"<sup>352</sup>, ossia sul fatto come sul diritto, punto su punto, senza mai dover declinare la capacità di conoscere i fatti e di provvedere<sup>353</sup>. In altri termini, come potere del giudice di "*esaminare il merito del caso, accertare i fatti e valutare gli elementi di prova*"<sup>354</sup>, così da "*da decidere sui diritti della parte interessata*"<sup>355</sup>.

La sede giurisdizionale, insomma, tramite la celebrazione di un giusto processo, diviene il momento "ultimo" di compensazione della violazione delle garanzie di

---

*nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2014, 53 ss.; M. ALLENA, *Art. 6 CEDU*, cit., 171 ss.

<sup>352</sup> Corte Edu, Plenaria, 08 luglio 1987, caso n. 9749/82, W. c. United Kingdom, par. 82: "*In a case of the present kind, however, there will in the Court's opinion be no possibility of a "determination" in accordance with the requirements of Article 6, § 1 (art. 6-1) of the parent's right in regard to access, as analysed in paragraph 77 above, unless he or she can have the local authority's decision reviewed by a tribunal having jurisdiction to examine the merits of the matter. And it does not appear from the material supplied by the Government or otherwise available to the Court that the powers of the English courts were of sufficient scope to satisfy fully this requirement during the currency of the parental rights resolution*".

<sup>353</sup> Corte Edu, sez. I, 17 aprile 2012, caso n. 21539/07, Steininger c. Austria, par. 50: "*It considered these submissions on their merits, point by point, without ever having to decline jurisdiction when replying to them or ascertaining various facts*".

<sup>354</sup> Corte Edu, sez. II, 04 marzo 2014, casi nn. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10, Grande Stevens et Autres c. Italie, par. 155.

<sup>355</sup> In particolare, il giudice dotato di *full jurisdiction* può annullare o mantenere la decisione, oppure cambiare il suo contenuto: cfr. Corte Edu, sez. V, 07 giugno 2012, caso n. 4837/06, Segame SA c. France, par. 56: "*The Administrative Court concerned had broad powers and full jurisdiction in this case to assess all the elements of fact and law and could not only quash or uphold an administrative decision, but also change it or replace it with its own decision and rule on the rights of the interested party*".

cui all'art. 6 CEDU avvenuta nel corso del procedimento amministrativo, secondo un bilanciamento tra fase procedimentale e fase processuale.

Neanche tale precisazione, tuttavia, ad avviso di una parte della dottrina, sarebbe sufficiente per salvare l'art. 21-*octies* dalla prospettata incompatibilità convenzionale, dal momento che, si assume, il giudice amministrativo italiano può legittimamente sostituire il proprio apprezzamento a quello dell'amministrazione, nei termini richiesti dalla giurisprudenza CEDU, soltanto nelle residuali ipotesi di giurisdizione di merito stabilite dall'art. 134 c.p.a.<sup>356</sup>. Il giudizio di causalità di cui all'art. 21-*octies*, incardinato nella giurisdizione di legittimità, sarebbe pertanto sprovvisto dei crismi del giusto processo capaci di compensare *ex post* la violazione procedimentale.

Ora, le conclusioni appena illustrate paiono frettolose e troppo generiche. Innanzitutto, occorre considerare che ad oggi sono ancora fortemente dibattute le caratteristiche che il sindacato giurisdizionale deve possedere perché possa ritenersi integrata, in concreto, la nozione di *full jurisdiction*<sup>357</sup>, soprattutto ove emergano profili di discrezionalità amministrativa.

Secondo una visione maggioritaria, il concetto di *full jurisdiction* richiederebbe al giudice nazionale una sostituzione piena, estesa ai profili di opportunità dell'azione amministrativa e capace di fornire la regola sostanziale della relazione tra cittadino e Amministrazione, con un giudizio che deve "*direttamente guardare alla spettanza del bene della vita oggetto del conflitto di interessi tra cittadino e Amministrazione*"<sup>358</sup>. Una sostituzione, si ribadisce, che, secondo una parte della

---

<sup>356</sup> Così, da ultimo, in termini perentori, P. PROVENZANO, *I vizi nella forma e nel procedimento*, cit., 294, secondo il quale "Ebbene, come è ampiamente noto, nel nostro sistema di giustizia amministrativa il Giudice può legittimamente sostituire il proprio apprezzamento a quello dell'Amministrazione solamente in talune residuali materie tassativamente previste dalla legge. Ne consegue, dunque, che al di fuori di tali ipotesi la violazione delle garanzie del giusto procedimento non possa mai ritenersi emendabile in sede giurisdizionale". Cfr. anche sul punto la posizione di F. GOISIS, *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa*, cit, 581.

<sup>357</sup> Come è stato precisato da R. TINIÈRE, *La notion de « pleine juridiction » au sens de la Convention européenne des droits de l'homme et l'office du juge administratif*, in *RFDA*, 2009, 729 ss., 740, la nozione di *full jurisdiction* ha carattere "proteiforme".

<sup>358</sup> Sul punto, si veda ancora F. GOISIS, *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa*, cit.

dottrina, sarebbe possibile nel nostro ordinamento esclusivamente in sede di giurisdizione di merito.

Secondo, invece, una visione che si sta imponendo negli ultimi anni, la pienezza della giurisdizione richiesta dalla giurisprudenza CEDU sarebbe riferibile precipuamente alla piena conoscenza e valutazione dei fatti da parte del giudice. E sotto questo profilo, viene precisato, non vi sarebbe differenza alcuna tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di merito, dal momento che, a seguito dell'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, una sola differenza sussiste tra la giurisdizione di merito e quella di legittimità, ossia i poteri decisori del giudice: ai sensi dell'art. 34 c.p.a., infatti, il giudice solo *“nei casi di giurisdizione di merito, adotta un nuovo atto, ovvero modifica o riforma quello impugnato”*, mentre nessuna diversità, tra la legittimità ed il merito, vi è nei poteri cognitori e istruttori, anche in relazione ai mezzi istruttori di cui si può avvalere il giudice<sup>359</sup>.

---

<sup>359</sup> Così, A. CARBONE, *Il contraddittorio procedimentale*, cit., 141, secondo il quale *“(…) il giudizio di legittimità si è venuto a declinare come giudizio di piena giurisdizione, come tale caratterizzato da un sindacato particolarmente incisivo sulla sostanza della scelta compiuta dall'autorità amministrativa, anche attraverso l'analisi intrinseca di tutti gli elementi di fatto (anche complessi) rilevanti; di talché la qualificazione di “legittimità” appare più il retaggio della terminologia tradizionale che non la precisa indicazione di un modello giurisdizionale contrapposto a quello di “merito”*”, richiamando, sul punto, le osservazioni di F.G. SCOCA, *Osservazioni eccentriche, forse stravaganti, sul processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, spec. 866 ss.. In senso conforme, v. anche E. FOLLIERI, *Sulla possibile influenza della giurisprudenza della Corte Europea di Strasburgo sulla giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 702, ove si legge che *“Va anche evidenziato il superamento, ad opera del codice del processo amministrativo, del riferimento normativo che distingue la giurisdizione di legittimità da quella “estesa al merito” per cui la cognizione piena sarebbe ammessa solo nelle materie incluse nell'art. 134 C.P.A. e nelle altre indicate dalla legge”*; F. CINTIOLI, *Giusto processo, CEDU e sanzioni antitrust*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 507 ss., secondo il quale *“Il sindacato è pertanto non sostitutivo, perché esiste pur sempre una riserva di amministrazione legata ad una sfera di merito. Ma una tale riserva ha confini davvero molto fragili. E soprattutto va correttamente intesa, senza limitarsi alla ripetizione di formule tralatizie, e va spiegata secondo il modo concreto in cui la giurisprudenza la declina. Un tempo, si tratta ormai di diversi decenni fa, il giudice amministrativo era solito affermare che gli era negato un accesso pieno al fatto. Il giudizio era incentrato sull'atto amministrativo anziché sull'attività; ed effettivamente nel vivo del processo non si effettuava sempre una piena cognizione di tutti i fatti ponderati dall'amministrazione. Ma una tale visione appartiene a un passato davvero lontano. Oggi il processo amministrativo indaga la pretesa sostanziale e soprattutto presuppone un pieno accesso ai fatti da parte del giudice”*; Concorda sulla necessità del tendenziale superamento del limite del merito amministrativo ai fini della realizzazione della *full jurisdiction*, M. ALLENA, *Art. 6*, cit., spec. 207 ss.

Volendo intersecare le due prospettive sopra illustrate, potremmo allora affermare che il requisito della “sostituzione” richiesto dalla nozione di *full jurisdiction* possa ritenersi integrato quando il giudice amministrativo, nei limiti della domanda di parte<sup>360</sup>, sia in grado di conoscere in modo pieno ed effettivo tutti gli aspetti della controversia, senza alcuna limitazione quanto al fatto ed alla sua ricostruzione, gli interessi coinvolti e le ragioni sottese alla decisione sottoposta alla sua cognizione, al fine di individuare la regola sostanziale della relazione tra amministrazione e ricorrente.

Ebbene, il giudizio di causalità richiesto dall’art. 21-*octies*, così come ricostruito nel presente lavoro attraverso l’analisi della casistica giurisprudenziale in materia<sup>361</sup>, pare ben inserirsi nella logica della *full jurisdiction* testé illustrata. Come abbiamo visto, infatti, il giudice, per escludere la possibilità di alternative decisorie al provvedimento impugnato non si ferma dinanzi alla violazione procedimentale censurata e agli elementi espressi nel provvedimento, ma allarga la propria cognizione a tutte le risultanze dell’istruttoria procedurale e processuale che gli consentano di formulare un giudizio sulla legittimità sostanziale o meno del provvedimento. E quando il giudice esclude l’idoneità della violazione procedimentale a condurre all’annullamento del provvedimento, in quanto sostanzialmente legittimo, esclude di fatto la possibilità di alternative decisorie all’esercizio del potere, così definendo la regola sostanziale del rapporto tra privato e amministrazione.

---

<sup>360</sup> La precisazione è diffusa in dottrina. Cfr. F. CINTIOLI, *op. ult. cit.*, ove si legge che “*il controllo di piena giurisdizione passa pur sempre per il filtro del principio dispositivo, dal punto di vista della domanda processuale. I principi della CEDU sono compatibili e devono fare certamente i conti col principio dispositivo. Sicché il giudice effettuerà un sindacato pieno, ma il ricorrente è onerato di porre il giudice in condizione di provvedervi. Non può il ricorrente solo dolersi di tutto il provvedimento sanzionatorio e porlo davanti al giudice per sollecitare un riesame dell'intero procedimento (a seconda dei casi, con poche battute o con trattazione molto ampia)*”; F. GOISIS, *La full jurisdiction*, cit., ove si precisa che per verificare la pienezza del giudizio deve guardarsi al caso concreto, e cioè “*si deve guardare prima alla domanda e alle istanze (anche istruttorie) di parte, e, in genere, alle esigenze di tutela espresse avanti al giudice nazionale e, poi, a come quest'ultimo vi abbia concretamente risposto*”. Sulla compatibilità tra i principi CEDU e il principio processuale dispositivo, cfr. Corte Edu, 25 giugno 1987, in *Foro it.*, 1987, IV, 385.

<sup>361</sup> Cfr., *supra*, cap. I.

Qualunque sia la considerazione che si abbia del sindacato giurisdizionale del nostro giudice amministrativo, deve dunque ammettersi che nel giudizio di causalità di cui all'art. 21-*octies* il giudice possiede tutte le caratteristiche di una giurisdizione piena ai fini CEDU.

Una volta ammessa, in via generale e per le ragioni sopra esposte, la cittadinanza di una norma come quella dell'art. 21-*octies* in rapporto all'ordinamento convenzionale, residuano tuttavia alcune precisazioni.

Occorre innanzitutto chiarire che tale cittadinanza può dirsi in concreto esistente a patto che a) il giudice svolga correttamente il giudizio di causalità e b) rispetti in concreto gli *standard* di giudizio che si sono sopra delineati, senza restringere il proprio potere di cognizione dei presupposti per l'adozione della decisione.

Per quanto riguarda il profilo *sub a)*, come si è già avuto modo di precisare<sup>362</sup>, il giudice amministrativo deve astenersi da applicazioni dell'art. 21-*octies* del tutto apodittiche, che fanno discendere l'irrilevanza della violazione delle garanzie del contraddittorio procedimentale dalla mera constatazione della natura vincolata del provvedimento e dall'assenza di alternative decisorie, dovendo invece di volta in volta procedere con l'esame del contributo partecipativo pretermesso e/o non valutato in sede procedimentale, per indagare se le ragioni fattuali e/o giuridiche esposte dal privato sarebbero o meno state in grado, ove conosciute dall'amministrazione precedente, di incidere sul contenuto dispositivo del provvedimento impugnato<sup>363</sup>.

Per quanto riguarda, invece, il profilo *sub b)* sopra richiamato (ampiezza del giudizio di causalità), come si è già avuto modo di precisare<sup>364</sup>, è necessario un mutamento di passo che deve coinvolgere il giudice amministrativo verso un ripensamento della fase istruttoria del processo, altrimenti l'esito del giudizio di causalità non potrà che essere quello di un annullamento, quasi "standardizzato",

---

<sup>362</sup> Cfr. *supra* capitolo I, sezione I, par. 2.2.

<sup>363</sup> L'applicazione giurisprudenziale propugnata nel testo, ove rispettata in concreto, consentirebbe di superare, le resistenze mostrate in dottrina nei confronti della compatibilità dell'art. 21-*octies* con l'art. 6 CEDU (cfr. F. GOISIS, *La tutela dei cittadini nei confronti delle sanzioni amministrative*, cit., 92, che vede nell'art. 21-*octies*, come applicato in alcune sentenze del giudice amministrativo, uno strumento che rende "la scelta amministrativa di sanzionare il privato insensibile alle carenze procedurali").

