

VIZI FORMALI E ANNULLABILITA' DELL'ATTO AMMINISTRATIVO

Working-paper

Klaus Füber, Avvocato specializzato in diritto amministrativo, Leipzig (Germania)

Marianna Martini, Studentessa di giurisprudenza, Trento (Italia)

Indice

Introduzione.....	4
PARTE PRIMA La disciplina italiana dell'annullabilità del provvedimento amministrativo.....	6
I. L'art. 21 octies, comma 1, legge 241/1990.....	6
1. La nozione di annullamento.....	6
2. Gli effetti dell'annullamento.....	7
II. La nuova figura dell'annullabilità: l'art. 21 octies, comma 2 della legge 241/1990.....	7
1. L'irrelevanza dei vizi procedimentali e formali nella giurisprudenza precedente alla riforma del 2005.....	8
1.1. La giurisprudenza di fronte alla violazione dell'art. 3 della l. 241/1990 (difetto di motivazione).....	9
1.2. L'interpretazione giurisprudenziale nell'ipotesi di violazione dell'art. 7 l. 241/1990 (mancata comunicazione di avvio del procedimento).....	11
2. L'attuale applicazione giurisprudenziale dell'art 21 octies.....	12
2.1. L'interpretazione rigorosa della norma.....	12
2.2. I casi di interpretazione della norma senza attenzione alle garanzie di tutela del cittadino.....	14
2.3. Ulteriori esempi di applicazione della norma in modo estensivo: le ipotesi di provvedimenti solo in parte vincolati.....	15
2.4. L'interpretazione poco garantista nell'ipotesi di mancata comunicazione di avvio del procedimento (art. 21 octies, comma 2, seconda parte).....	16
3. Le questioni problematiche.....	19
3.1. La qualificazione della natura della norma (processuale o sostanziale) ai fini della sua applicabilità ai procedimenti pendenti.....	19
3.2. Ambito di applicazione della norma: "la violazione delle norme sul procedimento o sulla forma degli atti".....	20
Segue. Il difetto di competenza.....	21
Segue. Dubbi circa l'applicazione della norma in caso di violazione dell'obbligo di motivazione imposto dall'art. 3 l. 241/1990.....	21
4. I punti delicati della nuova disciplina.....	23
4.1. Il sindacato del giudice e il principio di separazione dei poteri.....	23
4.2. Il carattere illegittimo dell'atto non annullabile. La giustificazione del provvedimento in termini di raggiungimento dello scopo.....	25
III. Il dibattito sorto in dottrina intorno alla disciplina dell'annullabilità ai sensi dell'art. 21 octies.....	28
1. Le contraddizioni della riforma del 2005.....	28
2. La violazione del principio di legalità.....	28
3. L'esame dei profili di incostituzionalità.....	29
3.1. Le perplessità sotto il profilo del risarcimento del danno.....	33
3.2. L'assenza di sanzioni alternative.....	34
4. L'esame dei profili di incompatibilità con il diritto comunitario.....	35
4.1. L'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.....	35
4.2. Le conseguenze dell'incompatibilità con il diritto comunitario.....	38
5. I procedimenti ambientali.....	39
5.1. I tre pilastri della Convenzione di Aarhus.....	39
SECONDA PARTE La disciplina tedesca dell'annullabilità del provvedimento amministrativo.....	45
IV. Il § 46 VwVfG "Folgen von Verfahrens- und Formfehlern".....	45
1. La versione originaria del 1976: " <i>keine andere Entscheidung</i> ".....	45
1.1. L'interpretazione giurisprudenziale: l'estensione alle ipotesi di amministrazione discrezionale.....	46
2. La modifica ad opera della legge di accelerazione dei procedimenti di autorizzazione (GenBeschG) del 1996.....	47
2.1. Le questioni problematiche: il sindacato del giudice e il rimborso delle spese.....	48
2.2. Il "procedimento preliminare" ai sensi del VwGO.....	48
2.3. L'irrelevanza dei vizi ai sensi § 75 Abs. la VwVfG.....	50
3. L'esame dei profili di compatibilità del § 46 VwVfG con il rispetto della tutela del cittadino nel procedimento amministrativo.....	50
V. La sanatoria dei vizi procedimentali e formali.....	51
1. La disciplina positiva ai sensi del § 45 VwVfG.....	51
1.1. Le questioni problematiche: l'ambito di applicazione e l'estensione del termine per la sanatoria.....	54
1.2. Le norme processuali nel VwGO coinvolte nella sanatoria.....	56

