

## **6. L'illegittimità non invalidante**

6.1 L'art. 21-*octies*, comma 2 della legge n. 241/90

6.2 La prima parte dell'art. 21-*octies*, comma 2

6.2.1 La natura formale della norma violata

6.2.2 La natura vincolata del provvedimento

6.2.3 L'ininfluenza del vizio sul contenuto dispositivo del provvedimento

6.2.4 Conclusioni

6.3 La seconda parte dell'art. 21-*octies*, comma 2

6.4 La natura giuridica dell'illegittimità non invalidante

6.4.1 Teoria dell'irregolarità

6.4.2 Teorie processuali

6.4.3 Teorie sostanziali

6.4.4 Conclusioni e analisi logica

6.5 Illegittimità non invalidante e risarcimento del danno

## **6. L'illegittimità non invalidante**

Si tratta di un istituto che, oltre a connotare l'invalidità dell'atto amministrativo, rileva come punto di emersione di principi dell'attività amministrativa, di cui si è già accennato nello studio dell'evoluzione dei concetti di interesse legittimo, legalità e buon andamento, nell'analisi delle categorie del potere, in specie vincolato, nello scrutinio dei tratti formali e sostanziali della decisione.

È ora il momento di esaminare *funditus* la fattispecie descritta dall'art. 21-*octies*, comma 2 della legge 241/90, onde apprezzarne meglio, da un lato, le implicazioni di sistema e, dall'altro, l'impiego di strutture logico-giuridiche abbastanza raffinate.

### **6.1 L'art. 21-*octies*, comma 2 della legge n. 241/90**

L'art. 21-*octies*, comma 2 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. Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato”*.

La disposizione si divide chiaramente in due parti, posto che, al di là del minimo comune

denominatore rappresentato dal divieto di annullare i provvedimenti che risultino affetti da vizi di legittimità di natura formale, le fattispecie ivi descritte sono diverse sotto tre profili.

Anzitutto, la prima ha carattere generale, avendo ad oggetto ogni possibile violazione delle norme sul procedimento amministrativo e sulla forma degli atti, mentre la seconda si riferisce soltanto alla violazione dell'art. 7 della legge 241/90.

Inoltre, le due previsioni presentano un diverso ambito applicativo, perché la prima riguarda i provvedimenti vincolati, mentre la seconda si riferisce implicitamente ai provvedimenti discrezionali.

Infine, la non annullabilità opera diversamente nelle due ipotesi, la prima richiedendo semplicemente che risulti palese che il contenuto dispositivo del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato, la seconda prevedendo requisiti più rigorosi, incombando sull'Amministrazione l'onere di provare l'ininfluenza del vizio.

Le conseguenze che discendono dalla norma sul piano della teoria generale del diritto amministrativo sono dirimenti, in quanto si abbatte un dogma che resisteva da decenni, ovvero l'idea della inderogabilità degli effetti<sup>1</sup> di tutte le disposizioni, sostanziali e procedurali, destinate a regolare l'attività delle pubbliche amministrazioni, la cui violazione dà luogo automaticamente all'annullabilità del provvedimento amministrativo, anche in presenza di un minimo scarto tra l'atto adottato in concreto ed il corrispondente modello legale.

Dogma, peraltro, contestato dalla dottrina più recente<sup>2</sup> e dalla giurisprudenza che aveva elaborato la teoria della «irregolarità per minimalità», secondo la quale non vi è invalidità del provvedimento in caso di vizi che fossero contraddistinti da uno scarso rilievo della norma violata rispetto agli interessi pubblici coinvolti dalla decisione amministrativa<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Resiste, infatti, l'inderogabilità della fattispecie, posto che l'illegittimità non invalidante è, appunto, un'illegittimità e non una mera invalidità, posto che il diritto amministrativo non conosce *norme imperfectae* (cioè prive di sanzione), ma solo illegittimità sanabili.

<sup>2</sup> Cfr. F. G. COCA, "I vizi formali nel sistema delle invalidità dei provvedimenti amministrativi", (a cura di) V. PARISIO, *Vizi formali, procedimento e processo*, Milano 2004: «La garanzia della posizione giuridica del privato non poteva essere più affidata alla regolarità formale dell'azione amministrativa». Pertanto, nota V. CERULLI IRELLI, "Innovazioni del diritto amministrativo e riforma dell'amministrazione. Introduzione", tratto da "Annuario 2002", Milano 2003, p. 14 nella nuova concezione «la legalità indubbiamente resta come valore di riferimento, ma deve convivere con quelli dell'efficienza e dell'efficacia un'amministrazione astretta nel suo agire ai vincoli del legalismo formale, incapace perciò di gestire i suoi compiti, assumendosi la responsabilità del conseguimento di risultati utili per la collettività, alle cui esigenze adattare modalità e contenuti della propria azione, sicuramente è in contrasto con il dichiarato obiettivo di un'amministrazione orientata principalmente all'assolvimento di quei valori, o di quei servizi, piuttosto che tenuta semplicemente all'esecuzione della legge».

<sup>3</sup> Cons. Stato, sez. V, 5 luglio 1991, n. 999, in *Consiglio di Stato*, 1991, p. 1159 : «le violazioni delle norme che disciplinano il procedimento per l'emanazione di un certo provvedimento producono l'illegittimità del provvedimento finale solo se ledono gli interessi sostanziali. Alla tutela dei quali, la disciplina del procedimento è preordinata; pertanto, non sono ammissibili motivi di censura del provvedimento con i quali si alleghino mere irregolarità procedurali, senza alcuna derivata lesione della normativa sostanziale del settore». Si veda anche Cons. Stato, sez. V, 14 dicembre 1989, n. 846, in *Foro Amm.* 1989, p. 3320 in materia elettorale; Cons. Stato, sez. V, 7 settembre 1995, n. 1277, in *Appalti Urbanistica edilizia*, 1996, p. 301; Cons. Stato, 13 febbraio 1993, n. 250, n. 250, in *Riv. Giur. edilizia*, 1993, I, p. 613; Cons. Stato, sez. VI, 2 dicembre 1991, n. 961, in *Riv. Amm.*, 1991, p. 2289 in tema di aggiudicazione contrattuale ed in

È opportuno tratteggiare il quadro storico che fa da sfondo al nuovo istituto.

Nell'ambito di uno Stato di ispirazione liberale appariva indispensabile che il potere pubblico trovasse la propria legittimazione nella stretta corrispondenza dei suoi atti alle disposizioni di legge, che, sul punto, dovevano essere predeterminate. Siffatta esigenza garantistica portava con sé, quale logico corollario, il principio in virtù del quale l'esercizio del potere amministrativo si poteva spiegare se e solo se vi fosse stata una stretta conformità tra l'atto amministrativo adottato e la regola legislativa che lo disciplinava. Se, dunque, anche la violazione minima della norma da parte della P.A. comportava illegittimità del provvedimento adottato, non era concepibile la distinzione tra violazione formale e violazione sostanziale della norma giuridica. Siffatta impostazione era fatta propria da tutta la giurisprudenza dell'epoca che era adusa a definire «le norme che impongono formalità quali precetti giuridici categorici ed imperativi non suscettibili di deroga alcuna». A ciò, infine, si aggiungeva la collocazione sistematica delle norme dell'agire amministrativo nella categoria delle «norme di ordine pubblico»<sup>4</sup>, la cui violazione comportava inderogabilmente una sanzione.

Successivamente, grazie soprattutto all'influenza del diritto francese, hanno preso piede in giurisprudenza posizioni che, distinguendo tra rilevanza ed irrilevanza delle violazioni normative, interpretavano diversamente il rapporto tra legalità e legittimità, attribuendo sempre più valore al profilo dello scopo della norma. Ad una interpretazione esegetica della norma si accompagnava e spesso si sostituiva una interpretazione teleologica della stessa<sup>5</sup>.

Sul versante legislativo molteplici interventi, sia in tema di organizzazione che di azione, hanno accreditato il modello dell'amministrazione di risultato, accentuando la valenza dei principi di buona amministrazione rispetto a quello di legalità.

Alla riforma dell'amministrazione si è accompagnata una riforma della giurisdizione, la cui specularità è sottolineata dalla definizione di giurisdizione di risultato, sia nel senso chiovendiano di essere in grado di assicurare alla parte che ha ragione tutto ciò che gli spetta sulla base del diritto sostanziale, sia nel senso di far rientrare sempre più nell'oggetto della cognizione, nel rispetto del principio della domanda, non già soltanto il "frammento" di azione amministrativa rappresentato

---

quello delle procedure concorsuali. In tema di partecipazione al procedimento Cons. Stato, sez. VI, 29 maggio 2002, n. 2984, in *Giust. Amm.*, 2002 affermava che «le norme sulla partecipazione del privato al procedimento amministrativo non vanno applicate meccanicamente e formalmente, nel senso che occorre annullare ogni procedimento in cui sia mancata la fase partecipativa»; nella stessa ottica Cons. Stato, sez. IV, 22 giugno 2000, n. 3556, in *Foro Amm.*, 2000, p. 2144; Cons. Stato, sez. V, 20 gennaio 2003, n. 178. In dottrina v. M.S. Giannini, "*Diritto Amministrativo*", Milano, 1993, p. 289.

<sup>4</sup> A. LEVI, *Ordine giuridico e ordine pubblico*, in *Riv. fil.*, 1911, III, ora in *Scritti minori di filosofia del diritto*, I, Padova, 1957, 255; BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padova, 1953, 117 ss.; PALADIN, *Ordine pubblico*, in *Nss.D.I.*, XII, 1965, 130; LAVAGNA, *Il concetto di ordine pubblico alla luce delle norme costituzionali*, in *Dem. dir.*, 1967, 359 ss.

<sup>5</sup> Cfr. E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, I e II, Milano, 1955; ID., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949.

dall'atto impugnato, bensì la pretesa al bene della vita, che il ricorrente mira a conseguire o a conservare, e ciò anche al di là dello schermo dell'atto o della sequenza di atti impugnati.

A fronte, quindi, di uno spostamento del sindacato giurisdizionale verso il risultato dell'azione amministrativa, sempre più inadeguato è sembrato essere il rigido parametro conformità/differenza dell'atto amministrativo rispetto allo schema legale di riferimento: da qui l'applicazione anche nella giurisprudenza amministrativa della distinzione tra violazione di legge e violazione dello scopo della norma<sup>6</sup>.

Questa evoluzione, di cui l'art. 21-*octies* comma 2 rappresenta un approdo, viene anche letta nella prospettiva del passaggio dal giudizio sull'atto al giudizio sul rapporto, sulla pressante esigenza di assicurare una cognizione quanto più completa del potere, su cui insistono gli interessi perseguiti con l'atto e la pretesa sostanziale del privato<sup>7</sup>.