<sup>364</sup> Cfr. *supra*, cap. I, sez. I, par. 3 e sez. II, parr. 3 e 4.



del provvedimento impugnato per incapacità del giudice di accertare l'assenza di alternative decisorie.

È necessario, dunque, che il giudice utilizzi sapientemente i mezzi istruttori offerti dal c.p.a. per una cognizione piena della controversia. A tal fine, ad esempio, non può costituire un ostacolo la necessità di svolgere valutazioni tecniche complesse, eventualmente derivanti dal contributo partecipativo allegato dal ricorrente a sostegno della censurata violazione del contraddittorio procedimentale, oppure l'emersione di margini residuali di discrezionalità amministrativa, che il giudice deve poter esaurire nel processo al fine di accertare la legittimità sostanziale o meno della decisione impugnata.

Le considerazioni appena svolte saranno riprese e ulteriormente sviluppate nel successivo paragrafo, cui si rimanda per affidare al lettore tracce per soluzioni *de iure condendo*.

Ciò che in questa sede occorre evidenziare è che, qualora le indulgenze testé richiamate ricorressero in concreto, la carenza di una giurisdizione piena sarebbe certamente riscontrabile. Ma sarebbe, appunto, la situazione del caso singolo, non di una condizione patologica insita nel giudizio di causalità. Del resto, la stessa tecnica di valutazione utilizzata dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo per riscontrare il rispetto dell'art. 6 CEDU è sempre calibrata sul caso concreto, in relazione alla specifica controversia.

Si ritiene, infine, utile precisare che l'esame a tutto tondo degli elementi rilevanti della controversia è importante sotto il profilo della garanzia di un giusto processo anche nell'ipotesi in cui il giudice accerti l'ininfluenza della violazione sul contenuto dispositivo della decisione, perché la pronuncia di annullamento avrà un contenuto conformativo particolarmente incisivo nei confronti del successivo riesercizio del potere amministrativo<sup>365</sup>.

---

<sup>365</sup> E' stato, infatti, precisato che il requisito della *full jurisdiction* può dirsi integrato non solo quando il giudice ha il potere di riformare o emanare una nuova decisione, ma anche quando quest'ultimo si limiti a rinviare la decisione finale all'Amministrazione a seguito dell'annullamento giudiziale, purché, però, la successiva azione amministrativa risulti direttamente confermata dalla statuizione giudiziale sul merito della controversia. Così conclude, sulla base dell'analisi giurisprudenziale della Corte Edu, B. GILIBERTI, *Sulla pienezza del sindacato giurisdizionale sugli atti amministrativi. Annotazioni a Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 20 gennaio 2014, n. 1013*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 1057 ss., 1089.

### **1.3 L'art. 21-octies e il processualprocedimento.**

Nel momento in cui, come si è visto nel paragrafo precedente, la realtà procedimentale viene trasposta nel processo giurisdizionale per consentire al giudice amministrativo di avere una cognizione piena della controversia e di verificare l'influenza della violazione procedimentale censurata sul contenuto dispositivo del provvedimento impugnato, l'art. 21-octies disegna, a ben vedere, un modello di integrazione-complementarietà tra procedimento e processo<sup>366</sup>.

Si pensi, in via esemplificativa, al difetto di motivazione e alla *vexata questio* dell'ammissibilità o meno di argomentazioni successive da parte dell'amministrazione resistente utili a fare emergere la legittimità sostanziale del provvedimento impugnato.

Si pensi, anche, al caso di omessa comunicazione di avvio del procedimento o di preavviso di rigetto, oppure all'ipotesi di mancata valutazione delle memorie procedurali del privato o delle sue osservazioni al preavviso di rigetto. Nelle fattispecie appena evocate, il contributo partecipativo pretermesso entra nel materiale conoscitivo del giudice per il tramite dei motivi di ricorso e sarà da quest'ultimo esaminato per accertare se esso sia in grado o meno di influire sul contenuto dispositivo del provvedimento impugnato, anche alla luce dell'attività

---

Per un approfondimento della questione, che esula dall'economia del presente lavoro, ci si permette di rinviare a F. GOISIS, *La full jurisdiction*, cit.

<sup>366</sup> Un modello che, come vedremo nel prosieguo, ricorda quello descritto nell'art. 16 della legge del 1989 istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato, confluito poi nell'art. 44 del Testo unico del Consiglio di Stato, il quale dispone che "*Se la sezione, a cui è stato rimesso il ricorso riconosce che l'istruzione dell'affare è incompleta, o che i fatti affermati nell'atto o provvedimento impugnato sono in contraddizione coi documenti, può richiedere all'amministrazione interessata nuovi chiarimenti o documenti: ovvero ordinare all'amministrazione medesima di fare nuove verificazioni, autorizzando le parti ad assistervi ed anche a produrre determinati documenti, ovvero disporre consulenza tecnica. Nei giudizi di merito il Consiglio di Stato può inoltre ordinare qualunque altro mezzo istruttorio, nei modi determinati dal regolamento di procedura*", configurando quindi l'istruttoria nel processo come continuazione ed integrazione dell'istruttoria del procedimento. Per un'analisi storica sui, diversi nel tempo, rapporti tra procedimento e processo, si rinvia a M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la Pubblica Amministrazione (Il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, 257.

difensiva svolta dall'amministrazione a sostegno della legittimità sostanziale della decisione.

Attraverso tale dialettica, come già anticipato nel paragrafo precedente, il processo giurisdizionale diviene la sede (può divenire la sede) per compensare *ex post*, attraverso la celebrazione di un giusto processo ai fini CEDU, la violazione delle garanzie procedurali avvenuta in fase di adozione della decisione.

Come noto, l'integrazione che così si viene a creare tra procedimento e processo è stato sintetizzata in termini critici dal prof. Marengi con l'espressione "processualprocedimento", vale a dire "*un indistinto giuridico, una sorta di continuum processualprocedimentale, che supera le separazioni funzionali tra procedimento e processo*" "*e rimette astrattamente al giudice di legittimità l'esercizio della discrezionalità non esercitata in ambito procedimentale*"<sup>367</sup>.

Si è ritenuto di separare con il virgolettato le due preposizioni che il prof. Marengi ha invece compendiate in un unico periodo per fare emergere visivamente come due profili differenti tra di loro – la continuazione tra procedimento e processo e l'asserito rischio di sostituzione del giudice all'amministrazione – vengano rappresentati secondo un rapporto di consequenzialità: la commistione di poteri come conseguenza dell'integrazione tra procedimento e processo<sup>368</sup>. Questo approccio, come già visto nel capitolo I in occasione dell'analisi del secondo alinea dell'art. 21-*octies*<sup>369</sup>, genera non pochi riflessi negativi in punto di corretta applicazione della disposizione medesima, perché porta la giurisprudenza a circoscrivere l'onere dimostrativo ivi previsto alle sole ipotesi in cui non sorga la necessità di previ apprezzamenti da parte dell'amministrazione, dovendo questi ultimi essere destinati, si ritiene, all'apposita sede procedimentale. L'annullamento del provvedimento si presenta, quindi, in questi casi, come epilogo indefettibile, per impossibilità, a causa della negata dimostrazione, di accertarne la legittimità sostanziale.

---

<sup>367</sup> E.M. MARENGI, *Giusto procedimento e processualprocedimento*, cit., 23 ss.

<sup>368</sup> La prospettata corrispondenza si riscontra, in termini critici, anche in M. RAMAJOLI, *Lo statuto del provvedimento amministrativo a vent'anni dall'approvazione della legge n. 241/90*, cit., 459 ss.

<sup>369</sup> Cfr. sez. II, par. 3.

La vena critica insita nell'espressione "processualprocedimento" si appunta proprio, e *in primis*, sulle modalità attraverso le quali avviene l'integrazione tra processo e procedimento. Si sostiene, infatti, che l'art. 21-*octies* avrebbe reso il processo "un improprio succedaneo del procedimento amministrativo", con profili di discontinuità e di novazione<sup>370</sup>, che vanno ben oltre l'idea di complementarità configurata da Nigro nella legge n. 241/90, secondo la quale la relazione tra procedimento e processo risiederebbe unicamente nella possibilità per il giudice di accedere alle risultanze dell'istruttoria procedimentale per accertare la sussistenza dei presupposti per l'adozione del provvedimento e la ragionevolezza della scelta fatta dall'amministrazione<sup>371</sup>, e non nella sostituzione "della decisione procedimentalizzata a quella processualizzata"<sup>372</sup> come avviene attraverso l'art. 21-*octies*.

Ebbene, procedendo per gradi, occorre innanzitutto precisare che le ragioni sulle quali si fondano le resistenze in parola sembrano mal poste. Il punto di riflessione da cui partire, infatti, per analizzare la fattispecie generata dall'art. 21-*octies* non può essere la relazione tra procedimento e processo come storicamente fissata nella visione originaria della l. n. 241/90, ma la relazione tra procedimento e processo come costruita dal legislatore del 2005 e il suo chiaro intento di fare in modo che all'interno del processo vi sia una completa valutazione delle ragioni che hanno portato all'adozione del provvedimento e alla definizione del suo contenuto dispositivo.

---

<sup>370</sup> E.M. MARENGHI, *Giusto procedimento e processualprocedimento*, cit.. Parla di continuazione del procedimento nel processo anche L. FERRARA, *I riflessi sulla tutela giurisdizionale dei principi dell'azione amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento verso il tramonto del processo di legittimità?*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 597.

<sup>371</sup> Così M. RAMAJOLI, *Lo statuto*, cit., la quale rileva che secondo l'intenzionalità originaria dell'ispiratore della legge n. 241/90 "solo dal procedimento amministrativo possono scaturire gli elementi necessari al giudice per la verifica dei fatti così come posti a base del provvedimento" e "solo il procedimento amministrativo può rendere noti al giudice i parametri di ragionevolezza, di giustizia e di efficienza concretamente assunti nella vicenda dall'amministrazione" (cfr. M. NIGRO, *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazioni dell'amministrazione (a proposito di un recente disegno di legge)*, in F. TRIMARCHI (a cura di), *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione*, Milano, 1990, 3 ss., spec. 13).

<sup>372</sup> Così ancora E. MARENGHI, *Giusto procedimento*, cit., 976.

Anzi, si è precisato nel paragrafo precedente che è proprio la relazione processo-procedimento sottesa all'applicazione dell'art. 21-*octies* che consente di allineare il giudizio di causalità alle garanzie stabilite dall'art. 6 CEDU<sup>373</sup>.

Le resistenze mostrate dalla dottrina e dalla giurisprudenza nei confronti dell'assorbimento processualistico di fasi procedurali non sembrano trovare ragione nemmeno nel sopraccennato timore del prof. Marengi che un processo che si fa procedimento rischia di *"rimette(re) astrattamente al giudice di legittimità l'esercizio della discrezionalità non esercitata in ambito procedimentale"*<sup>374</sup>.

Il timore in parola riguarda prevalentemente la valutazione dell'incidenza causale sul contenuto dispositivo del provvedimento dei contributi partecipativi pretermessi, o esposti nel procedimento ma non esaminati dall'amministrazione, che il ricorrente allega a sostegno della censurata violazione procedimentale.

Ma come abbiamo visto dall'esame giurisprudenziale svolto nel capitolo I, in tali circostanze il giudice non esercita alcuna funzione propriamente amministrativa e il giudizio sulla legittimità sostanziale del provvedimento *non "presuppone la ricostruzione in positivo di un atto virtuale che l'amministrazione non ha mai adottato"*<sup>375</sup>.

L'accertamento dell'influenza della violazione procedimentale sul contenuto della decisione, infatti, si svolge attraverso l'esame: *a)* dei fatti costitutivi dei motivi di ricorso che "sostanzializzano" la censurata violazione procedimentale, *b)* degli

---

<sup>373</sup> A tale proposito è stato efficacemente affermato che *"la possibilità di fare valere l'apporto partecipativo direttamente in sede giudiziaria, sia persino preferibile ai fini CEDU, in quanto permetterebbe di fare conoscere direttamente al giudice amministrativo, cioè ad un organo indipendente e imparziale, i motivi che rendono legittima l'adozione di quell'atto ovvero si oppongono all'accoglimento di un'istanza. Infatti, se i motivi sono portati direttamente di fronte al giudice, la garanzia di cui all'art. 6 sarebbe immediatamente realizzata"* (così A. CARBONE, *Il contraddittorio procedimentale*, cit., 244).

<sup>374</sup> Si esprime in questi termini E. MARENGI, *Giusto procedimento*, cit., 33.

<sup>375</sup> Sono di questa opinione, invece, E. MARENGI, *op. ult. cit.*, 977, secondo la quale *"Al giudice, invero per espressa previsione normativa è trasferita la facoltà di disporre del "contenuto del provvedimento", secondo la forma di una simulazione di atto che non viene dall'amministrazione attiva"*; E. FOLLIERI, *La giurisdizione del giudice amministrativo*, cit., 14, ove si legge che l'art. 21-*octies* *"porta il giudice a pensare ad un possibile (virtuale) contenuto del provvedimento ed a percorrere l'iter proprio dell'amministrazione attiva, modificando e sostituendo i tasselli del procedimento amministrativo, per stabilire quale contenuto avrebbe potuto avere il provvedimento"*. Parla di accertamento che si estende a valutazioni di merito V. CERULLI IRELLI, *Introduzione*, in *La pubblica amministrazione e la sua azione*, cit., 37.

elementi difensivi articolati dall'amministrazione resistente a supporto della legittimità sostanziale della decisione, c) degli elementi risultanti dall'istruttoria procedimentale e/o processuale. Non vi è, quindi, mai un esercizio diretto della funzione amministrativa da parte del giudice, ma un normale esercizio del potere giurisdizionale<sup>376</sup>.