1.3.	Considerazioni critiche in merito alla sanatoria.....	58
VII.	Considerazioni finali in relazione ai §§ 45 e 46 VwVfG.....	58
VIII.	Riflessioni conclusive in una prospettiva di confronto fra il sistema italiano e il sistema tedesco.	59

Introduzione

La disciplina dell'annullabilità nell'ordinamento italiano ha subito una profonda modifica con l'emanazione della l. 15/2005 che ha introdotto nella legge sul procedimento amministrativo (l. 241/1990) la possibilità per il giudice, in presenza di determinate condizioni, di non procedere all'annullamento dell'atto nonostante la violazione di norme sul procedimento o sulla forma.

La previsione ha contribuito a relativizzare i vizi formali e procedurali, sul presupposto che questi ultimi debbano considerarsi irrilevanti qualora non abbiano influito sul contenuto sostanziale del provvedimento.

Nonostante la norma costituisca la trasposizione di precedenti indirizzi giurisprudenziali, la sua emanazione ha suscitato un forte dibattito in relazione all'opportunità dell'introduzione di questa previsione legislativa. Le perplessità della dottrina riguardano la priorità data all'efficienza e alla celerità dell'attività amministrativa a scapito delle garanzie del cittadino all'interno di un procedimento amministrativo.

Data la mancanza di sanzioni alternative previste nel nostro ordinamento, sono forti le censure di incostituzionalità mosse alla norma in esame in relazione agli artt. 24, 103 e 113 della Costituzione, a causa del vuoto di tutela che si viene a creare.

I dubbi si manifestano anche in un contesto comunitario che sembra muoversi in una direzione opposta rispetto a quella individuabile a livello nazionale; infatti l'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali, inserita oggi nel Trattato sull'Unione europea, sancisce il *"diritto a una buona amministrazione"*, che si realizza attraverso una serie di garanzie procedurali riconosciute ai cittadini.

Infine ulteriori perplessità sono emerse sotto il profilo della materia ambientale; la Convenzione di Aarhus (*"Convenzione sull'accesso all'informazione, sulla partecipazione del pubblico al processo decisionale e sull'accesso alla giustizia in materia ambientale"*) infatti disciplina i procedimenti ambientali sancendo il diritto per il pubblico interessato a parteciparvi. Per i procedimenti in questione la disciplina dell'art. 21 octies non è quindi applicabile.

A ciò si aggiunge un orientamento giurisprudenziale maggioritario che, andando ben oltre quanto previsto dal dettato della norma, adotta un indirizzo poco attento alle garanzie del cittadino, confermando le perplessità della dottrina.

La prima parte del presente lavoro offre una panoramica della disciplina dell'annullabilità nell'ordinamento italiano partendo da una disamina giurispruden-

ziale volta a mostrare l'atteggiamento assunto dai giudici italiani rispetto a un ricorso per l'annullamento di un provvedimento amministrativo affetto da meri vizi formali.

Vengono successivamente evidenziati i dubbi interpretativi che pone la nuova disciplina, risolti spesso a sfavore delle garanzie di cui dovrebbe godere il cittadino di fronte all'Amministrazione, dubbi che dimostrano la fondatezza delle perplessità della dottrina.

La seconda parte costituisce una breve analisi del modello straniero di riferimento, ovvero quello tedesco. L'art. 21 octies ricalca infatti il § 46 VwVfG ("Conseguenze dei vizi procedurali e formali") nella sua versione originaria e pone i medesimi problemi interpretativi.

Viene quindi posta l'attenzione alla norma, così come formulata nella versione posteriore alla legge di accelerazione dei procedimenti di autorizzazione del 1996, e alle altre disposizioni legislative presenti nella legge sul procedimento amministrativo tedesco che escludono la sanzione caducatoria dell'annullamento per l'irrelevanza della violazione (i §§ 45e, 75 la VwVfG).