La *ratio*, dunque, non è quella di neutralizzare le illegittimità formali (il che sarebbe stato conseguito già solo vietando di annullare provvedimenti vincolati adottati in violazione di norme formali), ma quello di fornire uno strumento al giudice di scrutinare la funzione amministrativa, anche al di là dell'atto che ha generato, consentendogli, al verificarsi di determinati presupposti che acclarino la conformità sostanziale tra l'atto e la funzione, di non annullarlo.

Parte della dottrina ha, dunque, utilizzato la disposizione come tassello di un mosaico che segna la riconfigurazione del processo amministrativo, dove il sindacato di legittimità non si limita più al singolo atto, ma investe l'attività complessiva dell'amministrazione in relazione ad un determinato assetto di interessi. Così scongiurando il rischio che, ottenuto l'annullamento per il solo vizio formale, l'amministrazione adotti un nuovo provvedimento di contenuto lesivo emendato dal vizio. Tuttavia, deve anticiparsi che l'impiego dell'istituto a fini di ricostruzione del sistema va diretto sul versante sostanziale, prim'ancora che processuale.

Ammettere che la violazione di una norma di azione non produca invalidità del provvedimento significa rileggere il rapporto tra fattispecie astratta (legge) e fattispecie concreta (atto) ed, in ultima

---

<sup>6</sup> L'accettazione di tale criterio rappresenta il fondamentale punto di contatto tra gli orientamenti del «positivismo giuridico» (in senso stretto) e quelli delle varie forme di «realismo-empirico» o «sociologico»: sul punto v., ad esempio, BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1972, p. 121-123 (v. anche p. 65, 102, 105, 132 s.). Che il criterio di effettività non si risolva in una mera «constatazione empirica», ma implichi un vero e proprio «giudizio interpretativo di valore» è esattamente sottolineato, ad esempio, dal MENEGHELLI, *Il problema dell'effettività nella teoria della validità giuridica*, Padova, 1964, p. 157 ss.

<sup>7</sup> F. SPAZIANTE *Confini giuridici dell'annullamento dell'atto amministrativo: brevi note sull'interpretazione dell'articolo 21-*octies* comma 2-3 Legge 241/90*. Poiché il giudice aveva una cognizione del provvedimento amministrativo limitata all'accertamento di suddetti vizi di cui all'articolo 3 comma 1 l. 1034/71, e, una volta evidenziati tali difetti, poteva solo annullare l'atto in questione, rimanendogli preclusa ogni valutazione sul fatto concreto e, soprattutto, ogni cognizione circa la risarcibilità di eventuali danni subiti dal privato. Questo meccanismo processuale conferiva al privato una tutela di "facciata", una tutela che si potrebbe definire formale, poiché la P.A. avrebbe ben potuto ripetere l'atto precedente emendato dai vizi, ma con il medesimo contenuto lesivo della sfera giuridica dell'interessato. Inoltre, la struttura del processo amministrativo non consentiva il sindacato sul contenuto dell'atto amministrativo, su quello che notoriamente si definisce la spettanza del bene della vita, ritenuto essere il confine intangibile dell'*agere* amministrativo.

analisi, ripensare lo schema norma-potere-effetto. Tale ripensamento è possibile su due vie: quella del rafforzamento dei profili di legalità sostanziale su quelli di legalità formale, ovvero quella della prevalenza del principio di buon andamento su quello di legalità.

Al quesito, su cui riposa l'essenza dell'art. 21-*octies* della legge 241/90 come il suo ruolo nel sistema, si è già fornita una risposta di massima<sup>8</sup>, che qui occorre approfondire nell'esegesi della fattispecie normativa.

## 6.2 La prima parte dell'art. 21-*octies*, comma 2

La prima parte della norma in esame dispone che: *“Non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato”*.

Il primo periodo individua una fattispecie generale, operante per ogni tipologia di vizio rientrante nella categoria ivi contemplata, incardinata su tre elementi:

- la natura formale della norma violata (*non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti*);
- la natura vincolata del provvedimento (... *qualora, per la natura vincolata del provvedimento*);
- l'ininfluenza del vizio sul contenuto dispositivo del provvedimento (...*sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato*).

La norma non richiede, invece, l'inesigibilità della condotta formalmente legittima dall'amministrazione, essendo incentrata sul dato obiettivo della irrilevanza della violazione posta in essere. Il problema da affrontare, dunque, è quello dei vizi meramente formali dell'atto amministrativo, e della loro eventuale ricaduta sul contenuto del provvedimento<sup>9</sup>.

La disposizione rispecchia il principio di strumentalità del processo, impedendone un esito avulso

---

<sup>8</sup> Cap. III.

<sup>9</sup> La giurisprudenza è concorde nel ritenere che con tale norma il legislatore ha codificato il depotenziamento dei vizi formali e procedurali; è vero che l'operatività dell'istituto dell'illegittimità non invalidante è subordinata alla presenza di due elementi, vale a dire la natura vincolata del provvedimento e l'essere palese che il suo contenuto dispositivo non poteva essere diverso da quello adottato, ma queste condizioni, in realtà, non si pongono in termini restrittivi, come una prima lettura potrebbe far ritenere. Sulla prima condizione operativa, va notato che anche i provvedimenti vincolati presentano un apprezzamento discrezionale sul *quando* e sul *quomodo*, mentre i provvedimenti discrezionali, a loro volta, presentano anch'essi momenti vincolati, quanto meno con riferimento ai principi generali dell'ordinamento ed in particolare alla soglia massima dell'irrazionalità; in altri termini, il concetto di provvedimento vincolato, in realtà, è elastico; ne deriva che tale condizione non si pone in termini decisivi ai fini dell'operatività dell'illegittimità non invalidante. Quanto, poi, all'altro presupposto operativo, vale a dire l'essere palese che la determinazione adottata non avrebbe potuto essere diversa, un giudizio del genere non può che essere emesso a posteriori, con apprezzamento caratterizzato da ampio margine di opinabilità in quanto tra l'impossibile e il possibile la graduazione di ipotesi intermedie è infinita e quindi per gli interessati diventerà sempre più difficile valutare a priori se siano dalla parte della ragione o dalla parte del torto.

dalla sostanza della controversia che ne forma oggetto. In questa prospettiva le norme di natura formale assumono una veste di cedevolezza rispetto alle norme di natura sostanziale; la natura cedevole delle norme procedurali si rapporta alla loro valenza rispetto al perseguimento dell'interesse di cui è portatore il cittadino, connesso al bene della vita di cui agogna la conservazione o l'acquisizione.

Se la norma violata, nella fattispecie concreta, si mostra priva di efficacia rispetto al raggiungimento di tale interesse, non vi è ragione di procedere all'annullamento dell'atto. L'Amministrazione, infatti, potrebbe – anzi, dovrebbe – adottare un nuovo provvedimento di contenuto identico a quello annullato, ma emendato del vizio formale.

Il meccanismo si palesa del tutto coerente con la giurisdizione di tipo soggettivo vigente nel nostro ordinamento, che non permette l'annullamento degli atti amministrativi se non su istanza del legittimato ed a protezione di un suo interesse specifico, che deve poter trovare soddisfazione nella sentenza di accoglimento del ricorso.

### **6.2.1 La natura formale della norma violata**

Passando ad analizzare i singoli elementi, il primo in ordine logico (oltre che testuale) è la natura formale della norma violata, tale intendendosi le norme “*sul procedimento o sulla forma degli atti*”. Le norme sul procedimento sono quelle poste all'interno della legge generale sul procedimento amministrativo (la legge 241 del 1990) o in fonti da esse richiamate, nonché quelle contenute in altre fonti normative che disciplinino lo svolgimento dell'azione amministrativa. Ovviamente non tutte le norme contenute in leggi sul procedimento sono, perciò solo, “norme sul procedimento”, dovendosi considerare la loro funzione specifica.

Le norme sulla forma degli atti sono quelle che attengono ai profili estrinseci dell'atto, con esclusione delle cd. forme essenziali, il cui difetto è causa di nullità. Vi rientrano anche le norme che dettano prescrizioni sul contenuto formale dell'atto, cioè la sua parte espositiva (intestazione, preambolo, motivazione, menzione di atti endoprocedimentali, indicazione della data e luogo in cui viene emesso). Ne consegue che l'art. 3 della legge 241/90 è una norma sulla forma degli atti, ragion per cui il difetto di motivazione ricade nella previsione in esame. Nel giudizio di annullamento dell'atto così viziato l'Amministrazione potrà provare che la mancata esternazione della motivazione non ha influito sull'esito del procedimento. In tal modo, peraltro, si finisce per superare il divieto di integrazione della motivazione, senza incidere sulla posizione del ricorrente, il quale potrà proporre motivi aggiunti<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> Cfr. T.A.R. Abruzzo Pescara, 13 giugno 2005, n. 394, in *P.Q.M.*, 2005, n. 2 p. 131.

Sono estranee al perimetro dell'istituto le norme sulla competenza e i principi giuridici nella cui violazione si sostanzia l'eccesso di potere. L'esclusione dell'eccesso di potere dall'ambito della fattispecie è lampante, peraltro, alla luce della sua *ratio* e dalla sua limitazione all'attività vincolata. Inoltre, il raffronto tra il primo e il secondo comma evidenzia plasticamente come il legislatore abbia inteso esattamente restringere l'istituto in esame al vizio di violazione di legge, avendo ben presente la distinzione con gli altri due vizi di legittimità.

La violazione delle norme così strutturate non sempre comporta l'illegittimità del provvedimento. Volendo fare un parallelismo con il sistema civilistico dell'invalidità, l'art. 1418 comma 1 c.c. stabilisce che *“il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative, salvo che la legge non disponga diversamente”*: il contratto che viola norme imperative è tendenzialmente ma non sempre nullo, posto che è ben possibile una sanzione diversa rispetto alla nullità.

Lì, come detto, la nullità costituisce la regola generale della patologia contrattuale. Nel diritto amministrativo, dove la annullabilità costituisce la patologia generale del provvedimento, la disposizione in esame utilizza il medesimo schema, posto che il provvedimento viziato da violazione di legge è tendenzialmente (e dunque non sempre) annullabile. La differenza risiede che nel congegno dell'art. 1418 c.c. la clausola di salvezza opera tramite un rinvio a singole disposizioni, mentre nell'ipotesi dell'art. 21-*octies* legge 241/90 è prevista una deroga di carattere generale. Naturalmente, poi, le differenze di fondo attengono alla *ratio* ed alla struttura della deroga.