A tale ultimo proposito, abbiamo visto che il giudice amministrativo, quando si trova dinanzi a contributi partecipativi pretermessi il cui esame implica lo svolgimento di valutazioni tecniche più o meno complesse, si preclude la possibilità di accertare, attraverso una normale attività interpretativa e istruttoria, l'idoneità o meno degli stessi ad incidere sulla legittimità sostanziale della determinazione finale e tende ad annullare *tout court* il provvedimento, rimettendo le suddette valutazioni all'amministrazione nella "*naturale sede procedimentale*"<sup>377</sup>. La conseguenza è una ingiustificata riduzione dello spettro di operatività del potere giudiziale di accertamento della legittimità sostanziale della decisione, peraltro in controtendenza rispetto alle acquisizioni più recenti della giurisprudenza amministrativa che mostrano una più estesa cognizione del giudice rispetto al passato, specie con riguardo a valutazioni dipendenti dall'applicazione di regole scientifiche o tecniche che possono lasciare uno spazio ridotto ad apporti di carattere soggettivo (c.d. accertamenti tecnici, in contrapposizione agli apprezzamenti tecnici).

Con riferimento poi alla fattispecie di omessa comunicazione di avvio del procedimento, dinanzi ad elementi dedotti dal ricorrente per la prima volta in giudizio che implicino valutazioni tecniche opinabili o discrezionali, il giudice, si ripete, addirittura rifiuta che dette valutazioni possano essere svolte in giudizio dall'amministrazione per assolvere alla dimostrazione richiesta dal secondo alinea dell'art. 21-*octies*, pena una commistione indebita tra processo e procedimento<sup>378</sup>.

Ma se abbiamo detto che l'integrazione tra procedimento e processo è voluta dall'art. 21-*octies* ed è persino preferibile ai fini Cedu per compensare *ex post* la violazione delle garanzie procedurali fissate nell'art. 6 CEDU, occorre allora

---

<sup>376</sup> Cfr. più ampiamente *supra* cap. I, sez. I, par. 3 e 4.

<sup>377</sup> IBIDEM.

<sup>378</sup> Cfr. *supra* cap. I, sez. II, par. 3.

criticare duramente tali indirizzi giurisprudenziali, perché comportano una disapplicazione dell'art. 21-octies e delle finalità di accertamento sostanziale ivi sottese.

In particolare, se dinanzi al giudice sono portate situazioni in cui il potere di scelta dell'Amministrazione può essere ancora utilmente esercitato, impedirle di farlo nel corso del giudizio vuol dire lasciare all'Amministrazione margini di discrezionalità successivi alla conclusione del processo e disattendere la volontà del legislatore di racchiudere nel processo ogni valutazione concernente la capacità o meno della violazione procedimentale di incidere sulla legittimità sostanziale del provvedimento impugnato, secondo lo schema "l'amministrazione valuta, il ricorrente si difende, il giudice decide"<sup>379</sup>.

Grazie, invece, ad una concentrazione di tutti i possibili aspetti del conflitto materiale – ricavabili, si ripete, dai fatti posti dal ricorrente a fondamento della propria domanda, così come dai contro-fatti invocati dall'amministrazione resistente e dalle risultanze dell'istruttoria processuale e procedimentale -, il giudice amministrativo sarebbe in grado di accertare la legittimità sostanziale del provvedimento senza "iperproteggere"<sup>380</sup> il ricorrente (con annullamenti che non implicano il riconoscimento della fondatezza della pretesa fatta valere in giudizio) e senza esautorare l'amministrazione procedente delle competenze che le sono proprie (dal momento che provvede essa stessa a filtrare eventuali margini di discrezionalità residua).

Vengono così attratti nella fase di cognizione segmenti di funzione che altrimenti richiederebbero una previa pronuncia di annullamento, con inutile aggravio e dubbia utilità giuridica<sup>381</sup>.

---

<sup>379</sup> Sembra concordare sul punto G. VERDE, *Sguardo panoramico al libro primo e in particolare alle tutele e ai poteri del giudice*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 795.

<sup>380</sup> In merito alla protezione del privato, anche nel caso in cui il provvedimento sia afflitto da una violazione "solo formale", si è parlato di interessi "oltremodo protetti" (così E. FOLLIERI, *Risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi*, Chieti, 1984, 90 ss.).

<sup>381</sup> Aderiscono alla posizione espressa nel testo, G. SORRENTINO, *Spunti di riflessione*, cit., 11, secondo il quale "l'art. 21-octies non legittima l'amministrazione a "fare come vuole" (e dunque nulla innova sul piano sostanziale) e consente invece, da un lato, di funzionalizzare il processo amministrativo alla effettiva giuridica meritevolezza della posizione dedotta in giudizio, dall'altro di recuperare in sede procedimentale segmenti di funzione (quelli fondati sul confronto dialettico tra privato e amministrazione) non rinunciabili, offrendo al giudice

Da un punto di vista applicativo, un'impostazione come quella appena proposta presuppone che il giudice si attivi per provocare l'instaurazione di un dialogo dinamico e paritario con le parti, al fine di avere una completa cognizione della fattispecie ed esaurire eventuali margini residuali di discrezionalità, prodromici ad un accertamento della legittimità sostanziale della decisione. A tal fine, un'importanza fondamentale potrebbe rivestire *in primis* un ricorso maggiore alla richiesta di chiarimenti o documenti (art. 63, comma 1) o all'acquisizione di informazioni (art. 64, comma 3) che il giudice ritenga necessari a tal fine. Un'importanza fondamentale potrebbe rivestire anche la tecnica del *remand*, utilizzata non tanto nell'ambito del giudizio cautelare, quanto piuttosto a fini istruttori per demandare all'amministrazione una rivalutazione della fattispecie *sub iudice* alla luce delle memorie procedurali non valutate, del contributo partecipativo pretermesso, o del *deficit* motivazionale riscontrato, affinché emergano in giudizio le valutazioni o le giustificazioni su profili dell'azione amministrativa che non si sono concretizzati nell'atto a causa della violazione procedimentale<sup>382</sup>. In questo modo il giudice, senza esautorare l'amministrazione

---

*la possibilità di adattare la "rozzezza" del rimedio cassatorio mediante pronunce (di annullamento o meno) sempre più calibrate sulla peculiarità delle vicende amministrative portate alla sua cognizione e maggiormente rispettose delle esigenze di effettività di giustizia ad esse inequivocabilmente sottese (...)*"; G. TACCOGNA, *Giusto processo amministrativo e integrazione della motivazione dell'atto impugnato*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 696 ss., il quale, svolgendo considerazioni di più ampio respiro trattando la questione della integrazione processuale della motivazione, afferma che *"E' innegabile che il legislatore ha finito (più o meno consapevolmente) per attrarre nell'ambito della fase di cognizione segmenti di procedimento che in passato venivano posti in essere, piuttosto che per prevenire l'annullamento, a seguito e in esecuzione della relativa pronuncia"* e che *"Non si vede perché l'esaurimento delle valutazioni della p.a., ed il conseguente effetto preclusivo, non debbano invece verificarsi già all'interno del primo giudizio, (...) con l'effetto di unificare la decisione del giudice sull'intero materiale cognitivo e valutativo riguardante quel conflitto sostanziale"*. Seppur con riferimento alla connessione tra l'azione atipica di accertamento autonomo del rapporto e giudizio di ottemperanza, G. GRECO, *L'accertamento autonomo nel giudizio amministrativo*, Milano, 1980, ha precisato che *"l'unica strada praticabile per un ampliamento della tutela delle posizioni sostanziali dei cittadini non è quella di un gonfiamento del giudizio di ottemperanza, ma sibbene quella di un ampliamento della portata cognitoria e decisoria del giudizio di legittimità"*. Ciò in quanto, il giudizio di ottemperanza non dà le stesse garanzie di contraddittorio e di doppio grado di giudizio che darebbe il ricorso al giudizio di legittimità.

<sup>382</sup> Rappresentativa in tal senso la sentenza del Tar Marche, Ancona, 02 febbraio 1995, n. 53, in *TAR*, 1995, I, 1775 ss., in cui, attraverso un'ordinanza istruttoria con la quale si chiedevano "schiarimenti" ai sensi dell'art. 44 t.u. Consiglio di Stato, il Comune ha prodotto



precedente delle competenze che le sono proprie, è in grado, nei limiti della domanda, di pervenire ad una cognizione piena della controversia e, quindi, di accertare la legittimità sostanziale o meno della decisione<sup>383</sup>.

La sottoposizione della violazione procedimentale al contraddittorio fa sì che il giudice si limiti ad esercitare la sua funzione giurisdizionale, senza trasformarsi in “padre spirituale dell’amministrazione”<sup>384</sup> o in un “tecnico di balistica con la funzione di aggiustare progressivamente il tiro dell’amministrazione sulla testa dell’inerme cittadino”<sup>385</sup>.

Fa da eco la struttura dell’*administrative loop* olandese illustrata nel capitolo precedente, attraverso la quale il giudice amministrativo, alla luce delle censure sollevate dal ricorrente, provoca l’esaurimento di eventuali margini di discrezionalità amministrativa o più semplicemente dialoga con l’autorità precedente al fine di pervenire, nel contraddittorio con il ricorrente, ad una risoluzione definitiva della controversia. Occorre, allora, prendere esempio dall’ordinamento olandese per sfruttare maggiormente le potenzialità insite nella giustizia amministrativa nazionale e cercare di approcciarsi diversamente alle diffuse istanze di riforme che si sono espresse negli ultimi anni in termini di contrapposizione tra qualità, legalità e giustizia.

Sotto questo punto di vista, l’art. 21-*octies* già si presta a risolvere definitivamente la controversia quando il giudice accerta l’assenza di alternative decisorie al provvedimento impugnato; quando invece il giudice annulla il provvedimento

---

in giudizio una relazione atta a chiarire le situazioni organizzative dell’amministrazione stessa alla concessione di un’aspettativa sindacale a favore di un dipendente, che non erano state sufficientemente dimostrate nel provvedimento impugnato di valutazione comparativa della domanda di aspettativa.

<sup>383</sup> Il modello processuale appena descritto richiama il tentativo già esperito dalla giurisprudenza successiva al Codice del processo amministrativo di prevedere il c.d. “*second shot*” per l’amministrazione, di cui il primo nel corso del giudizio instaurato avverso il provvedimento adottato per far convergere nel giudizio di cognizione, per quanto possibile, tutte le questioni dalla cui definizione possa derivare una risposta definitiva alla domanda del privato di acquisizione o conservazione di un certo bene della vita. Cfr. *ex multis* Tar Lombardia, Milano, sez. III, 8 giugno 2011, n. 1428.

<sup>384</sup> G. DE GIORGI CEZZI, *Sulla «inesauribilità» del potere amministrativo*, in *Urb. e app.*, 2002, 960 ss. a proposito dell’opportunità che si individuino soluzioni idonee a concentrare in un unico giudizio e rendere sostanziale la tutela del privato, nel rispetto di un ruolo effettivamente giurisdizionale del giudice.

<sup>385</sup> M. NIGRO, *Sulla riproduzione dell’atto amministrativo annullato in sede giurisdizionale per difetto di motivazione*, in *Foro it.*, 1958, III, 42.

perché quest'ultimo avrebbe potuto esibire un contenuto diverso, la risoluzione definitiva della controversia potrebbe comunque aversi nel caso in cui il ricorrente domandi non solo l'annullamento dell'atto impugnato ma anche la condanna dell'amministrazione ad un *facere* (o ad un *non facere*) e sussistano i presupposti di cui all'art. 31, comma 3, c.p.a.<sup>386</sup>.

Come è stato affermato in dottrina proprio proprio con riferimento all'art. 21-*octies*, “*si può rimpiangere il passato o rivolgersi al futuro, ma aggrapparsi ad entrambi toglie lo sguardo alla direzione*”<sup>387</sup>.

#### **1.4. L'art. 21-*octies* e il problema dell'oggetto del giudizio.**

Alla luce dei dati raccolti attraverso l'analisi della casistica giurisprudenziale e delle riflessioni svolte nel presente lavoro, ci sembra di poter giungere alla conclusione che il giudizio di causalità di cui all'art. 21-*octies* possiede le fattezze di un normale giudizio sull'atto, che si incentra sull'accogliibilità o meno della domanda di annullamento del provvedimento impugnato. Precipuamente, accertare se il provvedimento *sarebbe potuto* essere diverso, non significa, in “positivo”, che il giudice sia chiamato a definire quale *avrebbe dovuto* essere il contenuto del provvedimento.

Ecco perché non sembra più convincente la tesi variamente espressa in dottrina e in giurisprudenza ad avviso della quale l'art. 21-*octies* avrebbe inaugurato il passaggio da un giudizio sull'atto ad un giudizio sul rapporto.

Infatti, se è vero che per il tramite del giudizio di causalità l'accertamento del giudice “va oltre il provvedimento”, nel senso che non si ferma alla constatazione della violazione procedimentale ma si spinge al di là per avere una cognizione piena dei fatti dedotti in giudizio, è da escludere che per ciò solo si possa dire che oggetto del giudizio sia la pretesa sostanziale del ricorrente.

---

<sup>386</sup> Per un esame più approfondito dei presupposti e delle condizioni per l'applicazione dell'art. 31, comma 3, c.p.a. in connessione con l'azione di annullamento, cfr. da ultimo A. CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Torino, 2012.

<sup>387</sup> L. FERRARA, *Novità legislative e peso della tradizione (replicando a Fabio Saitta a proposito dell'art. 21-*octies*, comma 2, della legge n. 241 del 1990)*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2008.