Si è sottolineato infine come, allo stesso modo di quanto avviene nel contesto italiano, in Germania la disciplina che porta a relativizzare determinati vizi ha suscitato forti polemiche, anche in relazione alla sua compatibilità con la *Grundgesetz*.

PARTE PRIMA

La disciplina italiana dell'annullabilità del provvedimento amministrativo.

I. L'art. 21 octies, comma 1, legge 241/1990.

1. La nozione di annullamento.

L'annullabilità è una tipologia di invalidità degli atti amministrativi la cui disciplina attuale è disposta dall'art. 21-octies della legge 241/1990 (introdotto dalla l. n. 15 del 2005), che al primo comma recita: *"È annullabile il provvedimento amministrativo adottato in violazione di legge o viziato da eccesso di potere o da incompetenza"*.

La previsione dei vizi che determinano l'annullabilità si colloca all'interno di una produzione legislativa e della relativa elaborazione giurisprudenziale risalenti al passato: tale formula era prevista dalla legge 5992/1889 (la c.d. *legge Crispi*) dalla disposizione che assegnava alla Sezione IV del Consiglio di Stato il potere di giudicare sui ricorsi contro provvedimenti amministrativi *"per incompetenza, per eccesso di potere e per violazione di legge"*; è successivamente stata riprodotta dall'art. 26 R.D. 1054/1924 (T.U. delle leggi sul Consiglio di Stato).

Per *"violazione di legge"* non si intende la sola violazione di norme avente valore di legge, ma piuttosto la violazione di qualunque norma vigente e quindi tutti gli atti normativi, inclusi i regolamenti, e tutti gli atti di autonomia normativa delle amministrazioni.

L'*"incompetenza"* si verifica allorché l'atto è adottato da un organo diverso da quello competente; esso deve appartenere tuttavia alla medesima Amministrazione dell'organo che avrebbe dovuto provvedere, essendo nell'ipotesi contraria un caso di incompetenza assoluta che comporta la nullità dell'atto. Per il legislatore, inoltre, costituisce motivo nullità il *"difetto assoluto di attribuzione"* -ovvero l'eventualità in cui il potere amministrativo non è assegnato ad alcuna autorità, per cui non esiste giuridicamente il provvedimento che ne costituisce esercizio-, come previsto dall'art 21 septies l. 241/1990.

Infine l' *"eccesso di potere"* costituisce una categoria residuale in relazione ai vizi di più difficile identificazione in quanto non violano una precisa norma giuridica.

Un esempio è costituito dallo sviamento di potere, ovvero la deviazione rispetto allo scopo del provvedimento, che si verifica quando l'autorità amministrativa ha perseguito un fine diverso da quello previsto dalla norma.

Per opera della giurisprudenza al fine di riconoscere la categoria in questione sono state individuate le cosiddette "figure sintomatiche", come il difetto di motivazione, l'ingiustizia manifesta, la disparità di trattamento e l'insufficienza istruttoria¹.

2. Gli effetti dell'annullamento.

L'annullabilità è caratterizzata dal fatto che l'atto invalido è idoneo a determinare gli effetti giuridici che gli sono propri; essi si producono tuttavia "precaramente" dal momento che sono suscettibili di essere eliminati in seguito ad un apposito atto di annullamento del giudice o dell'Amministrazione stessa nell'esercizio dei suoi poteri di autotutela.

La facoltà di esperire il rimedio giuridico è riconosciuta ai soli titolari di una determinata posizione soggettiva (normalmente l'interesse soggettivo) ed è soggetta al termine breve di 60 giorni (o al più lungo termine prescrizione in caso di violazione di diritti soggettivi).

Decorso questo termine l'efficacia temporanea dell'atto è suscettibile di trasformarsi in definitiva, dato che il provvedimento diventa inoppugnabile.

Nel caso di consolidazione del provvedimento impugnato non si verifica, però, l'eliminazione del vizio: l'amministrazione può sempre agire in via di autotutela per l'annullamento dell'atto con efficacia *ex tunc*.