Come meglio si vedrà la prova postulata dal secondo comma dell'art. 21-*octies* mira ad accertare se il provvedimento “resiste” all'illegittimità che lo affligge, attraverso un classico giudizio ipotetico controfattuale.

Mettendo in relazione il primo e il secondo comma della disposizione possono ricostruirsi tutte le ipotesi di illegittimità e le relative conseguenze.

a) Violazione di legge formale + atto discrezionale = annullamento del provvedimento (qui la prova di resistenza è ontologicamente inammissibile, poiché la natura discrezionale dell'atto esclude la prova al di là di ogni ragionevole dubbio che il contenuto sostanziale del provvedimento sarebbe rimasto impregiudicato).

b) Violazione di legge formale + atto vincolato = non annullamento del provvedimento (qualora risulti palese che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso).

c) Eccesso di potere o incompetenza + atto discrezionale o vincolato = annullamento del provvedimento (qui si prescinde da ogni valutazione prognostica circa il contenuto dell'atto, atteso che la natura della norma violata possiede per definizione un'incidenza sostanziale sullo svolgimento della funzione).

## 6.2 2 La natura vincolata del provvedimento

Secondo elemento indicato dalla disposizione in commento è che il provvedimento abbia natura vincolata.

Il concetto è stato definito a suo tempo, qui occorre riprenderlo nella specifica cornice dell'istituto, onde stabilire se il riferimento alla natura vincolata vada inteso in senso integrale (cioè come provvedimento vincolato nell'*an* e nel *quid*) e assoluto (cioè come provvedimento privo di alternative, sia in fatto che in diritto), ovvero in senso parziale (cioè come provvedimento vincolato solo nell'*an* o solo nel *quid*) e relativo (cioè come provvedimento che presenta margini di scelta in fatto o in diritto).

Per evitare che l'ambito di applicazione della norma risulti eccessivamente dilatato la dottrina più autorevole propende per un'interpretazione restrittiva della disposizione in esame. Pertanto si riconduce l'espressione "*natura vincolata del provvedimento*" alle ipotesi di provvedimento vincolato nell'emanazione e nel contenuto, nonché a quelli discrezionali quanto ad emanazione ma vincolati quanto al contenuto. Inoltre la natura vincolata del provvedimento si riferisce all'assenza di alternative giuridiche al provvedimento stesso<sup>11</sup>.

Per il resto il concetto di vincolo viene inteso senza ulteriori restrizioni, ed è comprensivo, quindi, delle ipotesi in cui il vincolo discenda da un precedente provvedimento amministrativo, da un accordo tra privato e pubblica amministrazione, da un giudicato.

Nella casistica giurisprudenziale si parla di provvedimenti vincolati con riferimento ad atti che vengono emanati al verificarsi dei presupposti indicati dalla legge, che sono sottratti alla disponibilità delle parti e che hanno natura dichiarativa di un effetto direttamente scaturente dalla legge<sup>12</sup>.

Ipotesi siffatte sono i procedimenti di espulsione dal territorio nazionale di cittadini extracomunitari<sup>13</sup>, i procedimenti di repressione di abusi edilizi<sup>14</sup>, i procedimenti relativi al

---

<sup>11</sup> La giurisprudenza, per esempio, parla di atti vincolati con riferimento alle ipotesi di procedimenti di espulsione dal territorio nazionale di cittadini extracomunitari (Cons. Stato, sez. IV, 12 marzo 2001, n. 1381, in *Foro amm.* 2001, p. 366), o ancora ai procedimenti relativi alla repressione di abusi edilizi (T.A.R. Lazio, sez. II, 31 gennaio 2001, n. 782, in *Riv. Giur. edilizia*, 2001, I, p. 461). In tali decisioni si fa sempre riferimento alla natura dichiarativa dei provvedimenti, con riguardo a quegli «atti che vengono emanati per il solo fatto del verificarsi di un evento indicato dalla legge, imparziale, traducendo sul piano amministrativo il generale principio di eguaglianza sancito all'art. 3 Cost. Questo, tuttavia, non esclude che la pubblica amministrazione possa esprimere valutazioni discrezionali circa interessi diversi, ma impone che le sue decisioni vengano prese nell'osservanza della legge e senza alcuna arbitraria discriminazione tra i soggetti coinvolti» Cons. Stato, sez. V, 16 novembre 1998, n. 1615, in *Consiglio di Stato*, 1998, I, p. 1770.

<sup>12</sup> Cons. Stato, sez. V, 16 novembre 1998, n. 1615, in *Cons. Stato* 1998, I, p. 1770.

<sup>13</sup> Cons. Stato, sez. IV, 12 marzo 2001, n. 1382, in *Foro amministrativo*, 2001, p. 366.

<sup>14</sup> T.A.R. Lazio, sez. II, 31 gennaio 2001, n. 782, in *Riv. Giur. edilizia*, 2001, I, p. 461.



collocamento a riposo di pubblici dipendenti per raggiunti limiti di età<sup>15</sup>, i procedimenti di inquadramento dei pubblici dipendenti.

### **6.2.3 L'ininfluenza del vizio sul contenuto dispositivo del provvedimento**

Il provvedimento vincolato viziato da illegittimità formale non è annullabile qualora “*sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato*”.

L'accertamento di questo elemento implica la ricostruzione virtuale del procedimento o del provvedimento (a seconda che la violazione abbia riguardato una norma sul procedimento o una norma sulla forma dell'atto conclusivo), onde verificare se, in assenza del vizio da cui il provvedimento adottato è affetto, il suo contenuto dispositivo sarebbe stato il medesimo.

Dal punto di vista formale per “contenuto dispositivo” deve intendersi la parte precettiva dell'atto, quella cioè da cui scaturiscono gli effetti giuridici e che si identifica nel complesso di statuizioni che costituiscono l'esercizio del potere tipico (es. autorizzazione, concessione, espropriazione, sanzione, etc.). Ovviamente entra nel contenuto dispositivo ogni aspetto del provvedimento in grado di incidere sulla efficacia dell'atto e sul rapporto cui dà vita.

Dal punto di vista sostanziale il “contenuto dispositivo” è quello con cui l'amministrazione “dispone” della materia oggetto del suo potere funzionale e che, dunque, rappresenta l'esito del *decision making process*, cioè la decisione circa l'assetto da dare agli interessi curati.

L'operazione cui è chiamato il giudice, nell'accertare se la violazione formale abbia influito sul contenuto del provvedimento così inteso, ha natura causale.

Per comprenderlo basti considerare che la verifica della causalità postula il ricorso al giudizio controfattuale, articolato sul condizionale congiuntivo “se ... allora ...” (nella forma di un periodo ipotetico dell'irrealtà, in cui il fatto enunciato nella protasi è contrario ad un fatto conosciuto come vero) e costruito secondo la tradizionale doppia formula, nel senso che: a) la condotta è condizione necessaria dell'evento se, eliminata mentalmente dal novero dei fatti realmente accaduti, l'evento non si sarebbe verificato; b) la condotta non è condizione necessaria dell'evento se, eliminata mentalmente mediante il medesimo procedimento, l'evento si sarebbe egualmente verificato.

Accertare se l'evento (il contenuto del provvedimento) si sarebbe ugualmente verificato (non avrebbe potuto essere diverso da quello adottato) pur in assenza della condotta (l'illegittimità), richiede, appunto, un'indagine di tipo ipotetico controfattuale, cioè l'eliminazione mentale della condotta. Altrimenti detto la disposizione in esame postula l'istituzione o la negazione di un nesso di derivazione tra la violazione della norma e il provvedimento emanato.

---

<sup>15</sup> T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 9 aprile 1998, n. 420, in *Ragiusan*, 1999, f. 178 -9, p. 34.

Ciò posto, occorre stabilire se l'indagine debba avvenire secondo i modelli della causalità di fatto o di quella giuridica.

Non vi è dubbio che la relazione da verificare corra tra entità giuridiche, sicché dovrebbe preferirsi il modello di causalità giuridica.

Va, tuttavia, ricordato che la causalità giuridica è una tecnica di imputazione, non già una tecnica di accertamento causale. La sua funzione è quella di imputare sul piano giuridico le conseguenze di un fatto qualificato dall'ordinamento, non già quella di accertare se quel fatto abbia realmente generato gli effetti che gli vengono imputati.

Nello schema previsto dall'art. 21-*octies*, invece, sembra proprio che il legislatore abbia richiesto quest'ultimo accertamento.

L'applicazione del modello della causalità di fatto postula, tuttavia, che lo stesso sia compatibile con fenomeni propriamente giuridici. Nonostante i dubbi di parte della dottrina e della giurisprudenza<sup>16</sup>, deve ritenersi che la teoria della causalità di fatto non solo è compatibile con la fenomenologia normativa, ma deve essere applicata allorché sia l'ordinamento a richiedere un accertamento di tipo causale, essendo l'unica teoria competente ad effettuare tale accertamento<sup>17</sup>.

Si consideri, peraltro, che qualsiasi fenomeno giuridico è, prima di tutto, un fatto. L'ordinamento giuridico non può che occuparsi del mondo fisico, quello in cui i suoi soggetti operano.

Va da sé, peraltro, che l'applicazione del modello della causalità di fatto non implica, necessariamente, l'impiego di leggi di copertura a carattere scientifico. Ciò è vero persino nell'ordinamento penale, dove detto modello trova codificazione (artt. 40 e 41 c.p.) ed elaborazione, essendo frequente che – per la tipologia di reato o per l'incompletezza delle conoscenze – l'interprete debba avvalersi di leggi economiche e sociali o, persino, di massime di esperienza.

La caratteristica del modello della causalità materiale nel diritto, infatti, non è il tipo di legge di copertura utilizzata, ma la struttura del giudizio causale.

Ne consegue, dunque, che di questa struttura occorra fare applicazione, impiegando le regole di inferenza più appropriate, che sono quelle inerenti il formarsi della decisione amministrativa.

Allora va richiamata la rappresentazione sillogistica del giudizio causale, dapprima nella sua versione “pura”, in cui emerge che il giudizio da effettuare è a ritroso, dovendosi accertare *ex post*

---

<sup>16</sup> Cass. sez. III civ., n. 21619 del 2007, la quale, nell'affermare che nel diritto civile non operino i principi sulla causalità penale, sottintende una insufficienza epistemologica dello statuto della causalità di fatto che gli impedisce di adattarsi alle diverse esigenze del diritto civile. Di diverso avviso, invece, Cass. sez. III civ., n. 7997 del 2005, che ascrive al modello della causalità giuridica l'istituto dell'interruzione del rapporto causale di cui all'art. 41, comma 2 c.p. – in realtà un correttivo della causalità naturale e non un modello di causalità giuridica – con ciò implicitamente riconoscendo la valenza universale dal punto di vista concettuale della teoria della causalità di fatto.