L'accertamento del giudice, infatti, è propriamente rivolto ai presupposti di fatto e di diritto per l'adozione del provvedimento e, dunque, agli elementi rilevanti per ricostruire la fattispecie, e non mira a riscontrare la fondatezza o meno della pretesa attorea, bensì, più semplicemente, l'annullabilità o meno del provvedimento alla luce della capacità dei motivi di ricorso a disvelare l'illegittimità sostanziale della decisione<sup>388</sup>.

Secondo l'art. 21-*octies*, infatti, nel caso in cui il provvedimento risulti sostanzialmente illegittimo, il giudice deve pronunciare niente di più e niente di meno di una sentenza di annullamento, restando escluso ogni giudizio sulla spettanza o meno del bene della vita cui il ricorrente aspira (in caso di interesse pretensivo) o sull'assetto della futura relazione tra privato e amministrazione (in caso di interesse oppositivo)<sup>389</sup>. L'esaurimento o riduzione del potere amministrativo sulla pretesa controversa che potrebbe conseguire dalla sentenza di annullamento costituisce l'effetto solo eventuale del contenuto di accoglimento o di rigetto della domanda di annullamento, alla luce dei profili di accertamento, in positivo o negativo, svolti nel processo e fatti propri dalla statuizione del giudice<sup>390</sup>.

### **1.5. L'art. 21-*octies* e i dubbi di legittimità costituzionale.**

Come noto, l'art. 21-*octies* ha da subito suscitato in dottrina forti dubbi di legittimità costituzionale. E' stato, infatti, sostenuto che la disposizione in esame, nel prevedere che non ogni violazione di legge comporti di per sé l'annullamento del provvedimento che ne è affetto, sarebbe incompatibile con quanto prescritto

---

<sup>388</sup> Sulla incerta e sfumata locuzione "giudizio sul rapporto", cfr. le osservazioni di R. VILLATA, *Spigolature "stravaganti" sul nuovo Codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 2 ss.: "giudizio sul rapporto è pur esso una formula priva di significato euristico se non si definisce che cosa si intende per rapporto; che se poi si allude alla relazione che intercorre tra Amministrazione e privato allorquando la prima, sollecitata o meno dal secondo, esercita i suoi poteri, si tratta solo di intendersi sulle parole".

<sup>389</sup> Salvo il caso in cui il ricorrente domandi non solo l'annullamento dell'atto impugnato ma anche la condanna dell'amministrazione ad un *facere* (o ad un *non facere*) e sussistano i presupposti di cui all'art. 31, comma 3, c.p.a.

<sup>390</sup> Cfr. in termini G. ABBAMONTE, *L'interesse a ricorrere oggi*, in *Foro amm., TAR*, 2009, 1297 ss., secondo il quale l'art. 21-*octies* riguarda l'interesse a ricorrere e quello miri ad accertare, non invece la pretesa sostanziale del ricorrente.

dall'art. 113 Cost., il quale, dopo aver affermato che contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi (comma primo), stabilisce che tale tutela *“non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti”* (comma secondo) e rinvia alla legge ordinaria la determinazione di *“quali organi di giurisdizione (ordinaria o speciale) possono annullare gli atti della pubblica amministrazione nei casi e con gli effetti previsti dalla legge stessa”* (comma terzo). A ben vedere, la previsione dell'art. 21-octies è suscettibile di essere riferita ad entrambe le ipotesi contemplate e vietate dall'art. 113, secondo e terzo comma, Cost.

Più precisamente, con riferimento al secondo comma dell'art. 113 Cost., occorre precisare che esso viene solitamente interpretato *“nel senso che sono da ritenere costituzionalmente illegittime non solo le norme che escludano l'impugnativa giurisdizionale di provvedimenti amministrativi, ma anche le norme che limitino l'impugnativa a taluni vizi soltanto”*<sup>391</sup>. Da qui il dubbio di legittimità costituzionale, dal momento che l'art. 21-octies esclude la possibilità di ottenere l'annullamento dell'atto per talune tipologie di violazioni di legge<sup>392</sup>.

La questione, tuttavia, non può esaurirsi davanti a tale constatazione. Occorre infatti tenere presente che, secondo un indirizzo della Corte Costituzionale, l'art. 113, secondo comma, Cost. non deve interpretarsi in modo così rigido da sostenere che ogni preclusione all'annullabilità degli atti amministrativi sia ragione d'incostituzionalità della legge che eventualmente la disponga. Più precisamente, si rinvencono pronunce nelle quali la Consulta ha specificato che *“il secondo comma dell'art. 113 non può essere interpretato senza collegarlo col comma che lo segue immediatamente e che contiene la norma, secondo la quale la legge può determinare quali organi di giurisdizione possano annullare gli atti della pubblica*

---

<sup>391</sup> Così E. FOLLIERI, *L'annullabilità dell'atto amministrativo*, cit., 626, il quale cita a tal proposito la nota sentenza della Corte Costituzionale, 27 giugno 1958, n. 40, che ha dichiarato illegittima per violazione dell'art. 113 Cost. una norma che consentiva l'impugnazione delle determinazioni ministeriali in materia di controversie doganali solamente per vizi di incompetenza ed eccesso di potere.

<sup>392</sup> Si veda in tal senso D. CORLETTI, *Vizi “formali” e poteri del giudice amministrativo*, cit., 51, secondo il quale *“è evidente che i dubbi di costituzionalità sono tutt'altro che peregrini (...) sotto il profilo della “limitazione a particolari mezzi di impugnazione”, di cui al secondo comma dello stesso art. 113 Cost.”*.

*amministrazione nei casi e con gli effetti previsti dalla legge medesima. Il che sta a significare che codesta potestà di annullamento non è riconosciuta a tutti indistintamente gli organi di giurisdizione, né è ammessa in tutti i casi, e non produce in tutti i casi i medesimi effetti*<sup>393</sup>. Affinché l'art. 113 Cost. possa dirsi rispettato, però, è necessario *“che la norma, la quale si discosti dal modello accolto in via generale per l'impugnazione degli atti amministrativi, sia improntata a ragionevolezza e adeguatezza”* e che sia comunque in grado di *“fornire una congrua garanzia, indefettibile in uno Stato di diritto, contro abusi ed eccessi”*<sup>394</sup>.

Interpolando le informazioni che discendono dalle pronunce della Corte Costituzionale appena citate, è possibile concludere che, da una parte, l'art. 113 Cost. non rappresenti un limite inderogabile alla possibilità che un provvedimento, benché affetto da violazioni sulla forma o sul procedimento, non sia annullabile, ove la legge lo preveda. Dall'altra, che la scelta del legislatore di escludere la tutela caducatoria nei confronti di talune violazioni di legge che si rivelino inidonee ad incidere sulla legittimità sostanziale del provvedimento impugnato possa ritenersi

---

<sup>393</sup> Cfr. Corte cost., 07 luglio 1962, n. 87. In termini, v. Corte cost., 16 giugno 1964, n. 47 e Corte cost., 22 gennaio 1977, n. 25. Così anche in dottrina D. SORACE, *Il principio di legalità e i vizi formali dell'atto amministrativo*, cit., 414, secondo cui *“è comunque da tenere presente anche il terzo comma dello stesso art. 113 Cost., che rimette alla legge non solo di determinare quali organi giurisdizionali possano annullare gli atti delle pubbliche amministrazioni, ma anche di prevedere in quali casi e con quali effetti e che dunque potrebbe in ogni caso essere interpretato anche come riconoscimento della indefettibilità costituzionale della vanificazione di tutti gli atti illegittimi”*. Conforme in dottrina D.U. GALETTA, *Violazione di norme sul procedimento amministrativo*, cit., 213, ove a tal proposito si afferma che *“il legislatore non risulta vincolato ad apprestare sempre la stessa forma di tutela”*; G. MORBIDELLI, *Invalidità e irregolarità*, cit., 98, secondo il quale *“l'art. 113 Cost. non impone di necessità un giudizio a carattere demolitorio”*; G. MICARI, *La “pregiudiziale di annullamento” resuscitata dal Tar Puglia: è scontro con il Giudice di legittimità*, in *Danno e Resp.*, 2007, 446, il quale fa notare che *“il terzo comma [dell'art. 113 Cost., ndr] esclude implicitamente che il potere di annullamento degli atti amministrativi debba ritenersi un corollario necessario di una qualsiasi potestà giurisdizionale nei confronti dell'amministrazione pubblica, diversamente non avrebbe alcun senso il rinvio alla legge”*.

<sup>394</sup> Così Corte cost., 03 aprile 1987, n. 100. Ai sensi della legge sottoposta al vaglio della Corte costituzionale (d.l. 27 febbraio 1982, n. 57, convertito in legge 29 aprile 1982, n. 187), dovevano considerarsi legittimi tutti quei provvedimenti che, ancorché illegittimi (comunque non per qualsiasi vizio, ad esempio non per difetto di attribuzione, né per sviamento di potere) risultassero finalizzati a realizzare attività di soccorso, ad assicurare servizi necessari per la collettività e a soddisfare esigenze primarie dei cittadini nelle zone colpite dagli eventi sismici. La disposizione sottoposta al vaglio costituzionale è evidentemente equivalente all'art. 21-*octies*, quando meno in relazione alla volontà del legislatore di non annullare un provvedimento viziato perché sostanzialmente legittimo.

compatibile con il dettato costituzionale solo se connessa, in un'ottica di bilanciamento, alla ragionevole esigenza di tutelare altri interessi parimenti meritevoli di tutela nell'ordinamento giuridico.

Tali interessi, a ben vedere, possono essere rinvenuti nella tutela sia del principio di conservazione degli effetti giuridici, cioè quelli prodotti dall'atto sostanzialmente legittimo, sia del principio di economia dei mezzi giuridici, dal momento che l'annullamento di un provvedimento sostanzialmente legittimo sarebbe del tutto ultroneo e ingiustificato, e si tradurrebbe in una tutela solo fittizia perché l'amministrazione, una volta intervenuta la pronuncia caducatoria, potrebbe riadottare il medesimo atto, semplicemente evitando di incorrere nuovamente nella medesima violazione<sup>395</sup>.

Il superamento della centralità della tutela di annullamento è stato più di recente affermato anche dall'Adunanza Plenaria che, chiamata a pronunciarsi sulla tesi della necessaria subordinazione della tutela risarcitoria alla tutela di annullamento, ha indicato proprio l'art. 21-*octies* come dimostrazione del superamento *“dell'impostazione tradizionale che vedeva l'annullamento quale sanzione indefettibile a fronte del riscontro di un vizio di legittimità”*<sup>396</sup>, purché siano percorribili altre e più appropriate forme di tutela.

A tale ultimo proposito è stato affermato in dottrina che l'illegittimità costituzionale dell'art. 21-*octies* deriverebbe proprio dalla circostanza che, se nel

---

<sup>395</sup> Con le dovute distinzioni tra interesse legittimo pretensivo e oppositivo che saranno evidenziate nel seguito della narrazione in punto di tutela risarcitoria. Sul necessario contemperamento di interessi, v. G. SALA, *Procedimento e processo nella nuova legge n. 241*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 585, dove si legge che *“la prospettiva, di cui va certo verificata la compatibilità con gli artt. 24 e 113 Cost., è quella che guarda alla vicenda di attuazione del potere amministrativo i cui effetti non si ritiene ragionevole possano essere vanificati da un vizio, una difformità dallo schema normativo, non determinante per l'esito: il vizio del procedimento o dell'atto non vizia l'effetto se questo è comunque conforme alla legge”*, ritenendo la non annullabilità di un provvedimento che potrebbe essere riadottato in linea con *“il principio di economicità dell'azione amministrativa”*. Su quest'ultimo profilo, cfr. in termini M. GIOIOSA, *Amministrazione di risultato e tutela giurisdizionale*, Napoli, 2012, 239, il quale parla di *“esigenza di celerità ed economicità verso l'azione amministrativa, affinché essa non si impantani in un'atrofizzante ragnatela di norme preclusiva d'un trade off tra pensiero ed azione”*.

<sup>396</sup> Cfr. Cons. Stato, ad. plen., 23 marzo 2011, n. 3. Per un commento a tale pronuncia si rinvia a F. GAFFURI, *Brevi note sul rapporto procedimentale e sugli interessi partecipativi dopo il pronunciamento dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 3/2011*, in *Dir. amm.*, 2012, 217 ss.

bilanciamento tra l'interesse del privato alla rimozione dell'atto affetto da una violazione procedimentale e l'interesse pubblico a mantenere fermi gli effetti di un provvedimento sostanzialmente legittimo il legislatore ha ragionevolmente deciso di optare per la tutela di quest'ultimo, egli, tuttavia, non ha al contempo introdotto una forma alternativa di tutela nei confronti del privato, la cui posizione giuridica sia stata lesa dal pur sempre illegittimo provvedimento<sup>397</sup>. La necessità di una previsione espressa di tutela risarcitoria è stata fatta discendere dal rapporto di stretta dipendenza ai tempi intercorrente tra la tutela costitutiva e quella risarcitoria, in virtù dell'allora dominante teorica della pregiudiziale amministrativa. Sicché, l'impossibilità di ottenere l'annullamento del provvedimento impugnato per via del secondo comma dell'art. 21-*octies* avrebbe anche impedito, al contempo, di accedere alla tutela risarcitoria, precludendo ogni forma di tutela al privato in spregio all'art. 113 Cost.<sup>398</sup>. Insomma, volendo rifarci all'espressione utilizzata dalla Consulta nelle sentenze sopra citate, se la disposizione contenuta nell'art. 21-*octies* appare "*improntata a ragionevolezza e adeguatezza*", essa, tuttavia, non è "*in grado di fornire una congrua garanzia contro abusi ed eccessi*" da parte dell'amministrazione procedente.