II. La nuova figura dell'annullabilità: l'art. 21 octies, comma 2 della legge 241/1990.

La legge 11 febbraio 2005, n. 15 recante "Modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 7, concernenti norme generali sull'azione amministrativa" ha introdotto nella legge sul procedimento amministrativo l'intero nuovo capo IV-bis, recante norme sull' "*Efficacia ed invalidità del provvedimento amministrativo. Revoca e recesso*", prevedendo la disciplina di un importante settore tradizionalmente oggetto della sola elaborazione giurisprudenziale.

¹ Per un'analisi più approfondita vedi G. Falcon, "*Lezioni di diritto amministrativo*", I, L'attività, Cedam.

In particolare, la disciplina dell'annullabilità dell'atto amministrativo prevista dal secondo comma dell'art. 21 octies rappresenta una delle innovazioni più discusse apportate dalla predetta legge; la disposizione regola due ipotesi di irrilevanza, ai fini dell'annullamento, dei vizi derivanti dalla violazione di norme sul procedimento o sulla forma.

La prima ipotesi coinvolge la *"violazione di norme sul procedimento o sulla forma"*, a condizione che il provvedimento abbia *"natura vincolata"* e che per questo motivo *"sia palese"*, cioè risulti evidente, che per essere legittimo *"il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato"*².

La seconda eccezione, prevista dal medesimo articolo, riguarda un caso particolare di violazione di norme procedurali, ovvero la *"mancata comunicazione dell'avvio del procedimento"*³. Secondo autorevole dottrina questa ipotesi si applica non solo gli atti di natura vincolata ma anche gli atti discrezionali (*"comunque"*), costituendo altrimenti un doppio caso dell'ipotesi disciplinata dal comma 1⁴. Anche in questo caso l'annullabilità è esclusa se *"il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso"*; tuttavia nell'ipotesi in questione è sufficiente dimostrare in giudizio dall'Amministrazione che quello in concreto adottato sia l'unico provvedimento non illegittimo possibile (non è richiesto che ciò sia palese dato che l'atto potrebbe non essere vincolato).

Quindi è sulla base del rapporto esistente tra la violazione e il contenuto lesivo che viene dichiarata la possibile irrilevanza della violazione sul piano della validità dell'atto.

1. L'irrilevanza dei vizi procedurali e formali nella giurisprudenza precedente alla riforma del 2005.

² L'art. 21 octies, comma 2, al primo periodo prevede che *"Non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato."*

³ La seconda parte del comma 2 dell'art. 21 octies recita: *"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"*.

⁴ Cfr. Cerulli Irelli, *"Costituzione e amministrazione. Documenti di un itinerario riformatore"*, Torino, 2002, parte V, p. 11-12, su www.giustamm.it. e F.Lacava, *"L'invalidità del provvedimento amministrativo dopo la legge 15/2005: nullità ed annullabilità"*, in Amministrazione in cammino, anno 2005.

Al fine di analizzare le conseguenze della nuova disciplina all'interno del nostro sistema di tutela giurisdizionale amministrativa si ritiene necessario procedere a una esame delle applicazioni giurisprudenziali della norma in questione. E' solo da un'indagine di quanto accade nelle aule di giustizia che è possibile esprimere valutazioni in ordine alla nuova disciplina dell'annullabilità del provvedimento amministrativo e quindi alla sua compatibilità o meno con la Costituzione e con il diritto comunitario.

L'analisi inizierà dalle pronunce anteriori alla riforma, segno che la questione dell'irrilevanza delle violazioni formali dell'atto amministrativo è stata affrontata dalla giurisprudenza ancor prima della riforma del 2005, quando la giurisprudenza ha iniziato ad abbandonare posizioni formalistiche individuando ipotesi di invalidità del provvedimento amministrativo in cui non si è ritenuto necessario ricorrere alla sanzione dell'annullamento.

La disamina vorrebbe facilitare un confronto con quanto codificato nella nuova disciplina, al fine di far emergere gli elementi che costituiscono una mera trasposizione legislativa di indirizzi giurisprudenziali precedenti e quelle che sono invece le novità sostanziali.