<sup>17</sup> Che il diritto possa – sostituendosi alle scienze naturali – creare una propria teoria della causalità di fatto è un'idea inaccettabile nello Stato democratico. Ciò che le leggi dell'uomo possono fare è, appunto, predisporre modelli di imputazione alternativi, fondati su regole diverse da quelle operanti nella natura. Ma, allorché utilizzano modelli di imputazione causale, non possono manipolarli a piacimento e sono legati a taluni limiti invalicabili, dettati dalle leggi fisiche, tra cui il noto principio «*natura non facit saltum*».

se l'effetto (il provvedimento) è stato causato da un fattore antecedente (l'illegittimità).

PREMESSA MINORE	PREMESSA MAGGIORE	CONCLUSIONE
caso (ignoto)	regola (nota)	risultato (noto)
<b>Causa</b> (violazione di legge formale?)	<b>leggi di produzione dell'effetto</b> (regole di formazione della decisione amministrativa)	<b>effetto</b> (provvedimento)

Poi in quella “corretta”, inserendo tutti gli elementi conosciuti nella premessa minore, onde consentire il funzionamento dell'inferenza, tramite il menzionato processo di eliminazione mentale.

PREMESSA MINORE	PREMESSA MAGGIORE	CONCLUSIONE
- Violazione di legge - Provvedimento	le regole implicate nella produzione di un provvedimento del tipo di quello verificatosi in concreto	astruendo ipoteticamente dalla premessa minore la violazione di legge si deduce, in base alle regole della premessa maggiore, se a queste condizioni (in assenza, cioè, del fattore escluso), il provvedimento si sarebbe o non prodotto e che, dunque, quel fattore è causa o meno dell'evento

Se questa è l'indefettibile struttura logica che regge l'accertamento causale, occorre tuttavia stabilire quale sia il criterio per riconoscere l'esistenza del rapporto causale nel caso concreto. Cioè, quando può dirsi che l'illegittimità commessa ha influito sul contenuto del provvedimento adottato. Se il processo di eliminazione mentale portasse sempre, in base alla regola di inferenza, a risultati certi tale problema non sussisterebbe.

Tuttavia ciò è raro. Vuoi per la natura ontologicamente probabilistica dell'inferenza abduktiva, vuoi per la natura relativa delle leggi di copertura impiegate, solo in parte attenuata dalla circostanza<sup>18</sup> che esse operano con riguardo ai procedimenti vincolati.

Ciò posto, come è noto, l'alternativa è tra il criterio del “più probabile che non” e del “oltre ogni

<sup>18</sup> La cui *ratio*, adesso, diviene chiara.

ragionevole dubbio”. Quest’ultimo è proprio della materia penale, mentre in materia civile ad applicarsi è il primo.

Tuttavia, questo assunto ha carattere generale, in assenza di norme del settore di riferimento che fissino un paradigma. Poiché, invece, l’art. 21-*octies*, comma 2 esige che l’ininfluenza della violazione sul contenuto del provvedimento risulti “palese”, deve ritenersi che il legislatore abbia imposto un criterio di cd. certezza processuale, cui è senz’altro applicabile lo standard *b.a.r.d.*, in base al quale il giudice deve condurre un ragionamento probatorio, sviluppato secondo la linea indicata e che abbia altresì escluso l’interferenza di fattori alternativi, tale che la conclusione per cui l’illegittimità non è stata condizione necessaria del contenuto del provvedimento adottato sia giustificata con «alto o elevato grado di credibilità razionale»<sup>19</sup>.

Tale soglia non è irragionevole ed, anzi, sarà spesso attingibile qualora il procedimento non presenti aspetti di discrezionalità tecnica (nel qual caso, come detto, pur trattandosi di attività giuridicamente vincolata, esistono margini di opinabilità che possono impedire al giudice di ricostruire in modo sicuro l’incidenza della violazione procedimentale – ad esempio relativa alla mancata acquisizione di un fatto o di un parere, o al difetto di motivazione della scelta tecnica – sul contenuto del provvedimento).

#### **6.2.4 Conclusioni**

In sintesi, se il giudice accerta ogni oltre ragionevole dubbio che la decisione si sarebbe formata negli stessi termini sostanziali di quelli concretamente verificatisi, allora non annulla l’atto impugnato in forza del vizio formale che lo affligge.

L’ordine della cognizione del giudice amministrativo è il seguente: in primo luogo, accertata l’esistenza del vizio di legittimità, dovrà qualificarlo come violazione di legge sul procedimento o sulla forma. In secondo luogo dovrà qualificare il tipo di funzione e, dunque, la natura vincolata del procedimento. Da ultimo dovrà valutare se la prefata violazione abbia inciso o meno sul contenuto sostanziale del provvedimento impugnato.

L’applicazione dell’art. 21-*octies*, comma 2, primo periodo avviene d’ufficio, nel senso che, dedotto tra i motivi del ricorso avverso un provvedimento vincolato una censura di ordine formale, per valutare se accoglierla o meno il giudice deve verificarne la concreta incidenza sul contenuto del provvedimento impugnato, indipendentemente da qualsiasi richiesta dell’autorità emanante (che potrebbe anche non essersi costituita) o di eventuali controinteressati.

---

<sup>19</sup> Cass. Sez. Un. pen. n. 30328 del 2002.

### 6.3 La seconda parte dell'art. 21-octies, comma 2

La seconda parte della norma in esame dispone che: *“Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato”*.

Il secondo periodo individua un'ipotesi specifica, operante per una determinata tipologia di vizio, incardinata su tre elementi:

- la natura tipica della norma violata (*Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento*);
- onere della prova assolto dalla pubblica amministrazione (...*qualora l'amministrazione dimostri in giudizio*);
- l'ininfluenza del vizio sul contenuto del provvedimento (...*che il suo contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato*).

La disposizione in esame è speciale rispetto a quella che la precede. L'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento è, infatti, una norma sul procedimento, prevista in generale all'art. 7 della legge 241 del 1990, come tale ascrivibile al *genus* delle violazioni di legge contemplate dall'art. 21-octies, comma 2 prima parte.

A ben guardare, tuttavia, il rapporto è di specialità reciproca: la prima parte del 2° comma dell'art. 21-octies è a sua volta speciale, perché contempla i provvedimenti amministrativi vincolati, mentre la seconda parte non distingue, comprendendo anche i provvedimenti discrezionali.

Ne consegue che, in ipotesi di mancata comunicazione dell'avvio del procedimento, qualora questo abbia natura vincolata si applicherà la prima parte del 2° comma dell'art. 21-octies e, dunque, non vi sarà l'annullamento dell'atto qualora sia palese che il suo contenuto (sostanziale) non avrebbe potuto essere diverso da quello concretamente adottato<sup>20</sup>.

Invece, qualora il procedimento abbia natura discrezionale, si applicherà la seconda parte del 2° comma dell'art. 21-octies e, dunque, l'atto non sarà annullabile se l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.

La tesi patrocinata è sostenuta anche da un dato letterale, relativo all'espressione utilizzata in esordio dalla norma che menziona la violazione dell'obbligo di comunicazione, secondo cui *“Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile”*. La parola *comunque* chiarisce che il

---

<sup>20</sup> T.A.R. Lazio Roma, sez. I, 01 agosto 2006, n. 6693, in *Foro amm. TAR* 2006, 7-8, p. 2496: «il primo alinea del secondo comma dell'art. 21-octies, è da ritenere riferibile anche al caso di inadempimento dell'obbligo di cui all'art. 7 della legge n. 241/90, in quanto norma sul procedimento».

provvedimento viziato da mancata comunicazione di avvio del procedimento non è annullabile anche ove non si riscontrino gli elementi previsti dalla disposizione precedente (in particolare la natura vincolata dell'atto), qualora sussistano quelli in essa contemplati.

Apparentemente sembra sussistere un'antitesi tra la *ratio* dell'art. 7 e quella dell'art. 21-*octies* comma 2, a maggior ragione sull'assunto dell'applicabilità già del primo periodo all'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento.

Infatti, va ricordato che la funzione assegnata dalla legge alla comunicazione di avvio del procedimento è quella di mettere in condizione l'interessato di partecipare al medesimo, nelle varie forme riconosciute dall'ordinamento. Questa esigenza confligge, però, con l'ispirazione sostanziale sottesa all'irrelevanza dell'inadempimento dell'obbligo di comunicazione predicata dalla disposizione in esame.

Il conflitto è, in realtà, apparente. Il legislatore non ha assolutamente inciso sull'art. 7 della legge n. 241/90, esentando dall'obbligo di comunicazione di avvio del procedimento l'amministrazione i provvedimenti vincolati e, dunque, rendendo legittimi gli atti vincolati non preceduti da detta comunicazione<sup>21</sup>, ma semplicemente ha escluso la possibilità per il giudice di annullare i provvedimenti vincolati nell'ipotesi in cui il contenuto dispositivo "*non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato*", rendendo così necessaria una specifica valutazione al riguardo.

È opinione diffusa che la previsione in esame codifichi l'orientamento giurisprudenziale maturato in ordine alla irrilevanza della mancata comunicazione di avvio del procedimento. L'interpretazione più attenta, peraltro, individua la linea di continuità nel solo caso di procedimenti in cui la partecipazione del privato si dimostri ininfluenza<sup>22</sup>, e non anche nelle ipotesi dove l'obbligo di

---

<sup>21</sup> T.A.R. Campania Napoli, sez. II, 19 ottobre 2006, n. 8683, in *Foro amm. TAR* 2006, 10 p. 3290, «La necessità della comunicazione di avvio del procedimento ai destinatari dell'atto finale è stata prevista in generale dall'art. 7, l. n. 241 del 1990 non soltanto per i procedimenti complessi che si articolano in più fasi (preparatoria, costitutiva ed integrativa dell'efficacia), ma anche per i procedimenti semplici che si esauriscono direttamente con l'adozione dell'atto finale, i quali comunque comportano una fase istruttoria da parte della stessa autorità emanante. La suddetta fase procedimentale, pertanto, non può essere omessa o compressa per il fatto che si sia in presenza di un provvedimento a contenuto vincolato, atteso che è stata affermata dalla giurisprudenza più recente la sussistenza dell'obbligo di avviso dell'avvio anche nell'ipotesi di provvedimenti a contenuto totalmente vincolato, sulla scorta della condivisibile considerazione che la pretesa partecipativa del privato riguarda anche l'accertamento e la valutazione dei presupposti sui quali si deve comunque fondare la determinazione amministrativa. Invero, non è rinvenibile alcun principio di ordine logico o giuridico che possa impedire al privato, destinatario di un atto vincolato, di rappresentare all'amministrazione l'inesistenza dei presupposti ipotizzati dalla norma, esercitando preventivamente sul piano amministrativo quella difesa delle proprie ragioni che altrimenti sarebbe costretto a svolgere unicamente in sede giudiziaria». Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 20 aprile 2000, n. 2443, in *Comuni Italia*, 2000, 1275; Cons. Stato, n. 2953 del 2004; ID., 22 aprile 2004 n. 2307, in *D&G-Dir. e giust.*, 2004, fasc. 28, p. 50.