Tuttavia, come noto, il codice del processo amministrativo ha consacrato il superamento della pregiudiziale amministrativa. Pertanto, non ostando più alla

---

<sup>397</sup> Alla base della tesi appena esposta vi è la considerazione che il provvedimento affetto da violazioni procedurali, sebbene non annullabile *ex art. 21-*octies*, comma 2*, rimanga nondimeno legittimo, in ragione della natura processuale della norma. Al riguardo si rinvia all'approfondita panoramica operata da R. DIPACE, *L'annullamento tra tradizione ed innovazione: la problematica flessibilità dei poteri del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1316 ss. *Contra* di recente, M. TRIMARCHI, *Dalla pluralità dei vizi alla pluralità delle tecniche di sindacato*, in *Dir. amm.*, 2010, 974 ss., che ravvisa nell'art. 21-*octies* una norma che ha operato una scissione tra illegittimità e invalidità, come era già tra inopportunità e invalidità.

<sup>398</sup> A tal proposito, si veda *ex multis* F. FRACCHIA – F. OCCHIENA, *Teoria dell'invalidità dell'atto amministrativo*, cit., ove veniva precisato che, tra gli altri problemi, la possibilità di sostituire la tutela cassatoria con quella risarcitoria pone quello "*del necessario (almeno a seguire la posizione giurisprudenziale maggioritaria) previo annullamento del provvedimento (in tale ipotesi impossibile per disposizione di legge)*"; F. FRANCIOSI, *Dalla legge sul procedimento amministrativo alla legge sul provvedimento amministrativo (sulle modifiche ed integrazioni recate dalla legge 15/2005 alla legge 241/1990)*, in *www.giustamm.it*, 7. Per un confronto con posizioni difformi, che vedevano la causa della preclusione della tutela risarcitoria non nella pregiudiziale amministrativa ma nell'assenza dei presupposti a configurare l'esistenza di un danno ingiusto fonte di responsabilità, si veda oltre nel prosieguo del presente paragrafo.

tutela risarcitoria l'assenza di una previa tutela demolitoria, è oggi possibile interpretare l'art. 21-*octies* in modo conforme all'art. 113 Cost., con il conseguente venir meno dei dubbi di legittimità costituzionale testé sintetizzati.

Ritourneremo a breve sulla questione, chiarendo meglio in che senso e con quali forme possa in concreto riconoscersi una tutela risarcitoria in favore del ricorrente.

A tal fine, occorre previamente precisare che, secondo una diversa tesi sostenuta in dottrina a proposito della tutela risarcitoria connessa alla non annullabilità del provvedimento, l'art. 21-*octies* non comporterebbe alcun vuoto di tutela perché, a monte, sarebbe assente qualsiasi situazione giuridica soggettiva meritevole di tutela. Più precisamente, la decisione del giudice di non annullare il provvedimento in quanto sostanzialmente legittimo implica che l'assetto degli interessi non avrebbe potuto essere diverso in riferimento specifico alla soddisfazione dell'interesse materiale del ricorrente. Non vi sarebbe spazio, quindi, per prospettare alcuna violazione dell'art. 113 Cost., in quanto il principio della necessaria tutela giurisdizionale non si riferirebbe agli atti illegittimi *tout court*, ma solo agli atti che siano lesivi di diritti soggettivi o di interessi legittimi.

A tale proposito è interessante portare l'attenzione su una recente sentenza della Corte Costituzionale, chiamata dalla Corte dei conti ad esprimersi sulla legittimità costituzionale dell'art. 21-*octies*, secondo comma, primo periodo, *“nella misura in cui consentirebbe l'integrazione in sede processuale della motivazione del provvedimento amministrativo impugnato anche dopo un rilevante periodo di tempo”*. Per quanto qui di interesse, la Consulta ha precisato che, in termini generali, *“il meccanismo dettato dalla norma non altera in alcun modo il diritto di difesa, né arreca un pregiudizio alle ragioni sostanziali del ricorrente”* perché essa si collega *“alla carenza di interesse del ricorrente stesso a ottenere l'annullamento di un atto che l'amministrazione potrebbe successivamente reiterare con identico contenuto”*. La Corte, in altre parole, sembra aderire apertamente alla tesi sopra citata di mancanza di interesse a ricorrere nei casi presi in considerazione dall'art. 21-*octies* qualora venga censurata la violazione di una *“norma sulla forma o sul procedimento”* che non ha avuto alcuna incidenza sulla determinazione finale, dal momento che una sentenza di annullamento condurrebbe, in caso di riesercizio del



potere, alla riadozione di un provvedimento con il medesimo contenuto dispositivo. Ciò sarebbe sufficiente per escludere, secondo la Corte, qualsiasi compressione di tutela, e quindi non si pongono problemi di compatibilità con il principio di cui all'art. 113 Cost.

L'inciso della Consulta, che fornisce un'interpretazione dell'art. 21-*octies* conforme all'art. 113 Cost., acquisisce maggiore forza ove si consideri una precedente pronuncia in cui l'art. 21-*octies* ha fatto capolino nell'ambito del giudizio di rilevanza della Consulta.

Riprendendo brevemente la vicenda, il Tar Lecce era stato chiamato a giudicare della legittimità dell'esclusione di un'impresa da una gara d'appalto e della successiva aggiudicazione della stessa ad altra ditta. A sostegno del ricorso era stata, tra l'altro, dedotta la violazione dell'art. 84, comma 4, d.lgs. n. 163/2006, secondo il quale *"i commissari diversi dal Presidente non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta"*. Nel caso di specie, aveva fatto parte della commissione di gara il dirigente dell'ufficio tecnico comunale, il che – ad avviso della ricorrente – avrebbe comportato l'invalidità dell'intera gara *"a partire dal primo atto compiuto dalla commissione, ossia proprio l'esclusione"* della ricorrente stessa. Secondo il Tar, la controversia non poteva essere decisa senza prima verificare la legittimità costituzionale del succitato art. 84, comma 4, essendo la citata doglianza l'unica ad essere fondata.

Per quanto qui rileva, la Corte ha ritenuto *"manifestatamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale per insufficiente motivazione in ordine alla rilevanza della questione"* perché, a suo giudizio, l'eventuale annullamento degli atti impugnati in ragione dell'illegittima composizione della commissione di gara non avrebbe inficiato l'attività amministrativa antecedente alla nomina della commissione stessa, sicché la commissione diversamente formata, nel riesaminare le domande di partecipazione, non avrebbe potuto che escludere la ricorrente. Secondo la Consulta, pertanto, il Tar avrebbe dovuto risolvere tale questione pregiudiziale anche alla luce dell'art. 21-*octies*: la circostanza che a prescindere dall'illegittima composizione della commissione la ricorrente non avrebbe potuto

comunque partecipare alla gara, a giudizio della Corte, rendeva comunque irrilevante la questione di legittimità sollevata.

Ebbene, anche se nella pronuncia non si parla mai, esplicitamente, di carenza d'interesse a ricorrere, la Corte costituzionale sembra implicitamente aderire all'interpretazione dell'art. 21-*octies* sopra illustrata, che individua la chiave di lettura della norma nella mancanza di interesse a ricorrere quando la pronuncia di annullamento si rivelerebbe *inutiliter data*, in quanto l'eventuale caducazione dell'atto impugnato non produrrebbe l'effetto voluto dal ricorrente, dovendo l'amministrazione, in esecuzione della sentenza, reiterare un provvedimento di contenuto identico a quello annullato<sup>399</sup>.

Il richiamo all'art. 21-*octies* per sostenere l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale acquista rilievo anche sotto un altro e forse più pregnante profilo. Occorre infatti ricordare che, secondo una prassi consolidata, la Corte costituzionale, quale ultimo giudice, non può esimersi dal rimettere innanzi a sé, in via incidentale, una questione di legittimità costituzionale qualora dubiti della sua incostituzionalità. Il fine evidente è quello di *“evitare il paradosso di un giudizio finale del giudice delle leggi esso stesso incostituzionale e per giunta non oppugnabile”*<sup>400</sup>. Tale paradosso, in effetti, ben potrebbe verificarsi ove la Consulta si trovi a dare applicazione ad un'altra norma non oggetto del giudizio che sospetti incostituzionale ma che è tenuta *“necessariamente ad applicare nell'iter logico per arrivare alla decisione sulla questione che le è stata proposta”*<sup>401</sup>.

Ebbene, tenendo conto dei caratteri della c.d. autorimessione costituzionale, appare evidente che nella pronuncia testé illustrata la Consulta non avrebbe mai potuto richiamare l'art. 21-*octies* per fondare le ragioni della manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 84, comma 4,

---

<sup>399</sup> Concordano sulla ricostruzione F. SAITTA – G. TROPEA, *L'art. 21-*octies*, comma 2, della legge n. 241 del 1990 approda alla Consulta: riflessioni su un (opinabile) giudizio di (non) rilevanza (in margine a Corte cost., ord. 20 marzo 2009, n. 81)*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 573 ss.

<sup>400</sup> Così E.A. IMPARATO, *La Consulta alla prova dell'Italicum; la via dell'autorimessione*, in *Consulta online*, 2017, 15; Parla di “paradosso”, G. SILVESTRI, *La corte costituzionale italiana e la portata di una dichiarazione di illegittimità costituzionale*, in *www.cortecostituzionale.it*, 2013, 9.

<sup>401</sup> Corte Cost., 20 maggio 1976, n. 122. In tal senso, E.A. IMPARATO, *La Consulta alla prova dell'Italicum*, cit.

d.lgs. n. 163/2006, ove avesse ritenuto la disposizione ivi contenuta incostituzionale.

Le considerazioni appena svolte, siccome radicate direttamente nella giurisprudenza costituzionale, basterebbero a salvare ulteriormente l'art. 21-*octies* da ogni dubbio di legittimità costituzionale.

Ciononostante appare opportuno non tralasciare l'esistenza di un filone dottrinale contrario rispetto alla ricostruzione della *non annullabilità* entro i margini della carenza di interesse a ricorrere. E' stato infatti osservato che l'annullamento di un provvedimento lesivo sostanzialmente reiterabile giova sempre al ricorrente portatore di un interesse legittimo oppositivo, sia perché l'annullamento è in grado di posticipare gli effetti lesivi della decisione quantomeno fino a quando quest'ultima non venga riadottata, sia perché offre al privato la possibilità di sfruttare eventuali sopravvenienze di fatto e di diritto che potrebbero perfino precludere in via definitiva la reiterazione del provvedimento.

Sulla base di questa contraddizione, che di fatto va a circoscrivere il presunto rilievo marginale dell'annullamento di un provvedimento sostanzialmente illegittimo, si è ritenuto di ricondurre a sistema la "non annullabilità per soli vizi formali" facendo leva non tanto sulla mancanza di interesse a ricorrere, e cioè sulla considerazione che *nel futuro* l'interesse materiale non potrebbe comunque essere realizzato, quanto piuttosto sull'assenza di lesione della posizione giuridica azionata, e cioè sulla constatazione che *l'attuale* mancata realizzazione dell'interesse materiale che attraverso l'interesse legittimo riceve tutela, è conforme a diritto<sup>402</sup>.

---

<sup>402</sup> Così F. TRIMARCHI BANFI, *Illegittimità e annullabilità*, cit., 409, la quale segnala molto perspicuamente la differenza tra l'art. 21-*octies* e la carenza di interesse a ricorrere, osservando come "L'interesse a ricorrere, considerato sotto il profilo dell'utilità della sentenza che accoglie il ricorso, guarda all'attività futura dell'Amministrazione, mentre la non annullabilità del provvedimento che sia privo di alternative legittime procede dall'assenza di lesione della posizione giuridica azionata e, quindi, dall'assenza della pretesa all'annullamento. I due percorsi non soltanto differiscono nelle rispettive premesse ma, come si è visto, conducono a risultati diversi: il vaglio dell'interesse a ricorrere, per il carattere empirico che gli è proprio, porta a concedere o a negare l'azione secondo circostanze estrinseche alla situazione giuridica azionata; la non annullabilità del provvedimento per assenza di lesione dell'interesse legittimo esclude, invece, l'accogliibilità della domanda non perché nel futuro l'interesse materiale non potrebbe comunque essere realizzato, ma

Da qui la conclusione – cui giunge anche la tesi dell'assenza di interesse a ricorrere – per cui il provvedimento, non connotandosi sotto il profilo sostanziale dei caratteri tipici dell'atto ingiustamente lesivo, non sarebbe foriero di alcuna forma di tutela risarcitoria<sup>403</sup>.

Non annullabilità del provvedimento, tuttavia, non significa irrilevanza delle regole procedurali perché non vale in alcun modo ad esimere *ex ante* l'Amministrazione dal dovere di osservare ogni precetto che regola l'esercizio della funzione. Pertanto, ove la violazione procedurale abbia determinato un pregiudizio al soggetto privato, l'ordinamento deve reagire prevedendo una forma di tutela risarcitoria, che non si presenta però come alternativa a quella caducatoria. La situazione giuridica suscettibile di essere lesa e risarcita, infatti, deriva direttamente dalla violazione della regola procedimentale e non dal provvedimento finale affetto da suddetta violazione.

Prima ancora che il contenuto dispositivo della decisione o la consistenza della pretesa del ricorrente, ciò che rileva nel confronto (o nello scontro) tra la posizione del ricorrente medesimo e quella dell'amministrazione resistente è l'osservanza di quelle garanzie che, sostanziando diritti o interessi<sup>404</sup>, assumono le fattezze di

---

*piuttosto perché l'attuale mancata realizzazione dell'interesse materiale che attraverso l'interesse legittimo riceve tutela, è conforme a diritto".*

<sup>403</sup> Cfr. R. GIOVAGNOLI, *I vizi formali e procedurali*, cit., 1171, secondo il quale è assente nel provvedimento non annullabile il carattere di ingiustizia, intesa come contrarietà sostanziale al diritto obiettivo. In termini, v. *ex multis*, E. FOLLIERI, *Il modello di responsabilità per lesione di interessi legittimi del giudice amministrativo: la responsabilità amministrativa di diritto pubblico*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 28; C. CONTESSA, *La previsione di ipotesi di "illegittimità non invalidante" fra pregiudiziale amministrativa e logica della spettanza*, in *www.giustamm.it*, 3.