1.1. La giurisprudenza di fronte alla violazione dell'art. 3 della l. 241/1990 (difetto di motivazione)⁵

Partendo da casi di violazione dell'art. 3 della legge sul procedimento amministrativo, è emerso che i giudici hanno dichiarato l'irrilevanza del vizio del provvedimento amministrativo in innumerevoli casi, come ad esempio nell'ipotesi di mancanza dei motivi alla base del provvedimento, di mancata considerazione delle osservazioni dell'interessato, e ancora in caso di mancata indicazione dell'autorità a cui è possibile ricorrere e del

⁵ La motivazione costituisce lo strumento attraverso il quale gli amministrati possono controllare l'attività posta in essere dall'Amministrazione, affinché essa sia conforme ai principi di buon andamento e di imparzialità dell'amministrazione, secondo il dettato costituzionale espresso dall'art. 97. L'obbligo di motivazione è espressamente introdotto dall'art. 3 della legge sul procedimento amministrativo il quale in via generale prevede che " *Ogni provvedimento amministrativo, compresi quelli concernenti l'organizzazione amministrativa, lo svolgimento dei pubblici concorsi ed il personale, deve essere motivato, salvo che nelle ipotesi previste dal comma 2. La motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria*". Inoltre l'obbligo in questione è espressamente escluso " *per gli atti normativi e per quelli a contenuto generale*". La motivazione può essere per relationem e in questo caso la norma prevede che " *Se le ragioni della decisione risultano da altro atto dell'amministrazione richiamato dalla decisione stessa, insieme alla comunicazione di quest'ultima deve essere indicato e reso disponibile, a norma della presente legge, anche l'atto cui essa si richiama*". Infine un ulteriore onere è previsto dall'ultimo comma, ai sensi del quale " *In ogni atto notificato al destinatario devono essere indicati il termine e l'autorità cui è possibile ricorrere*".

termine per impugnare⁶; ulteriori esempi in cui è stato escluso l'annullamento sono forniti dalle ipotesi di omessa allegazione di atti richiamati o di mancata indicazione dell'Ufficio dove si possono reperire tali atti⁷.

Nei casi in questione i giudici sostengono la mera irregolarità dei vizi, argomentando in base al fatto che le violazioni non sono sufficienti per determinare l'illegittimità del provvedimento⁸; essi, infatti, giustificano il mancato annullamento ricorrendo "ai principi di conservazione degli atti amministrativi e di strumentalità delle forme"⁹, trattandosi di vizi formali

⁶ Vedi, ad esempio, Cons. di Stato, sez. IV, sent. 597/1999: *"Quanto, da ultimo, ai vizi formali (carezza di motivazione, mancata indicazione del responsabile del procedimento e dell'autorità cui è possibile ricorrere, omessa considerazione degli elementi forniti dalla società coinvolta nel procedimento), riproposti in questa sede, a dire il vero, senza molta convinzione, va osservato che: il provvedimento impugnato appare congruamente motivato, come dimostrano le ampie argomentazioni svolte dall'appellante per contestarne le conclusioni; il responsabile del procedimento, in mancanza di espressa individuazione, è il dirigente dell'unità organizzativa preposta al procedimento (art. 5 L n. 241/1990); la omessa indicazione dell'autorità cui è possibile ricorrere non ha pregiudicato il diritto di difesa dell'appellante, le osservazioni, svolte in sede di procedimento, sono state valutate dall'Amministrazione, tant'è che la nota impugnata fa espresso riferimento "a quanto esposto da codesta Società con nota del 31.12.1992". L'appello va, pertanto respinto"*.

Per il vizio causato dalla mancata indicazione dell'autorità cui è possibile ricorrere, vedi ad esempio TAR Lazio, sez. II, sent. 6785/2005: *"l' omessa indicazione dell'autorità a cui ricorrere e del termine utile per proporre gravame costituiscono mere irregolarità (in grado di consentire, tutt'al più, la scusabilità dell'errore e la conseguente rimessione in termini del ricorrente), ma comunque inidonee ad inficiare la legittimità del provvedimento"*.