<sup>22</sup> T.A.R. Emilia Romagna Bologna, sez. II, 06 novembre 2006, n. 2875, in *Comuni Italia* 2007, 1-2 «...la previsione di cui all'art. 21 *octies* l. n. 241 del 1990, come novellata dalla l. n. 15 del 2005, la quale dispone che non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme nel procedimento o nella forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il contenuto dispositivo dello stesso non avrebbe potuto essere diverso, e ciò coerentemente con l'indirizzo giurisprudenziale che ritiene inutile la comunicazione dell'avvio del procedimento in caso di attività vincolata quanto la partecipazione dell'interessato non avrebbe potuto, comunque, apportare elementi di

comunicazione sia assolto altrimenti o ritenuto insussistente, per i quali non occorre neppure ricorrere alla previsione in esame<sup>23</sup>.

Ne deriva, allora, che il 21-*octies*, comma 2 postula che la comunicazione di avvio del procedimento sia dovuta, e dispone la non annullabilità del provvedimento ove risulti che l'esito del procedimento non avrebbe potuto essere diverso. Il che, anteriormente all'introduzione della norma, veniva desunto dal potere dell'amministrazione di adottare un nuovo provvedimento di identico contenuto<sup>24</sup>.

Sulla base di queste coordinate può essere definito il contenuto dell'accertamento che deve svolgere il giudice ai sensi dell'art. 21-*octies* comma 2, sia esso d'ufficio (primo periodo: provvedimenti vincolati), o su istanza e prova dell'amministrazione (secondo periodo: provvedimenti discrezionali), fermo restando che la struttura è analoga a quella descritta nel paragrafo precedente.

Eliminato mentalmente il vizio, il procedimento amministrativo deve essere ricostruito ipotizzando che la comunicazione all'interessato sia stata data, verificando, in base alla tipologia della funzione e a come il procedimento si è concretamente svolto, se la sua partecipazione avrebbe potuto modificare la decisione adottata. Solo se l'esito di questa simulazione è certamente negativo il provvedimento non sarà annullabile.

In ipotesi di attività vincolata il giudizio controfattuale si presenta tutto sommato agevole. In presenza di un quadro normativo di riferimento chiaro e di un'istruttoria sui fatti completa, è ragionevole inferire che la partecipazione del privato non avrebbe potuto influire sull'esito del procedimento, qualora la valutazione dei presupposti di fatto e di diritto (comunque direttamente desumibile dalla motivazione dell'atto impugnato) sia stata compiuta correttamente dall'amministrazione.

---

valutazione eventualmente idonei ad incidere sul provvedimento finale». Cons. Stato, sez. VI, 18 settembre 2006, n. 5419, *Foro amm. CDS 2006, 9 2601* «Sebbene l'art. 21 *octies* l. n. 241 del 1990 - in base al quale 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 - sia intervenuto successivamente all'adozione dell'atto impugnato, il principio da esso espresso era già stato recepito dalla giurisprudenza amministrativa, che aveva ripetutamente affermato che le norme in materia di partecipazione al procedimento amministrativo ai sensi degli art. 7 ss. l. 7 agosto 1990 n. 241 non vanno applicate meccanicamente e formalmente, nel senso che occorre annullare ogni procedimento in cui sia mancata la fase partecipativa, dovendosi piuttosto interpretare nel senso che la comunicazione è superflua - e riprendono, pertanto, espressione i principi di economicità e di speditezza dai quali è retta l'attività amministrativa - quando quest'ultima sia priva di margini di discrezionalità sui quali possa utilmente intervenire il privato». Cfr., ex plurimis, Cons. Stato, sez. VI, 20 maggio 2004 n. 3269; Id., 20 aprile 2004 n. 2203.

<sup>23</sup> T.A.R. Lombardia Milano, sez. II, 04 aprile 2007, n. 1396, in *Foro amm. TAR 2007*, 4 p. 1240: «In relazione al vizio procedimentale di mancata comunicazione dell'avvio del procedimento è necessario distinguere tra le ipotesi in cui lo scopo della partecipazione del privato sia stato in ogni caso raggiunto anche in difetto della suddetta comunicazione, o vi sia comunque un atto equipollente alla formale comunicazione, nel qual caso va esclusa l'esistenza stessa, sul piano sostanziale, del vizio procedimentale, in applicazione del criterio del raggiungimento dello scopo dalle diverse ipotesi in cui, invece, trova applicazione l'art. 21 *octies* comma 2, l. n. 241 del 1990, che concerne la non annullabilità di atti, che comunque rimangono viziati, ove sia fornita la prova che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere differente da quello in concreto adottato».

<sup>24</sup> T.A.R. Puglia Lecce, sez. I, 06 luglio 2006, n. 3847, in *Foro amm. TAR 2006*, 7-8, p. 2637.

In ipotesi di attività discrezionale, invece, sarà assai più difficile operare un accertamento oltre ogni ragionevole dubbio. Laddove l'attività presenti margini di discrezionalità la partecipazione del privato sia in grado di incidere sulle scelte amministrative. Ciò, tuttavia, è vero solo *ex ante*. Invece, dovendo effettuare una valutazione *ex post* può emergere che, sulla base delle risultanze procedurali, l'intervento del privato non avrebbe concretamente influito sul *decision making process*.

Dunque, la partecipazione del privato non va considerata in una logica aprioristica, quasi che la stessa sia sempre in grado di apportare, sul piano della legittimità o del merito, una qualche utilità all'azione amministrativa. Ciò è vero se egli sia in possesso di elementi – di fatto o di diritto – cui l'amministrazione non possa autonomamente attingere, ma ove così non fosse l'arricchimento procedimentale derivante dalla partecipazione dell'interessato resta una petizione di principio, la cui effettività va verificata nel concreto svolgimento delle fasi procedurali, ben potendo l'amministrazione aver personalmente acquisito tutti quegli elementi che avrebbe potuto portare il privato, ovvero essere gli stessi non influenti nel caso concreto.

Da ultimo va affrontata la questione relativa all'applicabilità dell'art. 21-*octies* comma 2, seconda parte in caso di violazione dell'art. 10-*bis* della legge 241 del 1990, al quale è pacificamente applicabile la prima parte del comma.

La tesi affermativa muove dal presupposto dell'identità di funzione svolta da detta ultima disposizione e dall'art. 7, posto che entrambe le fattispecie mirano a rendere la decisione amministrativa più meditata e rispettosa degli interessi del destinatario dell'atto, prevenendo il contenzioso giurisdizionale. La differenza sarebbe che l'una (art. 7) garantisce la partecipazione nella fase istruttoria, l'altra (art. 10-*bis*) nella fase decisoria, ma ciò non varrebbe ad alterarne la simmetria di finalità e struttura.

In senso contrario, tuttavia, deve richiamarsi la natura eccezionale della disposizione di cui all'art. 21-*octies*, 2° comma, che deroga alla regola generale dell'annullabilità dei provvedimenti amministrativi adottati in violazione di legge, limitando di fatto la tutela giurisdizionale contro gli atti della pubblica amministrazione, ampiamente garantita dall'art. 113 della Costituzione. Ciò comporta l'inammissibilità (*ex art. 14 delle disposizioni preliminari al codice civile*) della sua applicazione oltre i casi in essa considerati.

Pertanto, anche a non voler qualificare la norma come eccezionale, non pare sussistano i presupposti dell'analogia, in particolare l'*eadem ratio*. A tal riguardo non è corretto istituire un mero parallelismo tra art. 7 e art. 10-*bis*, peraltro neppure scontato, dovendosi considerare le due fattispecie nella cornice di cui all'art. 21-*octies*, comma 2, secondo periodo. In proposito è di immediata intuizione come la mancata comunicazione del preavviso di rigetto impedisca al privato



di sostenere le proprie ragioni, contestando l'apparato motivazionale predisposto dall'amministrazione all'esito del procedimento. La partecipazione alla fase decisoria nei procedimenti discrezionali e ad istanza di parte assume una valenza rispetto al formarsi della decisione amministrativa diversa da quella che ha la partecipazione alla fase istruttoria, sicché la mancata previsione del vizio di violazione dell'art. 10-*bis* tra quelli suscettibili di sanatoria ai sensi dell'art. 21-*octies*, comma 2 secondo periodo non può essere ascritta ad una lacuna, ma ad una scelta legislativa, non emendabile dall'interprete.

C'è, però, un'osservazione da fare.

Se è possibile che nei procedimenti discrezionali (tutti, anche quelli ad istanza di parte, non contenendo la norma alcuna limitazione al riguardo) la violazione dell'art. 7 non comporti l'annullabilità del provvedimento, come può essere tale possibilità esclusa per la violazione dell'art. 10-*bis*, che riguarda un segmento procedimentale a valle?

Detto altrimenti, se è mancata la comunicazione di avvio del procedimento e il privato non vi ha partecipato, ineluttabilmente – nei procedimenti ad istanza di parte – non ha neppure ricevuto il preavviso di rigetto. Ne consegue che, ove l'amministrazione dimostri che la sua partecipazione non sarebbe stata utile, il provvedimento non sarebbe annullabile *ex art. 21-*octies** comma 2 secondo periodo, mentre dovrebbe comunque esserlo perché non ha ricevuto il preavviso di rigetto (posto che, come detto, a tale vizio non è applicabile tale disposizione).

Anche assumendo che nei procedimenti ad istanza di parte la comunicazione non sia dovuta il paradosso permarrrebbe.

L'unica soluzione plausibile è ritenere che, anche quando il privato non abbia partecipato al procedimento per mancanza della comunicazione di avvio, l'amministrazione sia comunque tenuta a comunicargli il preavviso di rigetto, sicché tale vizio avrebbe rilevanza autonoma. Sarebbe possibile, dunque, che anche nei procedimenti a istanza di parte a carattere discrezionale la norma trovi applicazione, allorquando l'amministrazione non abbia comunicato l'avvio del procedimento, ma abbia comunicato il preavviso di rigetto, e la prima violazione resti sanata ai sensi 21-*octies* comma 2, secondo periodo.