<sup>404</sup> Sulla generale configurabilità delle situazioni ammesse alla tutela risarcitoria come diritti soggettivi, e non come interessi legittimi in senso proprio, si ricorda l'importante contributo di ALB. ROMANO, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili sono diritti soggettivi*, in *Dir. amm.*, 1998, 1 ss. Su questa scia, è stato osservato che "il diritto di partecipare al procedimento; quello di ricevere risposta alla propria richiesta di provvedimento; quello di vedere concluso il procedimento tempestivamente e senza aggravamenti; quello di poter accedere ai documenti in possesso dell'amministrazione; quello di vedere prese in esame le osservazioni presentate; quello di vedere motivata la decisione che ci colpisce nelle nostre aspettative; costituirebbero tutti non già (o meglio non soltanto) situazioni strumentali alla soddisfazione di un interesse materiale che viene quindi protetto sub specie di interesse legittimo, ma appunto diritti in sé e per sé, la cui lesione determina tout court un dovere di risarcimento a carico della pubblica amministrazione". In tal senso v. anche A. ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive*, cit., 985. Per una completa ricostruzione della natura delle situazioni giuridiche soggettive di cui sono

“norme di condotta” che l’autorità procedente deve rispettare nell’esercizio dell’azione amministrativa, secondo il principio di correttezza e buona fede<sup>405</sup>. In questo modo, l’azione di risarcimento viene ricondotta al profilo oggettivo dell’inadempimento e non già a quello soggettivo della lesione dell’interesse al bene della vita, che è invece connesso al provvedimento finale, svincolando così la

---

titolari i privati nel corso del procedimento e dei contributi offerti dalla dottrina negli anni, si veda di recente F.G. SCOCA, *L’interesse legittimo. Storia e teoria*, Milano, 2016, cui ci si permette di rinviare anche per le relative citazioni bibliografiche.

<sup>405</sup> In giurisprudenza, cfr. sul punto Cass., sez. I, 10 gennaio 2003 n. 157, in *Foro it.*, 2003, I, 78, con nota di F. FRACCHIA, *Risarcimento del danno causato da attività provvedimento dell’amministrazione: la Cassazione effettua un’ulteriore (ultima?) puntualizzazione*, che, inquadrando gli obblighi procedurali nello schema contrattuale e qualificandoli come “vere e proprie prestazioni da adempiere”, ha richiamato espressamente l’art. 1174 c.c. Per un commento alla sentenza v. anche P. SIRACUSANO, *La nuova (e «vera») svolta della Cassazione sulla cd. risarcibilità dell’interesse legittimo: i doveri di comportamento della pubblica amministrazione verso la logica garantistica del rapporto*, in *Foro amm. CDS*, 2003, 480. La ricostruzione proposta sembra essere condivisa anche da A. ROMEO, *Ancora in tema di responsabilità della pubblica amministrazione: dalla «spettanza del provvedimento» alla «spettanza del comportamento?»*, in *Foro amm. CDS*, 2004, 714; L. FERRARA, *La partecipazione tra “illegittimità” e “illegalità”*, cit., 103 ss., ove si legge che “*Se, dunque, il provvedimento non è illegittimo (perché non è annullabile; perché l’interesse legittimo è soddisfatto; perché la prestazione principale è stata adempiuta) ma la patologia vi è stata, deve concludersi che questa concerne un oggetto differente: non il provvedimento ma il procedimento. È (solo) quest’ultimo a non essere conforme al diritto, mentre il provvedimento è rispettoso della legge e pertanto anche legittimo. Questa scissione, almeno in una prospettiva relazionale (in una prospettiva che riconosca che tra cittadino e pubblica amministrazione si instaura un rapporto giuridico vero e proprio, e non avvenga viceversa un incontro accidentale, costituente la risultanza indiretta e occasionale del perseguimento dell’interesse pubblico a opera della seconda), è agevolmente spiegabile: la violazione della norma procedimentale (la quale riempie di significato quella che in un rapporto tra privati sarebbe la clausola generale di correttezza) costituisce inadempimento di un obbligo secondario (se non vogliono scomodarsi gli obblighi di protezione) di comportamento. E questo inadempimento può causare un danno: senza che diventi qui necessario interrogarsi su quale sia la situazione soggettiva lesa”*; M. RENNA, *Obblighi procedurali e responsabilità dell’amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2005, 557 ss., il quale, collocando la violazione delle norme sul procedimento entro il regime della responsabilità contrattuale, ha precisato che “*laddove esista una prestazione procedurale ben individuata dedotta dalla legge all’interno di un rapporto obbligatorio tra amministrazione e parti del procedimento, è in relazione all’inadempimento di tale prestazione che potrà e dovrà essere affermata la responsabilità contrattuale della pubblica amministrazione per i danni causati dal medesimo inadempimento ai soggetti privati venuti in contatto con essa*”. Più di recente, si è parlato di “*obbligo dell’Amministrazione di risarcire i danni cagionati ai privati a causa delle violazioni del diritto ad una buona amministrazione*”, facendo leva sull’art. 41, comma 3, della Carta di Nizza e sulla giurisprudenza europea, la quale, in applicazione della *Schutznormtheorie*, “*tende di regola a ritenere fonte di risarcimento ogni violazione di una norma che conferisce diritti ai singoli*” (così P. PROVENZANO, *I vizi nella forma e nel procedimento*, cit., 252 ss.).

giustiziabilità del mancato rispetto delle regole procedurali dalla c.d. logica della spettanza.

Sotto questo profilo occorre tenere presente che, secondo la prevalente giurisprudenza in materia, è esclusa la fondatezza della domanda risarcitoria quando il provvedimento impugnato è annullato per un “vizio solo formale”, dal momento che la decisione giurisdizionale non è accompagnata da alcuna diagnosi sulla spettanza o meno del bene della vita cui il ricorrente aspira<sup>406</sup>. Più precisamente, si afferma che, sia in caso di interessi oppositivi sia in caso di interessi pretensivi *“l’annullamento giurisdizionale dell’atto per difetto di motivazione e per errori procedurali non comporta la risarcibilità dei danni denunciati dalla ricorrente, anzi esclude ex se che la relativa domanda possa essere valutata nell’ambito del presente giudizio, poiché la natura dei vizi accertati non determina la fondatezza della pretesa, ma solo il riesercizio del potere amministrativo, all’esito del quale potrà essere scrutinata un’eventuale nuova domanda di risarcimento”*<sup>407</sup>.

Se, quindi, la giurisprudenza nega la tutela risarcitoria per l’assenza di certezza in ordine alla fondatezza della pretesa del ricorrente quando l’annullamento del provvedimento sia pronunciato per “vizi solo formali”, ne consegue a rigore che sarà sempre preclusa siffatta tutela nel caso in cui il giudice ritenga non annullabile il provvedimento ai sensi dell’art. 21-*octies*, proprio perché la non annullabilità presuppone *ex ante* l’accertamento da parte del giudice della conformità a diritto dell’assetto di interessi prodotto dall’atto e, quindi, l’accertamento della infondatezza della pretesa fatta valere in giudizio.

---

<sup>406</sup> Cfr., da ultimo, Cons. Stato, sez. IV, 12 giugno 2017, n. 2857, ove il Collegio ha ritenuto che correttamente il Tribunale di prime cure aveva escluso la fondatezza della domanda risarcitoria avanzata dal ricorrente perché l’annullamento dell’ordinanza di concessione che chiedeva una riduzione dell’altezza dell’edificio per difetto di motivazione non determinava il riconoscimento della pretesa del ricorrente. Per la distinzione tra attività amministrativa discrezionale e sostanzialmente vincolata in sede di rinnovazione procedimentale e per le conseguenze che se ne devono trarre in tema di ricostruzione del rapporto di causalità fra comportamento della P.A. e danno risarcibile, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 10 dicembre 2015, n. 5611.

<sup>407</sup> Tar Liguria, Genova, sez. II, 24 febbraio 2014, n. 323 avente ad oggetto il provvedimento di revoca dell’agevolazione concessa all’impresa ricorrente, annullato per difetto di motivazione e per omessa comunicazione di avvio del procedimento.

Abbracciando invece la ricostruzione testé proposta, che collega la lesione alla violazione delle “*norme sulla forma degli atti o sul procedimento*” anziché al provvedimento affetto dalla violazione procedimentale, vi sarebbe spazio per il risarcimento del danno patrimoniale o morale<sup>408</sup> da essa derivante (ovviamente ove sussistano tutte le condizioni richieste dalla legge).

Così, ad esempio, in caso di mancata comunicazione di avvio del procedimento per l'adozione di un'ordinanza di rimessione in pristino di un edificio costruito in assenza o in difformità dal titolo edilizio, qualora il provvedimento sia sfavorevole, l'interessato potrebbe fare valere di non essere stato messo nelle condizioni di poter evitare o ridurre gli effetti negativi nel periodo compreso tra l'inizio del procedimento e l'adozione del provvedimento restrittivo (ad esempio, avrebbe fermato la prosecuzione dei lavori, non avrebbe ulteriormente costruito su quell'edificio, non avrebbe fatto nel frattempo investimenti su quell'edificio, etc.)<sup>409</sup>.

Per quanto riguarda, invece, la violazione degli altri obblighi procedimentali, come ad esempio l'omessa considerazione delle memorie procedimentali ex art. 10 e 10-bis, l. n. 241/90 o il difetto di motivazione del provvedimento, sembra invece più

---

<sup>408</sup> La configurabilità di un danno morale derivante dall'inosservanza delle regole procedurali da parte dell'amministrazione si fonda sul riconoscimento nella disciplina procedimentale della (ulteriore) funzione “*immancabile, di tutelare la dignità del cittadino*”, cui corrisponde un diritto soggettivo del privato. Così, A. ROMANO TASSONE, voce *Situazioni giuridiche soggettive*, cit., 958, che parla di “*doveri di protezione*” “*tendenti a garantire il rispetto dovuto alla persona in quanto tale, a prescindere dal fatto che dalla loro osservanza possano o meno derivare ad essa vantaggi di carattere patrimoniale*”. Più di recente, aderisce alla tesi L. PERFETTI, *Pretese procedimentali come diritti fondamentali. Oltre la contrapposizione tra diritto soggettivo ed interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 850 ss.

<sup>409</sup> Si esprime in tal senso E.F. SCHLITZER, *La responsabilità amministrativo-contabile del responsabile del procedimento*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011, 47, ove si osserva, sempre con riferimento all'obbligo di avvio del procedimento, che “*nel caso di provvedimento (...) sfavorevole il privato potrebbe far valere il fatto di non essere stato in grado di evitare o ridurre gli effetti negativi attraverso la predisposizione di soluzioni alternative (si pensi alla revoca dell'autorizzazione allo svolgimento di un'attività commerciale o imprenditoriale) o attraverso la provvista dei necessari mezzi finanziari per farvi fronte (si pensi all'irrogazione di sanzioni pecuniarie o comunque alla richiesta di contributi o versamenti in genere)*. In senso conforme, cfr. A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1996, 133 ss.; L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 2003, 145 ss.

difficile individuare un danno che in concreto possa essere stato causato al privato<sup>410</sup>, a meno di non voler configurare, come in dottrina è stato pure proposto, una c.d. “responsabilità da contatto amministrativo” derivante dalla violazione di una norma procedimentale, sganciata dalla necessità di dimostrare la sussistenza sia del requisito del danno, sia di quello della colpa<sup>411</sup>.

Quanto sin qui osservato porta a concludere che se l’astratta accessibilità alla tutela risarcitoria, così come la ricostruzione della “non annullabilità” nell’ambito della carenza di interesse a ricorrere o dell’attuale assenza di lesione, hanno contribuito a dissipare i dubbi di legittimità costituzionale dell’art. 21-*octies*, ancora molta strada occorre percorrere sul versante della concreta risarcibilità dei danni causati dalla violazione procedimentale, fosse solo per riportare ordine e coerenza all’interno del sistema giuridico.

---

<sup>410</sup> Si veda a tal proposito D. SORACE, *Il principio di legalità e i vizi formali dell’atto amministrativo*, cit., 10, il quale in astratto ipotizza come danni derivanti dalla violazione di una norma sulla forma degli atti “*le spese legali, anche non processuali, che non sarebbero state sopportate se fosse stata esplicitata la motivazione del provvedimento*”.

<sup>411</sup> Per un’analisi approfondita di tale tesi si rinvia a M. OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, 2002.



## **BIBLIOGRAFIA**

- ABBAMONTE G., *L'interesse a ricorrere oggi*, in *Foro amm.*, TAR, 2009.
- ACQUARONE L., *Attività amministrativa e provvedimenti amministrativi*, Genova, 2009.
- ALB. ROMANO, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili sono diritti soggettivi*, in *Dir. amm.*, 1998.
- ALLENA M., *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012.
- ALLENA M., *Interessi procedurali e Convenzione europea dei diritti dell'uomo: verso un'autonoma tutela?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015.
- AMOVILLI P., *La comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza (art. 10-bis, l. 241/90) tra partecipazione, deflazione del contenzioso e nuovi modelli di contraddittorio ad "armi pari"*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).
- ANTHONY G., *UK Public Law & European Law. The dynamics of legal integration*, Portland, 2002.
- ASTONE F., *Nullità e annullabilità del provvedimento amministrativo. Profili sostanziali e tutela giurisdizionale*, Soveria Manelli, 2009.
- BACKES CH.W., E.M.J. HARDY, A.M.L. JANSEM, S. POLLEUNIS, R. TIMMERS, M.A. POORTINGA, E. VERSLUIS, *Evaluatie bestuurlijke Lus Awb en internationale rechtsvergelijking*, The Hague, Ministry of Security and Justice, 2014.
- BARBIERI E.M., *Dalla giustizia amministrativa all'amministrazione giudiziaria?*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2006.
- BARTOT P., *La motivazione tra vizio formale e tutela sostanziale in giudizio*, in *Dir. proc. amm.*, 1989.
- BASSI F., *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 2008.
- BERGONZINI G., *Art. 21-octies della legge n. 241 del 1990 e annullamento d'ufficio dei provvedimenti amministrativi*, in *Dir. amm.*, 2000.