⁷ TAR Toscana, sez. III, nella sent. 4101/2004: *"va altresì disattesa la pretesa illegittimità in ordine al difetto di motivazione per mancata allegazione di atti, o indicazione dell'Ufficio dove tali atti sono reperibili, atteso che è ormai pacifico in giurisprudenza che, in omaggio ad una visione non meramente formale dell'obbligo della motivazione, la mancata allegazione degli atti richiamati non rende illegittimo il provvedimento motivato ob relationem, rilevando piuttosto come mera irregolarità, nel senso di "impedire il decorso del termine per ricorrere" (T.A.R. Puglia Bari, Sez. I, 27.6.2002, n. 3155) o, in termini sostanzialmente identici, comporta "una mera procrastinazione del termine iniziale per l'impugnazione del provvedimento stesso" (T.A.R. Puglia Lecce, Sez. I, 7.3.2003, n. 738), cioè a dire che il destinatario del provvedimento "non acquisisce la conoscenza della lesività e che il termine di impugnazione non inizia a decorrere" (Cons. St., Sez. VI, 25.9.2002, n. 4879)"*.

⁸ Per un'applicazione di questo principio in relazione alla materia elettorale risulta significativa la motivazione in Cons. di Stato, sez. V, sent. 5157/2002: *"In materia di operazioni elettorali, com'è noto, vige il principio di strumentalità delle forme, per cui, tra tutte le possibili irregolarità, sono rilevanti solo quelle sostanziali, tali cioè da influire sulla sincerità e sulla libertà del voto; pertanto, non possono comportare l'annullamento delle operazioni stesse le mere irregolarità, cioè vizi da cui non deriva alcun pregiudizio di livello garantistico o compressione alla libera espressione del voto (Cons. Stato, V Sez., 15 settembre 2001 n. 4830, 6 febbraio 1999 n. 135, 25 ottobre 1999 n. 1708 e 21 settembre 1996 n. 1149)"*. Nella stessa direzione. Tar Trento, sent. 222/1999.

⁹ In particolare in relazione alla violazione dell'art. 3, comma quarto della legge 241/1990 (che recita: *"In ogni atto notificato al destinatario devono essere indicati il termine e l'autorità cui è*

inidonei a modificare lo scopo del provvedimento o ad alterare il contenuto dispositivo e la formazione del provvedimento.

1.2. L'interpretazione giurisprudenziale nell'ipotesi di violazione dell'art. 7 l. 241/1990 (mancata comunicazione di avvio del procedimento)¹⁰.

Ulteriori applicazioni del principio del raggiungimento dello scopo si trovano in pronunce relative alla mancata comunicazione di avvio del procedimento e quindi di violazione dell'art.7 della l. 241/1990¹¹.

A fronte delle modifiche introdotte con la legge del 2005 e in particolare con l'art. 21 octies comma 2, seconda parte, è interessante notare che in tali ipotesi la giurisprudenza precedente alla riforma esclude la sanzione caducatoria dell'annullamento in riferimento ai soli atti vincolati¹², preci-

possibile ricorrere") vedi TAR Campania, Napoli, sez. IV, sent. 707/1998: "È, comunque, da rilevare che l'omissione delle indicazioni prescritte dall'art. 3 quarto comma della L. 7 agosto 1990 n. 241, concernenti l'autorità cui è possibile ricorrere, non determinano, in base ai principi generali di conservazione degli atti giuridici e di strumentalità delle forme, l'invalidità o l'inefficacia del provvedimento: infatti, l'inosservanza delle disposizioni regolanti aspetti meramente formali degli atti amministrativi costituisce una mera irregolarità, improduttiva di effetti allorché non si siano verificate in concreto conseguenze pregiudizievoli per i destinatari ed impedimenti al raggiungimento dello scopo cui è preordinata la prevista formalità. E nel caso di specie la ricorrente ha, nei termini di rito, prodotto impugnativa davanti al giudice competente".