A conforto di tale interpretazione milita lo stesso testo dell'art. 10-*bis*, che non sembra postulare ai fini della sua applicabilità l'intervento dell'istante nel procedimento e, dunque, la comunicazione di avvio dello stesso.

#### **6.4 La natura giuridica dell'illegittimità non invalidante**

Dopo aver esaminato le caratteristiche strutturali e funzionali delle fattispecie contemplate dall'art.

21-*octies*, comma 2 della legge n. 241 del 1990, è possibile definirne la natura ed operare un inquadramento di più ampio respiro, alla luce dei principi fondamentali del sistema amministrativo, onde sciogliere l'interrogativo sull'inerenza dell'istituto al principio di legalità o a quello di buon andamento.

Le teorie formulate in proposito si dividono in tre orientamenti: formale, processuale e sostanziale. I primi due tendono a collocare l'istituto nell'ambito della legalità formale, l'ultimo oscilla tra legalità sostanziale e buon andamento.

#### 6.4.1 Teoria dell'irregolarità

Secondo questa teoria la disposizione in esame darebbe adito sul piano del diritto positivo a due specifiche ipotesi di irregolarità dell'atto amministrativo<sup>25</sup>.

La tesi è respinta dalla dottrina prevalente e dalla giurisprudenza<sup>26</sup>.

L'irregolarità presuppone che il giudice effettui una valutazione del vizio *ex ante* e in astratto, senza alcun riferimento alla fattispecie concreta. All'opposto, l'art. 21-*octies* impone l'accertamento *ex post* che il provvedimento affetto da un vizio di legittimità non avrebbe potuto avere un contenuto dispositivo diverso in assenza del vizio.

Si deve escludere che un provvedimento difforme dal paradigma normativo, poiché adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti, possa essere considerato semplicemente irregolare. Infatti, un provvedimento amministrativo può qualificarsi irregolare quando, sulla base di una valutazione condotta in astratto e *a priori*, la difformità dal paradigma normativo che lo contraddistingue non può compromettere la migliore individuazione dell'interesse pubblico concreto e la sua soddisfazione. Invece, secondo il tenore letterale della disposizione in esame, l'idoneità o meno del provvedimento, adottato in violazione di una norma sul procedimento o sulla forma degli atti, a soddisfare l'interesse pubblico è destinata ad essere evidenziata di volta in volta dal giudice, all'interno del processo, con specifico riferimento ad una determinata fattispecie concreta.

La norma non elide la qualificazione in termini di illegittimità del provvedimento affetto da vizi formali, ma ha il solo effetto di attribuire al giudice il potere di valutazione postuma in ordine alla concreta efficacia del vizio sul contenuto dell'atto impugnato, dal momento che, qualora l'atto

---

<sup>25</sup> C. BIONDI, *L'introduzione del capo IV bis sulla efficacia ed invalidità del provvedimento amministrativo e su revoca e recesso*, in Biondi – Mascara – Ricciardi, Milano, 2006, p. 113; V. CERULLI IRELLI, *Osservazioni generali sulla legge di modifica della l. n. 241/90* – I parte, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

<sup>26</sup> *Ex multis* Cons. Stato, sez. VI n. 61927/2006: «La Sezione ha anche rilevato che l'art. 21 *octies* non determina alcuna degradazione di un vizio di legittimità a mera irregolarità, né integra una “fattispecie esimente” che affranca *ab initio* il provvedimento amministrativo dalle violazioni vizianti contemplate dall'art. 21 *octies*».

soddisfacesse la finalità per cui l'ordinamento conferisce il potere di adottarlo, il rimedio caducatorio si rivelerebbe inappropriato e inadeguato.

Inoltre, l'irregolarità non può operare nel diritto amministrativo, che non conosce – salvo casi eccezionali – norme *imperfectae* (sprovviste di sanzione) o *minus quam perfectae* (sprovviste di sanzioni in forma specifica), avendo tutte le norme diritto pubblico contenuto inderogabile, essendo poste a presidio di interessi indisponibili.

Va peraltro ricordato che nelle concezioni sostanzialiste del diritto amministrativo il concetto di irregolarità assume un altro significato, inerendo alla regressione dei vizi formali. Tuttavia, in un ordinamento ancora imperniato sul principio di legalità, appare preferibile mantenere ferma la nozione di irregolarità propria delle concezioni formali, e ancorare la lettura sostanzialistica della fattispecie ad altre categorie.

#### **6.4.2 Teorie processuali**

Secondo la giurisprudenza prevalente la norma avrebbe natura processuale, non incidendo sulla qualificazione dell'atto, che resterebbe pertanto illegittimo, sebbene non annullabile dal giudice<sup>27</sup>.

L'interpretazione troverebbe conferma nel dato letterale, atteso che la norma statuisce come effetto della fattispecie la “non annullabilità” del provvedimento, con ciò significando la conservazione della sua qualifica di illegittimità.

Secondo questa impostazione l'istituto si limita a codificare quelle tendenze già emerse nella prassi mirate a valutare l'interesse a ricorrere, che viene negato ove il ricorrente non possa attendersi, dalla rinnovazione del procedimento, una decisione diversa da quella già adottata.

Si tratterebbe, dunque, di una sanatoria di tipo processuale, il cui fondamento risiede nel principio del raggiungimento dello scopo, già enunciato dall'art. 156, 3° comma c.p.c. (“*la nullità non può mai essere pronunciata se l'atto ha raggiunto lo scopo a cui è destinato*”), fermo restando che lo scopo di cui trattasi, a differenza di quanto contemplato dal codice di rito, non è quello dell'atto endoprocedimentale o della formalità omessi o imperfetti, bensì la finalità dell'azione

---

<sup>27</sup> Cons. Stato, sez. VI, nn. 4307 e 6192 del 2006 e n. 4614 del 2007; T.A.R. Calabria Catanzaro, sez. II, n. 283 del 2006. Tra le possibili interpretazioni della norma deve essere preferita quella più aderente ai principi costituzionali, in particolare a quelli scolpiti negli artt. 24, 1° comma, Cost. e 113 Cost., la tendenza antiformalista che ispira la disposizione legislativa non ha prodotto l'eliminazione dei vizi formali e procedurali, riqualificandoli come mere irregolarità, bensì ha posto un ostacolo all'annullamento del provvedimento, che rimane pur sempre illegittimo. In altri termini, l'art. 21-*octies*, 2° comma, non elimina il vizio formale o procedimentale dal panorama delle invalidità e nemmeno lo degrada a mera irregolarità (intendendosi per tale una violazione di rilievo minore, accertabile *ex ante* ed in astratto: ad esempio, la mancata indicazione dei termini e dell'autorità a cui ricorrere), ma impedisce soltanto l'annullamento del provvedimento viziato in presenza di elementi che inducano il convincimento della sua correttezza sostanziale.

amministrativa, cioè l'adozione di una decisione sostanzialmente conforme all'ordinamento<sup>28</sup>.

In caso di attività vincolata il giudice può verificare d'ufficio – senza intaccare il principio della separazione dei poteri – il raggiungimento dello scopo (o, meglio, del risultato), dell'azione amministrativa, perché il contenuto dispositivo del provvedimento è predeterminato dalla legge. Invece, laddove sussista discrezionalità amministrativa, dato che la legge si è limitata ad indicare obiettivi e criteri, lasciando all'Amministrazione il compito di individuare il contenuto dispositivo del provvedimento, si deve escludere in radice che possa emergere in modo palese il raggiungimento dello scopo dell'azione amministrativa, proprio perché le violazioni di carattere procedimentale o formale sono presumibilmente destinate ad incidere sul contenuto dispositivo del provvedimento; è questa la ragione per cui il legislatore ha previsto, limitatamente alla violazione dell'art. 7 della legge n. 241/90, che sia la stessa Amministrazione a dimostrare in giudizio che lo scopo dell'azione amministrativa è stato comunque raggiunto.

Dunque, in caso di attività vincolata, per effetto della generalizzata dequotazione dei vizi procedimentali e formali prodotta dalla regola del raggiungimento dello scopo, il giudice amministrativo è oggi chiamato a conoscere della legittimità complessiva dell'azione amministrativa; invece, in caso di attività discrezionale, l'introduzione di detta regola si traduce nella possibilità offerta all'Amministrazione di sanare, attraverso la propria condotta processuale, il vizio derivante dall'omessa comunicazione di avvio del procedimento.

Tale ricostruzione ha importanti conseguenze pratiche. Infatti, se l'atto è illegittimo ma processualmente non annullabile, ciò comporta che è ancora annullabile *ex art. 21-nonies* in via di autotutela dalla stessa Amministrazione, nonché suscettibile di disapplicazione da parte del giudice ordinario.

### 6.4.3 Teorie sostanziali

Le teorie sostanziali ravvisano nell'art. 21-*octies*, comma 2 una fattispecie di sanatoria che si

---

<sup>28</sup> Cons. Stato, sez. VI, nn. 4307 e 6192 del 2006. Tra le due pronunce, peraltro, si registra un'evoluzione, poiché la seconda esclude esplicitamente che venga in rilievo l'art. 156 c.p.c. sottolineando la portata del nuovo istituto, che si pone nell'ottica del "raggiungimento del risultato". La distinzione è sottolineata anche da T.A.R. Calabria - Catanzaro sez. II, n. 283 del 2006. «(...) Ciò in quanto il legislatore, recependo orientamenti giurisprudenziali piuttosto consolidati emersi anche con riferimento al vizio di omessa comunicazione di avvio del procedimento, ha inteso codificare la regola del "raggiungimento del risultato", intervenendo non sul vizio ma sulle sue conseguenze, riservando il provvedimento dalla caducazione ogni qual volta il vizio non abbia in concreto impedito il raggiungimento del risultato perseguito dalla norma attributiva del potere. Peraltro, tale regola non è perfettamente assimilabile a quella del "raggiungimento dello scopo" cristallizzata nell'art. 156, 3° comma, c.p.c., in quanto ciò che impedisce l'annullamento del provvedimento non è la circostanza che la norma formale o procedimentale violata abbia comunque raggiunto il proprio scopo (ad esempio violazione dell'art. 7 della legge n. 241/90, ma, in ogni caso, effettiva partecipazione del destinatario al procedimento), bensì che il contenuto dispositivo del provvedimento sia sostanzialmente conforme al paradigma normativo».

realizza secondo il consueto meccanismo fattispecie-effetto proprio delle norme sostanziali<sup>29</sup>.