BERTONAZZI L., *Il trattamento processuale dell'incompetenza e dei vizi ad essa assimilati*, in *Dir. proc. amm.*, 2016.

CALEGARI A., *Sulla natura sostanziale o processuale e sull'immediata applicabilità ai giudizi pendenti delle disposizioni concernenti l'annullabilità dei provvedimenti amministrativi contenute nell'art. 21-octies della l. n. 241/90*, in *www.giustamm.it*, 2005.

CARBONE A., *Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e ordinamento europeo-convenzionale*, Torino, 2016.

CARBONE A., *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Torino, 2012.

CARDARELLI F., *La motivazione del provvedimento*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017.

CARINGELLA F., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2007.

CARLOTTI G., *La partecipazione procedimentale: Feliciano Benvenuti e la riforma della legge n. 241 del 1990*, in *www.giustamm.it*.

CASSETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2015.

CASSETTA E., *Le trasformazioni del processo amministrativo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 1999.

CASATELLA A., *Il dovere di motivazione nell'attività amministrativa*, Padova, 2013.

CASATELLA A., *Una nuova ipotesi di annullamento doveroso?*, in *Foro amm. Tar*, 2010.

CAVALLO B., *Provvedimenti e atti amministrativi*, in G. SANTANIELLO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, Padova, 1993.

CERULLI IRELLI V., *Principii nel diritto amministrativo*, vol. II, Torino, 2005.

CERULLI IRELLI V., *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984.

CHIEPPA R., *Il nuovo regime dell'invalidità del provvedimento amministrativo*, in *www.giustamm.it*.

- CHINÈ G., *L'art. 21-octies, comma 2, l. n. 241/1990 nel diritto vivente*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).
- CHITI E., *Adelante, con iudicio: la prospettiva di una codificazione del procedimento europeo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014.
- CHITI M.P., *Il mediatore europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000.
- CHITI M.P., *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 1999.
- CICCIÒ G., *Sulla nozione di irregolarità con particolare riguardo al diritto amministrativo*, in *Nuova rass.*, 1969.
- CINTIOLI F., *Giusto processo, CEDU e sanzioni antitrust*, in *Dir. proc. amm.*, 2015.
- CIVITARESE MATTEUCCI S., *Formalismo giuridico e invalidità formali*, in L.R. PERFETTI (a cura di), *Le riforme della l. 7 agosto 1990, n. 241 tra garanzia della legalità ed amministrazione di risultato*, Padova, 2008.
- CIVITARESE MATTEUCCI S., *La forma presa sul serio. Formalismo pratico, azione amministrativa ed illegalità utile*, Torino, 2006.
- CLARICH M., *Tutela giurisdizionale e altre forme di tutela*, in *Annuario Aipda 2002*, Milano, 2003.
- COGNETTI S., *"Quantità" e "Qualità" della partecipazione*, Milano, 2000.
- CONTESSA C., *La previsione di ipotesi di "illegittimità non invalidante" fra pregiudiziale amministrativa e logica della spettanza*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).
- CORLETTI D., *Vizi formali e i "poteri" del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2006.
- CORSO G., *Motivazione dell'atto amministrativo (voce)*, in *Enc. dir.*, V agg., Milano, 2001.
- CORSO G., voce *Validità (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993.
- D'ANTONIO S., *Alcune considerazioni in tema d'irregolarità degli atti amministrativi*, in *Cons. Stato*, 1983.

- M. DELSIGNORE, *The Italian legal system and the possible implications of the Belgian Constitutional Court's rulings on the administrative loop*, in *Maastricht Working Papers Faculty of Law*, 2017, 05.
- DE GIORGI CEZZI G., *Sulla «inesauribilità» del potere amministrativo*, in *Urb. e app.*, 2002.
- DE GRAAF K.J., MARSEILLE A.T., JANSEN F.J., *Accelerating Court Proceedings with the Dutch Crisis and Recovery Act: Direct and Indirect Effects of Procedural Provisions*, in *JEEPL*, 2013.
- DE POORTER J.C.A. - DE GRAAF K.J., *Doel en functie van de bestuursrechtspraak: een blik op de toekomst*, 2011.
- DE VALLES A., *La validità degli atti amministrativi*, Roma, 1916.
- DE WAARD B.W.N., *Knellend bestuursrecht. Reactie op het rapport "bestuur in geding", van de werkgroep Van Kemenade*, in *NTB*, 1998.
- DELLA CANANEA G. - FRANCHINI C., *I principi dell'amministrazione europea*, Torino, 2017.
- DIPACE R., *L'annullamento tra tradizione ed innovazione: la problematica flessibilità dei poteri del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012.
- DOMÉNECH G., *Harmless errors in administrative law*, 34° Annual Conference of the European association of Law and Economics (EALE), 14-16 Settembre 2017, Londra.
- ESSENS O.F. - VERHOEVEN M.J.M., *Traditional variations in the Dutch administrative Judicial System*, in R. CARANTA - A. GREBRANDY (a cura di), *Traditions and Change in European Administrative Law*, 2011.
- ETTEKOVEN B.J. - PACH M.A. - VAN DER VLIES I.C., *Alternatieven van en voor de bestuursrechter*, in *Boom Juridische uitgevers*, 2001.
- FALCON G., *Lezioni di diritto amministrativo*, Padova, 2013.

FERRARA L., *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 2003.

FERRARA L., *I riflessi sulla tutela giurisdizionale dei principi dell'azione amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento verso il tramonto del processo di legittimità?*, in *Dir. proc. amm.*, 2006.

FERRARA L., *L'allegazione dei fatti e la loro prova nella disciplina dell'annullabilità non pronunciabile: problematiche processuali e trasformazioni sostanziali*, in *Dir. proc. amm.*, 2010.

FERRARA L., *Novità legislative e peso della tradizione (replicando a Fabio Saitta a proposito dell'art. 21-octies, comma 2, della legge n. 241 del 1990)*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2008.

FERRARA R., *La legge sul procedimento amministrativo alla prova dei fatti: alcuni punti fermi... e molte questioni aperte*, in *Dir. e proc. amm.*, 2011.

FOLLIERI E., *Il modello di responsabilità per lesione di interessi legittimi nella giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo: la responsabilità amministrativa di diritto pubblico*, in *Dir. proc. amm.*, 2006.

FOLLIERI E., *Risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi*, Chieti, 1984.

FOLLIERI E., *Sulla possibile influenza della giurisprudenza della Corte Europea di Strasburgo sulla giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2014.

FOLLIERI F., *L'annullabilità del provvedimento amministrativo*, in *Urb. e app.*, 2005.

FOLLIERI F., *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo. Ragionamento giuridico e modalità di sindacato*, Padova, 2016.

FRACCHIA F. – OCCHIENA M., *Teoria dell'invalidità dell'atto amministrativo e art. 21-octies, l. 241/90: quando il legislatore non può e non deve*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), ora anche come *Art. 21-octies, comma 2*, in *La pubblica amministrazione e la sua azione*, N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO (a cura di), Torino, 2005.

FRACCHIA F., *Diritto comunitario e sviluppo del diritto amministrativo*, in G. FALCON (a cura di), *Il procedimento amministrativo nei diritti europei e nel diritto comunitario*, Padova, 2008.

FRACCHIA F., *Vizi formali, semplificazione procedimentale, silenzio-assenso e irregolarità*, in *Dir. economia*, 2000.

FRANCARIO F., *Dalla legge sul procedimento amministrativo alla legge sul provvedimento amministrativo (sulle modifiche ed integrazioni recate dalla legge 15/2005 alla legge 241/1990)*, in *www.giustamm.it*.

GAFFURI F., *Brevi note sul rapporto procedimentale e sugli interessi partecipativi dopo il pronunciamento dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 3/2011*, in *Dir. amm.*, 2012.

GALETTA D.U., *Diritto ad una buona amministrazione e ruolo del nostro giudice amministrativo dopo l'entrata in vigore del trattato di Lisbona*, in *Dir. amm.*, 2010.

GALETTA D.U., *L'art. 21-octies della novellata legge sul procedimento amministrativo nelle prime applicazioni giurisprudenziali: un'interpretazione riduttiva delle garanzie procedurali contraria alla Costituzione e al diritto comunitario*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Riforma della l. 241/90 e processo amministrativo*, *Quad. Foro. Amm. Tar*, Milano, 2006.

GALETTA D.U., *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998.

GALETTA D.U., *Violazione di norme sul procedimento amministrativo e annullabilità del provvedimento amministrativo*, Milano, 2003.

GAROFOLI R., *Profili comunitari del diritto di accesso*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1998.

GIALDINO C.C., *I vizi dell'atto nel giudizio davanti alla Corte di giustizia dell'Unione europea*, Milano, 2008.

GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 1993.

GIANNINI M.S., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981.

- GIANNINI M.S., *Motivazione dell'atto amministrativo* (voce), in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977.
- GILIBERTI B., *Sulla pienezza del sindacato giurisdizionale sugli atti amministrativi. Annotazioni a Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 20 gennaio 2014, n. 1013*, in *Dir. proc. amm.*, 2014.
- GIOIOSA M., *Amministrazione di risultato e tutela giurisdizionale*, Napoli, 2012.
- GIOVAGNOLI R., *I vizi formali e procedurali, commento all'art. 21-octies*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2016.
- GOISIS F., *Garanzie procedurali e Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo*, in *Dir. proc. amm.*, 2009.
- GOISIS F., *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2014.
- GOISIS F., *Legittimazione al ricorso delle associazioni ambientali ed obblighi discendenti dalla Convenzione di Aarhus e dall'ordinamento dell'Unione europea*, in *Dir. proc. amm.*, 2012.
- GOISIS F., *Un'analisi critica delle tutele procedurali e giurisdizionali avverso la potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione, alla luce dei principi dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il caso delle sanzioni per pratiche commerciali scorrette*, in *Dir. proc. amm.*, 2013.
- GRECO G., *Il rapporto amministrativo e le vicende della posizione del cittadino*, in *Dir. amm.*, 2014.
- GRECO G., *L'accertamento autonomo nel giudizio amministrativo*, Milano, 1980.
- GUANTARIO A., *Dequotazione della motivazione e provvedimento amministrativo*, in *Nuova rassegna*, 2002.
- GUARNERI G., *Riproduzione dell'atto amministrativo*, in *Foro it.*, 1958.
- HEN C., *La motivation des actes des institutions communautaires*, in *Cah. dr. eur.*, 1977.

- IANNOTTA L., *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione: dagli interessi ai beni*, in *Dir. amm.*, 1999.
- IMPARATO E.A., *La Consulta alla prova dell'Italicum; la via dell'autorimessione*, in *Consulta online*, 2017.
- JACOBS J., *The influence of European Law on public Law in the United Kingdom*, in *Cambridge Yearbook. Eu. L. St.*, 1999.
- JANSEN S., *Towards an adjustment of the Trias Politica*, in F. STROINK, E. VAN DER LINDEN (a cura di), *Judicial lawmaking and administrative law*, 2005.
- KOENRAAD L.M., *De toekomst van de bestuurlijke lus*, 2010.
- LAZZARA P., *Contributo al dibattito sui vizi di forma e di procedimento di cui all'art. 21-octies, l. n. 241/90*, in *Foro amm., CDS*, 2009.
- LE TALLEC G. – EHLERMANN C.D., *La motivation des actes des Communautés européennes*, in *Rev. Marché Comm.*, 1966.
- LEDDA F., *Variazioni sul tema dell'eccesso di potere (2000)*, ora in ID., *Scritti giuridici*, Padova, 2002.
- LENAERTS K. e VANHAMME J., *Procedural Rights of Private Parties in the Community Administrative process*, in *Common Market Law Review*, 1997.
- LEVI F., *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967.
- LIPARI M., *L'amministrazione in fuorigioco attivo: le violazioni procedurali e formali "non invalidanti" dal processo al provvedimento*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).
- LUCIANI F., *Il vizio formale nella teoria dell'invalidità amministrativa*, Torino, 2003.
- LUCIANI F., *L'annullabilità degli atti amministrativi*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006.
- MANGANARO F., *Principio di legalità e semplificazione dell'attività amministrativa*, Napoli, 2000.
- MARENGHI E.M., *Procedimenti e processualprocedimenti*, in *Dir. proc. amm.*, 2008.



MARIE-LAURE BASILIEN-GAINCHE, *Removal orders and the right to be heard: the CJEU fails to understand the dysfunctional French asylum system*, in *Eu Law Analysis.blogspot.it*, 2014.

MARRAMA D., *Brevi riflessioni sul tema dell'irregolarità dei provvedimenti amministrativi*, in *Dir. proc. amm.*, 2005.

MARSEILLE A.T. - I.M. BOIKEMA, *Administrative decision-making in reaction to a court judgment: can the administrative judge guide the decision-making process?*, in *Utrecht Law Review*, 3, 2013.

MARSEILLE A.T.-VAN DER HEIDE R.R., *De onderbenutting van de mogelijkheden tot finale beslechting door de bestuursrechter ('The insufficient use of options for final settlement by administrative courts')*, in *JBplus* 2008.

MATTARELLA B.G., *Il declino della motivazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007.

MATTARELLA B.G., *Il provvedimento amministrativo: struttura del provvedimento*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006.

MATTARELLA B.G., *Procedimenti e atti amministrativi*, in M.P. CHITI (a cura di), *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2013.