La tesi, nella sua versione più lineare, è compiutamente descritta in un arresto di Palazzo Spada<sup>30</sup>. I giudici romani confutano analiticamente le argomentazioni testuali dell'opposto orientamento, iniziando da quella fondata sulla definizione dello stato del provvedimento viziato ma sanato come "non annullabile"<sup>31</sup>, proseguendo con quella desunta dal rinvio operato dall'art. 21-*nonies* al provvedimento "illegittimo ai sensi del 21-*octies*" per identificare l'oggetto dell'annullamento di ufficio<sup>32</sup>, terminando con quella ricavata dalla formula negativa che sancisce la non annullabilità del provvedimento viziato<sup>33</sup>.

Ciò posto il Consiglio di Stato chiarisce perché non può essere accolta la tesi secondo cui la norma prevista dall'art. 21-*octies*, comma 2 avrebbe natura processuale, né nel più pregnante significato

---

<sup>29</sup> Deve essere chiaro che l'uso del termine "sanatoria" non si riferisce alla funzione amministrativa di conservazione, che si manifesta in appositi provvedimenti con efficacia sanante, bensì ad una peculiare fattispecie *ex lege*, che opera automaticamente – sia pure previo accertamento giudiziale – al verificarsi di prefissati elementi oggettivi.

<sup>30</sup> Cons. Stato, sez. VI, n. 4614 del 2007.

<sup>31</sup> «...la formula letterale "non è annullabile" (utilizzata dalla disposizione) presenta, ma solo a prima vista, forti argomenti a supporto della configurazione meramente processuale dell'effetto. Si potrebbe sostenere, infatti, che la disposizione intenda operare solo nell'ambito del potere di reazione dell'ordinamento all'accertata difformità tra il provvedimento e la norma che lo disciplina. Il peso lessicale della locuzione, tuttavia, non deve essere sopravvalutato. Infatti, il linguaggio utilizzato dal comma 2 è perfettamente omogeneo a quello presente nel comma 1 dello stesso articolo 21-*octies*, che contiene il "catalogo" generale dei vizi del provvedimento, connettendolo alla categoria giuridica dell'annullabilità. Questa, pur non "qualificata" dalla legge, appare decisamente situata nell'ambito delle nozioni sostanziali di disciplina dell'atto. Affermando la valenza sostanziale della nozione di annullabilità, anche il comma 2 si dovrebbe inscrivere, a pieno titolo, all'interno della classe, anche alla luce del sistema definito dalla legge n. 241/1990. Il comma 1 enuncia, in termini generali e "positivi", il concetto di annullabilità sostanziale. Il comma 2 delimita e chiude la stessa nozione, mediante un enunciato espresso in forma "negativa"».

<sup>32</sup> «Per affermare la natura processuale della norma, si è richiamata l'attenzione sulla dizione dell'articolo 21-*nonies*, secondo cui "Il provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell'articolo 21-*octies* può essere annullato d'ufficio". A giudizio di alcuni commentatori, la norma qualificerebbe espressamente come illegittimo il provvedimento viziato ai sensi dell'articolo 21-*octies*, comma 1, ancorché non annullabile ai sensi del comma 2. Sarebbe codificata, quindi, la categoria del provvedimento meramente illegittimo, perché contrastante con la disciplina sostanziale del procedimento o della forma, ma non annullabile in sede giudiziaria. Ma proprio il confronto tra i due articoli sembra offrire ulteriori argomenti a favore della tesi sostanziale. L'art. 21-*nonies*, infatti, non richiama affatto il solo comma 1, bensì l'intero articolo 21-*octies*. Quindi, deve considerarsi illegittimo solo il provvedimento annullabile sulla base dell'integrale applicazione del 21-*octies*, senza che possa residuare alcuno spazio alla classe del provvedimento "meramente illegittimo". La tesi dell'effetto meramente processuale, poi, svolge una più sottile considerazione dell'aspetto strutturale del presupposto applicativo della norma. In sintesi, si sostiene che la "non annullabilità", proprio perché ancorata alla formula negativa aggiunta alla disciplina del comma 1, si collocherebbe al di fuori del tema dei vizi sostanziali del provvedimento, impedendo la produzione del normale effetto di annullamento dell'atto. Tuttavia, anche ammettendo, per ipotesi, che il giudizio sul contenuto indefettibile del provvedimento indichi un dato esterno all'atto amministrativo, non per questo sarebbe dimostrata la natura meramente processuale della norma e degli effetti che essa determina. Per un verso, un fatto esterno al provvedimento potrebbe essere considerato, semplicemente, come presupposto di applicazione di un fenomeno di sanatoria: al di fuori dell'atto, ma sempre sostanziale, perché diretto a "recuperarne" o confermarne la validità. Per altro verso, poi, il fatto esterno al provvedimento, anche quando si concretizza in un atto processuale (la decisione del giudice che accerta la congruenza del contenuto dispositivo dell'atto), determina effetti giuridici che ricadono sull'efficacia o sulla stessa validità dell'atto, rilevanti in ambito sostanziale».

<sup>33</sup> Giova sottolineare, ancora, che il carattere meramente processuale della norma non potrebbe essere ricavato nemmeno dalla formulazione "negativa" utilizzata dalla legge, incentrata sulla locuzione "non è annullabile". Sul piano della "logica" del linguaggio normativo, la fattispecie della annullabilità può essere descritta sia ricorrendo esclusivamente ad elementi a contenuto "positivo", sia utilizzando dati a contenuto "negativo", che si integrano insieme. Il comma 2, se considerato alla stregua di un'eccezione alla "regola" del comma 1, avrebbe solo lo scopo di delimitare il raggio di operatività della nozione - sempre sostanziale - di annullabilità.

che i suoi effetti non tocchino il piano sostanziale del provvedimento (che resterebbe illegittimo), né in quello secondario riguardante l'ambito in cui trova applicazione (il processo amministrativo).

Sotto il primo profilo viene rilevato che l'art. 21-*octies*, comma 2, contribuisce a specificare il significato della formula «violazione di legge», contenuta nel comma 1. Detta nozione, isolatamente considerata, resta intrinsecamente caratterizzata da un elevato grado di generalità. La norma contenuta nel comma 2 per un verso delimita la rilevanza del vizio di illegittimità derivata dalla violazione realizzata nell'ambito del procedimento, per altro verso circoscrive la prescrizione formale, stabilendo che essa è surrogabile dal particolare contenuto del provvedimento. Altri argomenti, di carattere sistematico, del resto, rafforzano la conclusione della natura sostanziale degli effetti prodotti dalla norma. La giustificazione dell'intero articolo 21-*octies* è stata ricondotta alla asserita opportunità di condurre il tema dell'illegittimità amministrativa al livello della disciplina sostanziale dell'atto. La premessa argomentativa di tale scelta sistematica è stata quella di abbandonare definitivamente la suggestione processuale della vecchia collocazione dei vizi, che si rifletteva sulla originaria configurazione meramente formale e strumentale dell'interesse legittimo. La legge n. 15/2005 ha scelto di introdurre la nuova norma sostanziale e la disciplina della non annullabilità dell'atto è situata proprio nella legge sostanziale e non in quella processuale.

Sotto il secondo profilo si osserva che – se l'esito di non annullamento del provvedimento impugnato, imposto dall'applicazione della norma, può essere inteso sul piano empirico come conseguenza dell'accertamento compiuto dal giudice connesso alla dinamica processuale della singola vicenda, tuttavia – la situazione sostanziale di non annullabilità è già presente in un momento precedente, non è affatto condizionata dalla vicenda processuale successiva. Almeno non diversamente da quanto potrebbe accadere per qualsiasi altro profilo di illegittimità del provvedimento. Né la natura processuale della fattispecie può essere sostenuta sul presupposto che la stessa disciplini il riparto dell'onere di allegazione e di prova tra le parti e i poteri del giudice, trattandosi anch'essi di profili sostanziali, riferibili al rapporto giuridico e non direttamente alle tecniche processuali.

Su un altro versante<sup>34</sup> la natura sostanziale della sanatoria viene ricollegata alla distinzione tra norme incondizionate e norme condizionate: le prime sono quelle la cui violazione è sempre causa di annullabilità, le seconde sono quelle sottoposte a condizione risolutiva, cioè la cui efficacia invalidante è risolutivamente condizionata al verificarsi della situazione di cui all'art. 21-*octies*, comma 2.

La costruzione, non poco ingegnosa, legge la disposizione nell'ottica della nuova concezione del buon andamento, che predica la compatibilità tra regole giuridiche e regole economiche. Sono

---

<sup>34</sup> S. GIACCHETTI in *Consiglio di Stato* n. 9 del 2005.

queste ultime, espressive dei valori di buona amministrazione, a colorare la sostanza della decisione amministrativa, sicché la loro violazione (*sub specie* di violazione di legge o eccesso di potere) è sempre causa di annullabilità del provvedimento. Viceversa la violazione dei precetti puramente giuridici (violazione di legge formale) è causa di annullabilità del provvedimento solo se abbia avuto ricaduta sul suo contenuto dispositivo.

#### 6.4.4 Conclusioni e analisi logica

La qualificazione dogmatica dell'istituto va di pari passo con l'inquadramento all'interno dei principi fondamentali. Si è già avuto modo di dire perché l'art. 21-*octies*, comma 2 va inquadrato nell'ambito del principio di legalità sostanziale, piuttosto che in quello di buon andamento, se inteso in una dimensione eccentrica rispetto alla legalità.

In effetti l'eventuale irrilevanza di violazioni formali è il corollario del principio del risultato, ma inteso non come risultato economico, bensì come risultato normativo. Solo qualora le legge prendesse direttamente in cura i valori economici e di buona amministrazione, assumendoli a canoni giuridici dell'interesse generale e adottando una concezione integrata del bene pubblico, allora potrebbe dirsi che il raggiungimento del risultato che alimenta il fondamento dell'istituto in esame si collochi sul versante moderno del principio di buon andamento. Ma, rispetto a tale approdo, il 21-*octies*, comma 2 può configurarsi come una conseguenza e non già come una causa.

Ciò posto lo schema logico dell'illegittimità non invalidante può essere così raffigurato.

#### *Illegittimità non invalidante*

PREMESSA MINORE	PREMESSA MAGGIORE	CONCLUSIONE
- atto vincolato - vizio formale ininfluente	- Norme che disciplinano la fattispecie dell'atto - art. 21- <i>octies</i> , comma 2	atto illegittimo ma non invalido

Tale ricostruzione chiarisce plasticamente la portata sostanziale della fattispecie. Che, poi, vi siano immediati risvolti processuali è del tutto ovvio, essendo l'annullabilità una categoria che – specie nel diritto amministrativo – si compie nel processo.