MICARI G., *La "pregiudiziale di annullamento" resuscitata dal Tar Puglia: è scontro con il Giudice di legittimità*, in *Danno e Resp.*, 2007.

MICHELOTTI C., *I vizi formali in base all'art. 21-octies della legge 241/1990*, in *Dir. e proc. amm.*, 2014.

MIRATE S., *Giustizia amministrativa e Convenzione europea di diritti dell'uomo. L'"altro" diritto europeo in Italia, Francia e Inghilterra*, Napoli, 2007.

MIRATE S., *Protection of ECHR rights in administrative proceedings*, in CARANTA (a cura di), *Interest representation in administrative proceedings*, Napoli, 2008.

MONTEDORO M., *Potere amministrativo, sindacato del giudice e difetto di motivazione*, in *www.giustamm.it*.

MORBIDELLI G., *Invalidità e irregolarità*, in *Annuario AIPDA 2002*, Milano, 2002.

MORTATI C., *Obbligo di motivazione e sufficienza della motivazione degli atti amministrativi*, in *Giur. It.*, 1943.

NAPOLITANO C., *Verso la codificazione del procedimento amministrativo dell'Unione europea: problemi e prospettive, Resoconto dell'incontro di studi - Milano, 07 novembre 2014*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015.

NEERHOF R. - SCHLOSSELS R. - DE WERD M., *Enige tegenstrijdige opmerkingen naar aanleiding van het rapport Van Kemenade*, in *JB*, 1997.

NIGRO M., *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazioni dell'amministrazione (a proposito di un recente disegno di legge)*, in F. TRIMARCHI (a cura di), *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione*, Milano, 1990.

NIGRO M., *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la Pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Riv. dir. proc.*, 1980.

NIGRO M., *Sulla riproduzione dell'atto amministrativo annullato in sede giurisdizionale per difetto di motivazione*, in *Foro it.*, 1958, III.

OCCHIENA M., *Il divieto di integrazione in giudizio della motivazione e il dovere di comunicazione dell'avvio dei procedimenti ad iniziativa di parte: argini a contenimento del sostanzialismo*, in *Foro amm. Tar.*, 2003.

OCCHIENA M., *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, 2002.

ORTLEP R., *Bestuurlijke lus: terugkomen op een in een tussenuitspraak neergelegde bindende eindbeslissing*, in *JBplus*, 2012.

PAOLANTONIO N., *L'integrazione postuma della motivazione ed il problema dei cc.dd. vizi formali*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

PARISIO V., *Motivazione postuma, qualità dell'azione amministrativa e vizi formali*, in *Foro amm. Tar.*, 2006.

PERFETTI L., *Pretese procedimentali come diritti fondamentali. Oltre la contrapposizione tra diritto soggettivo ed interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012.

PERONGINI S., *Teoria e dogmatica del provvedimento*, Torino, 2016.

PIRAS A., *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano, 1962.

POLAK J.E.M. - VAN LESSEN KLOEKE K. - VAN DER MERSCH M.F., *Zelf in de zaak voorzien: tussenstand en vooruitblik*, in *NTB*, 2002.

POLAK J.E.M., *“Effectieve geschillenbeslechting: bestuurlijke lus en andere instrumenten”*, in *NTB*, 2011.

POLAK J.E.M., *Effectieve bestuursrechtspraak*, 2000.

POLICE A., *La c.d. invalidità formale dei provvedimenti amministrativi tra mito e realtà*, in V. PARISIO (a cura di), *Vizi formali, procedimento e processo amministrativo*, Milano, 2004.

POLIDORI C., *I vizi formali e procedimentali nelle prime applicazioni pretorie dell’art. 21-octies l. 241/90*, in *Corr. Mer.*, 2006.

PROVENZANO P., *Art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea e integrazione postuma della motivazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2013.

PROVENZANO P., *I vizi nella forma e nel procedimento. Fra diritto interno e diritto dell’Unione europea*, Milano, 2015.

PUBUSA A., *Forma e sostanza nel procedimento. Considerazioni sull’art. 21-octies della legge n. 241 del 1990*, in *Dir. pubbl.*, 2006.

PUBUSA F., *Alcune considerazioni sull’art. 21-octies, secondo comma, L. N. 241/90*, in *Dir. e proc. amm.*, 2008.

QUABECK C., *Dienende Funktion des Verwaltungsvorfahrtthrens und Prozeduralisierung*, Tübingen, 2010.

RALLO R., *Comunicazione dei motivi ostativi ex art. 10-bis L. 241/90 e partecipazione post-decisionale: dal contraddittorio oppositivo al dialogo sul possibile*, in LIGUORI (a

cura di), *Studi sul procedimento e sul provvedimento amministrativo nelle riforme del 2005*, Bologna, 2007.

RAMAJOLI M., *Lo statuto del provvedimento a vent'anni dall'approvazione della legge n. 241/1990, ovvero del nesso di strumentalità triangolare tra procedimento, atto e processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010.

RANCHORDÀ S. - DE WAARD B., *The judge and the proportionate use of discretion. A comparative study*, Routledge, 2016.

RENNA M., *Obblighi procedurali e responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2005.

ROMANO TASSONE A., (voce) *Situazioni giuridiche soggettive*, in *Enc. dir.*, Milano, 1998.

ROMANO TASSONE A., *I problemi di un problema. Spunti in tema di risarcibilità degli interessi legittimi*, in *Dir. amm.*, 1997.

ROMANO TASSONE A., *Contributo sul tema dell'irregolarità degli atti amministrativi*, Torino, 1993.

ROMANO TASSONE A., *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987.

ROMANO TASSONE A., *Vizi formali e vizi procedurali*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

ROMEO A., *Ancora in tema di responsabilità della pubblica amministrazione: dalla «spettanza del provvedimento» alla «spettanza del comportamento»?*, in *Foro amm. CDS*, 2004.

SAITTA F. – TROPEA G., *L'art. 21-octies, comma 2, della legge n. 241 del 1990 approda alla Consulta: riflessioni su un (opinabile) giudizio di (non) rilevanza (in margine a Corte cost., ord. 20 marzo 2009, n. 81)*, in *Dir. proc. amm.*, 2010.

SAITTA F., *L'omessa comunicazione dell'avvio del procedimento: profili sostanziali e processuali*, in *Dir. amm.*, 2000.

SAITTA F., *Omessa comunicazione dell'avvio del procedimento: il lupo perde il pelo ma non il vizio (ovvero "in claris ... fit interpretatio")*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

SAITTA L., *Nuove riflessioni sul trattamento processuale dell'omessa comunicazione di avvio del procedimento: gli artt. 8, comma ult., e 21-octies, comma 2, L. n. 241 del 1990 a confronto*, in *Foro amm. TAR*, 2006.

SALA G., *Procedimento e processo nella nuova legge n. 241*, in *Dir. proc. amm.*, 2006.

SANDULLI A.M., *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1984.

SANDULLI M.A., *La riforma della legge sul procedimento amministrativo tra novità vere e apparenti*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it).

SANDULLI M.A., *Vizi formali e vizi sostanziali prime riflessioni*, in V. PARISIO (a cura di), *Vizi formali, procedimento e processo amministrativo*, Milano, 2004.

SATTA F., *La riforma della l. 241/90: dubbi e perplessità*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

SCHILITZER E.F., *La responsabilità amministrativo-contabile del responsabile del procedimento*, in

SCHUELER B.J., *Vernietigen of geschillen beslechten*, in *JBplus*, 2007.

SCHUELER J., *Vernietigen en opnieuw voorzien*, Utrecht, 1994.

SCHUELLER B.L., *De grote verandering. Finaliteit in een nieuw bestuursprocesrecht*, in *JBplus*, 2012.

SCHWARZE J., *Il controllo giurisdizionale sul procedimento amministrativo europeo, in Il procedimento amministrativo nel diritto europeo*, in BIGNAMI – S. CASSESE (a cura di), *Quaderni della rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2004.

SCHWARZE J., *Legal protection by and within the Administrative procedure. some observations on the legal situation in German and European Community Law*, in A. MASSERA (a cura di), *Le tutele procedurali. Profili di diritto comparato*, Napoli, 2007.

SCIULLO G., *Il principio del "giusto procedimento" fra giudice costituzionale e giudice amministrativo*, in *Jus*, 1986.

SCOCA F.G., *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Milano, 2017.

SCOCA F.G., *Osservazioni eccentriche, forse stravaganti, sul processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2015.

- SCOCA F.G., *Vizi formali e sistema delle invalidità*, in V. PARISIO (a cura di), *Vizi formali, procedimento e processo amministrativo*, Milano, 2004.
- SEERDEN R., STROINK F., *Administrative Law in the Netherland*, in R. SEERDEN, F. STROINK (a cura di), *Administrative Law of the European Union, its Member States and United States. A comparative analysis*, Cambridge, 2007.
- SILVESTRI G., *La corte costituzionale italiana e la portata di una dichiarazione di illegittimità costituzionale*, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), 2013.
- SIRACUSANO P., *La nuova (e «vera») svolta della Cassazione sulla cd. risarcibilità dell'interesse legittimo: i doveri di comportamento della pubblica amministrazione verso la logica garantistica del rapporto*, in *Foro amm. CDS*, 2003.
- SORACE D., *Il diritto delle pubbliche amministrazioni*, Bologna, 2005.
- SORACE D., *Il principio di legalità e i vizi formali dell'atto amministrativo*, in *Dir. pubblico*, 2007.
- SORRENTINO G., *Spunti di riflessione per una applicazione vincolata del comma 2 dell'art. 21-octies della legge n. 241/90*, in M. LIGUORI (a cura di), *Studi sul procedimento e sul provvedimento amministrativo nelle riforme del 2005*, Bologna, 2007.
- SORRENTINO G., *Vizio di incompetenza e processo amministrativo di risultato*, in *Dir. proc. amm.*, 2000.
- SPERANZA R., *La riproduzione dell'atto amministrativo*, in *Foro amm.*, 1961.
- STRADELLA E., *La tutela contro i vizi di forma e nel procedimento, alla luce della nuova disciplina del procedimento amministrativo: spunti di riflessione*, in A. MASSERA (a cura di), *Le tutele procedurali. Profili di diritto comparato*, Napoli, 2007.
- TACCOGNA G., *Giusto processo amministrativo e integrazione della motivazione dell'atto impugnato*, in *Dir. proc. amm.*, 2005.
- TACCOGNA G., *Giusto processo amministrativo e integrazione della motivazione dell'atto impugnato*, in *Dir. proc. amm.*, 2005.

- TINIÈRE R., *La notion de « pleine juridiction » au sens de la Convention européenne des droits de l'homme et l'office du juge administratif*, in RFDA, 2009.
- TREBASTONI D., *La sanatoria dell'invalidità dei provvedimenti nel processo amministrativo*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it);
- TRIMARCHI BANFI F., *Illegittimità e annullabilità del provvedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2003.
- TRIMARCHI M., *Dalla pluralità dei vizi alla pluralità delle tecniche di sindacato*, in *Dir. amm.*, 2010.
- TRIMARCHI M., *L'invalidità nel pensiero di Romano Tassone*, in *Dir. amm.*, 2014.
- TROISE MANGONI V., *Il potere sanzionatorio della Consob. Profili procedurali e strumentalità rispetto alla funzione regolatoria*, Milano, 2012.
- TROPEA G., *Motivazione del provvedimento e giudizio sul rapporto: derive e approdi*, in corso di pubblicazione
- VAN ETTEKOVEN B.J. - A.P. KLAP, *De bestuurlijke lus als rechterlijke (k)lus*, 2010.
- VAN ETTEKOVEN B.J., *Alternatieven van en voor de bestuursrechter, VAR-preadviezen 2001*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2001.
- VERBURG D.A., *Finale geschilbeslechting en haar stiefkind, de "aangeklede" opdracht om een nieuw besluit te nemen*, in *JBplus*, 2010.
- VERDE G., *Sguardo panoramico al libro primo e in particolare alle tutele e ai poteri del giudice*, in *Dir. proc. amm.*, 2010.
- VILLATA R.- RAMAJOLI M., *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2006
- VILLATA R., *L'atto amministrativo*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. COCA, *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005
- VILLATA R., *Spigolature "stravaganti" sul nuovo Codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011.
- VIPIANA PERPETUA P.M., *Gli atti amministrativi: vizi di legittimità e di merito, cause di nullità ed irregolarità*, Padova, 2003.

VIRGA G., *Integrazione della motivazione nel corso del giudizio e tutela dell'interesse alla legittimità sostanziale del provvedimento impugnato*, in *Dir. proc. amm.*, 1993.

VIRGA G., *Le modifiche ed integrazioni alla legge n. 241 del 1990 recentemente approvate. Osservazioni derivanti da una prima lettura*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it).

VIRGA P., *Diritto amministrativo. Atti e ricorsi*, Milano, 2001.

VOLPE F., *La non annullabilità dei provvedimenti amministrativi illegittimi*, in *Dir. proc. amm.*, 2008.

WILLEMSSEN P. – BUSSCHER R. – GROOT N. – LANGBROEK P. – LANGERAK L., *Final Dispute settlement in numbers: report of an examination of final dispute settlement in the Utrecht District Court*, in *Transylvania Review of Administrative Sciences*, 2009.

ZILLER J., *Towards Restatements and Best Practice Guidelines on EU Administrative Procedural Law. Note to the European Parliament's Committee on Legal Affairs – Working Group on EU Administrative Law*, in [www.reneual.eu](http://www.reneual.eu).

ZITO A., *La partecipazione ai procedimenti amministrativi: considerazioni minime sul fondamento costituzionale*, in *Procedura, Procedimento, Processo. Atti del Convegno, Urbino 14 e 15 giugno 2007*, Milano, 2010.

ZITO A., *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1996.