Benché il provvedimento “sanato” conservi la sua qualifica di illegittimità, una volta eliminata la conseguenza del vizio, questo resta un puro attributo nominale. Su un piano meramente descrittivo esso indica la sua contrarietà a disposizioni di legge, ma non ha valenza prescrittiva per il principio di qualificazione, in forza del quale l'atto viziato è contemporaneamente qualificato da più norme,

una delle quali elide la rilevanza del vizio<sup>35</sup>. Ne discende che, accertata dal giudice la sussistenza dei presupposti della fattispecie sanante, l'atto illegittimo non possa essere annullato dall'amministrazione, siccome "non annullabile".

A questo punto, può giungersi a una conclusione sulla questione del rapporto tra legalità e buon andamento.

L'emersione nell'ordinamento giuridico della concezione economica del buon andamento non è ascrivibile all'art. 21-*octies*, comma 2. Ciò, tuttavia, non esclude che il giudice amministrativo possa utilizzare il parametro del risultato per non annullare l'atto, ma dovrà farlo all'esito di un più complesso ragionamento, che espliciti come tale parametro sia andato a connotare le norme che regolano il potere. Di tale operazione logico-ermeneutica anche il Consiglio di Stato inizia a farsi carico<sup>36</sup>.

## **6.5 Illegittimità non invalidante e risarcimento del danno**

Il raccordo tra il nuovo istituto e la ricostruzione giurisprudenziale del risarcimento danni da attività amministrativa illegittima ha creato qualche difficoltà.

---

<sup>35</sup> Diversa è l'opinione di chi ritiene che l'atto illegittimo, pur se non invalido, possa dar luogo a risarcimento del danno, evidenziando una scorrettezza procedimentale dell'Amministrazione.

<sup>36</sup> Cons. St., sez. VI n. 3490 del 2008, in un caso in cui un candidato al concorso per allievo agente della polizia di Stato ha ricevuto dalla Commissione per l'accertamento dei requisiti attitudinali un giudizio negativo senza considerare le positive valutazioni ricevute durante la frequenza del corso, cui era stato ammesso in via cautelare: «la Sezione ha di recente modificato la propria precedente giurisprudenza – invero mai pacifica – orientata negativamente, affermando il principio (cfr. C.d.S. sezione VI n. 72/07) per cui, quando il candidato al concorso di allievo agente partecipa al corso (a seguito di una pronuncia giurisdizionale che abbia sospeso o annullato l'atto di esclusione per carenza dei requisiti attitudinali), la commissione deve rinnovare il proprio giudizio tenendo conto anche delle risultanze del medesimo corso.

E' ben vero che le valutazioni sui requisiti attitudinali (incentrate sul possesso di una personalità sufficientemente matura, della capacità di controllare le proprie istanze istintuali e di uno spiccato senso della responsabilità) sono diverse rispetto a quelle effettuate durante il corso di formazione (attinenti agli insegnamenti teorici e pratici). Tuttavia, quando deve riformulare il giudizio sui requisiti attitudinali in esecuzione di una statuizione del giudice amministrativo, la commissione si deve ispirare al principio di buona amministrazione e considerare non solo le risultanze del colloquio e dei *tests*, ma anche le valutazioni di altri organi del Ministero dell'Interno, nel frattempo formulate nel corso del procedimento (si veda C. S., sez. VI, dec. n. 2636/2006).

Ciò evita che si operi una irragionevole, radicale cesura tra il giudizio della competente Commissione attitudinale per l'accertamento della idoneità al servizio di Polizia, e le valutazioni espresse, sia pure ad altri fini, da parte di organi anch'essi competenti ad esprimere il giudizio finale al termine del corso, che il candidato ha frequentato con profitto. Infatti, alle obiettive risultanze – aventi per oggetto i comportamenti tenuti durante i mesi di frequenza del corso – va riconosciuto rilievo per valutare compiutamente la complessiva personalità del candidato, anche sotto il profilo dei requisiti attitudinali.

A tali argomentazioni può aggiungersi che il nuovo statuto del principio del buon andamento, emerso in sede di revisione dottrinale e giurisprudenziale (suggerita pure da diversi interventi normativi) della tradizionale visione ancillare della legalità, impone che le scelte della pubblica amministrazione siano ancorate al dato sostanziale. Se l'obiettivo delle prove selettive è di verificare la capacità dell'individuo a svolgere il servizio non può non tenersi conto di quanto il medesimo ha dimostrato durante il corso di formazione. La discrezionalità amministrativa – legata alla relatività della regola scientifica che guida il giudizio della Commissione attitudinale – viene ad essere così ontologicamente limitata dalla sopravvenienza di elementi che valgono a ridurre il tasso di relatività della legge di valutazione applicata».



Qualora, infatti, il provvedimento sfavorevole – restrittivo o di diniego – sia impugnato dall'interessato, ma non venga annullato dal giudice in applicazione dell'art. 21-*octies*, comma 2 della legge 241/90, costui si vedrebbe preclusa la tutela risarcitoria.

La questione attiene a diversi profili: pregiudizialità<sup>37</sup>, giurisdizione<sup>38</sup>, oggetto del giudizio amministrativo<sup>39</sup>, ma può essere esaminata sotto la comune angolazione dei poteri del giudice sull'attività amministrativa.

L'affermazione della risarcibilità dell'interesse legittimo ha postulato il riconoscimento della sua natura sostanziale e l'ammissibilità dell'accesso del giudice al rapporto tra amministrazione e cittadino che vi è sotteso. In tale prospettiva il diaframma tra illegittimità e illiceità è colmato attraverso l'analisi piena del potere amministrativo, dunque oltre il rigido binario costituito dai vizi dell'atto, la cui sussistenza rappresenta solo il primo *step* dell'inchiesta.

Ciò è particolarmente evidente nei casi di risarcimento dell'interesse pretensivo (e, dunque, di illegittimità degli atti di diniego), dove il giudice deve condurre un accertamento prognostico sulla spettanza del bene della vita, ma risalta anche in ipotesi di interesse oppositivo, lì dove il vizio dell'atto abbia natura formale, sicché la possibilità che l'amministrazione reiteri il provvedimento svantaggioso deve essere considerata dal giudice, nel delibare la fondatezza della pretesa risarcitoria.

Il giudizio prognostico da effettuare in materia di risarcimento del danno ha più di un'assonanza con l'accertamento cui è chiamato il giudice ai fini dell'annullamento di atti viziati solo formalmente.

La "prognosi" di cui si tratta è, in realtà, un giudizio che viene formulato anche su base causale, poiché posteriore all'adozione del provvedimento dannoso e mirato a ricostruire la relazione tra la funzione amministrativa e l'atto finale.

In tale giudizio la circostanza che il vizio non abbia inciso sul contenuto sostanziale del provvedimento dannoso assume diretta rilevanza, perché vale ad escludere da subito che il giudizio prognostico possa avere esito positivo. Di fatto l'applicazione dell'art. 21-*octies*, comma 2 anticipa alla valutazione sull'annullabilità del provvedimento una verifica che dovrebbe essere compiuta in sede di accertamento della spettanza del bene della vita, trasformando un giudizio di tipo predittivo (se l'ipotetico riesercizio del potere avrebbe soddisfatto la pretesa – conservativa o acquisitiva – del privato) in uno di tipo storico (se il vizio abbia influito sul potere concretamente esercitato).

---

<sup>37</sup> Infatti, se si affermasse la necessità del previo annullamento dell'atto per poter accordare una tutela risarcitoria, sarebbe conseguente ritenere che il risarcimento del danno non spetterebbe in caso di illegittimità non invalidante.

<sup>38</sup> Se la domanda di risarcimento del danno è proposta contestualmente o all'esito dell'annullamento dell'atto non vi sono dubbi in ordine alla giurisdizione. In passato, invece, si ravvisava la giurisdizione ordinaria nelle ipotesi di azione autonoma.

<sup>39</sup> Se l'atto amministrativo ovvero il rapporto.

Esemplificando, in ipotesi di attività vincolata che violi norme sul procedimento o sulla forma:

1) se il privato è titolare di un interesse pretensivo, il giudice – riscontrata l'illegittimità – deve valutare ai fini del risarcimento se il provvedimento da adottare sarà favorevole; ma, accertando che il provvedimento di diniego impugnato, pur formalmente illegittimo, non avrebbe potuto avere un contenuto diverso, tale valutazione sarà assorbita, essendo già dimostrato che il danno patito non è ingiusto;

2) se il privato è titolare di un interesse oppositivo, il giudice – riscontrata l'illegittimità – deve valutare ai fini del risarcimento se l'amministrazione ha il potere di adottare un provvedimento di analogo contenuto; ma, accertando che il provvedimento impugnato, pur formalmente illegittimo, non avrebbe potuto avere un contenuto diverso, tale valutazione sarà superflua.

In entrambi i casi, dunque, la presenza dell'art. 21-*octies*, comma 2 non costituisce un impedimento ad un risarcimento del danno altrimenti spettante, ma esplicita nella fase demolitoria del giudizio una regola di valutazione immanente alla fase risarcitoria.

Ciò posto, si discute se il privato abbia diritto ad un diverso tipo di risarcimento, per il solo fatto di essere stato coinvolto in un procedimento amministrativo illegittimamente condotto.

La questione si è posta nella prassi con riguardo al danno da mera inerzia o ritardo, derivante dalla mancata adozione del provvedimento richiesto, ovvero dalla tardiva adozione di un provvedimento di diniego, nei casi in cui il provvedimento favorevole non spetti all'interessato. Il danno, in tale ipotesi, sarebbe ravvisabile nello stato di incertezza, illegittimamente protrattosi, in ordine alla realizzabilità o meno di una propria iniziativa, che potrebbe aver comportato, ad esempio, spese di investimento o perdita di occasioni.

Ai sensi dell'art. 21-*octies*, comma 2 l'illegittimità commessa (cioè la violazione del termine di cui all'art. 2 della legge 241/90) non sarebbe rilevante, non avendo inciso sulla decisione amministrativa sfavorevole (sia essa di inerzia o formalizzata in un atto di diniego). A maggior ragione, dunque, il danno non potrebbe qualificarsi come ingiusto.

Tuttavia è largamente sostenuta la tesi secondo cui il risarcimento del danno atterrebbe alla lesione dell'interesse procedimentale in sé considerato, sul piano dell'affidamento del privato e della violazione dei doveri di correttezza da parte dell'Amministrazione.

Tale problematica si collega alla visione del procedimento come norma di relazione ed alla qualificazione dei comportamenti in esso tenuti. La questione verrà, comunque, esaminata *funditus* nel capitolo sulla responsabilità civile, qui anticipando che la soluzione negativa ha prevalso in giurisprudenza<sup>40</sup>, fino all'introduzione nella legge n. 241/90 dell'art. 2-*bis*.

---

<sup>40</sup> T.A.R. Puglia Bari, n. 567 del 2005 e Cons. Stato Ad. Plen., n. 7 del 2005.