¹⁰ L'art. 7 della legge sul procedimento amministrativo, rubricato "Comunicazione di avvio del procedimento" apre il Capo III dedicato alla partecipazione dei soggetti al procedimento amministrativo, che costituisce la ratio alla base dell'art. in questione che recita "Ove non sussistano ragioni di impedimento derivanti da particolari esigenze di celerità del procedimento, l'avvio del procedimento stesso è comunicato, con le modalità previste dall'articolo 8, ai soggetti nei confronti dei quali il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti ed a quelli che per legge debbono intervenire. Ove parimenti non sussistano le ragioni di impedimento predette, qualora da un provvedimento possa derivare un pregiudizio a soggetti individuati o facilmente individuabili, diversi dai suoi diretti destinatari, l'amministrazione è tenuta a fornire loro, con le stesse modalità, notizia dell'inizio del procedimento".

¹¹ Per un'applicazione del principio del raggiungimento dello scopo vedi TAR Sicilia, Palermo, sez. I, sent. 466/2004 in cui si legge "La mancata comunicazione di avvio del procedimento, peraltro, non vizia l'atto conclusivo, quando la partecipazione dell'interessato non avrebbe potuto, comunque, apportare elementi di valutazione eventualmente idonei ad incidere, in termini a lui favorevoli, sul provvedimento finale (cfr., fra le tante, Cons. Stato, Sez. V, 3 luglio 2003, n. 3969; 17 marzo 2003, n. 1357)".

Allo stesso modo le sentenze Cons. di Stato, sez. VI, 999/1996; Cons. Stato, sez. IV, 3/1996; Cons. Stato, sez. VI, 12 Agosto 2002, n. 4153; Cons. Stato, sez. IV, 20 febbraio 2002, n. 1031; Cons. Stato, sez. VI, 15 marzo 2004, n. 1272; Cons. Stato 5003/2002 escludono l'annullamento se lo scopo a cui tende l'art 7 l. 241/1990 sia stato comunque raggiunto.

¹² Ad esempio vedi Sent. Cons. di Stato 1381/2001, in materia di procedimenti di espulsione dal territorio nazionale di cittadini extracomunitari: "Del resto, l'esclusione della necessità della comunicazione in argomento discende anche da carattere vincolato del provvedimento di e-

sando tuttavia che sussiste anche in relazione a questi ultimi il generale dovere di comunicazione di avvio del procedimento¹³.

Inoltre a parere dei giudici la partecipazione non è necessaria -ed è quindi irrilevante l'omessa comunicazione di avvio del procedimento- quando è possibile predeterminare il contenuto dell'atto vincolato; viene però sottolineato che debba essere adottata un'interpretazione restrittiva del carattere vincolato. In particolare secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato la comunicazione di avvio del procedimento deve ritenersi superflua nei seguenti casi: adozione del provvedimento finale doverosa e vincolata, presupposti fattuali assolutamente incontestati dalle parti, quadro normativo di riferimento privo di margini di incertezza, potere di adottare un provvedimento di identico contenuto in capo all'Amministrazione in caso di intervenuto annullamento¹⁴.

Nonostante questa interpretazione garantista, in relazione all'obbligo di comunicazione di avvio del procedimento, numerose pronunce fanno applicazione del principio della strumentalità delle forme: spesso, infatti, i giudici giustificano il mancato annullamento del provvedimento viziato per omessa comunicazione argomentando in base all'inutilità della comunicazione e della relativa partecipazione dell'interessato¹⁵.

2. L'attuale applicazione giurisprudenziale dell'art 21 octies.

2.1. L'interpretazione rigorosa della norma.

Dall'analisi delle pronunce che fanno applicazione della nuova disciplina dell'annullabilità introdotta dalla legge del 2005, emerge un indirizzo giurisprudenziale attento alle garanzie in capo ai cittadini.

spulsione dal territorio nazionale, per cui, sotto diverso profilo, torna ad emergere l'inesistenza dell'obbligazione della suddetta comunicazione (Cons. Stato, sez. IV, 26 ottobre 1999, n. 1625)".

¹³ Cons. di Stato, sez. V, sent. 474/1998: *"In ogni caso, è pure inesatta la tesi che prospetta l'inapplicabilità del citato art. 7 della legge n. 241/1990 agli atti vincolati, giacché la ragion d'essere della partecipazione al procedimento sussiste anche quando i presupposti del provvedimento da adottare, pur se stabiliti in modo preciso e puntuale dalle norme, richiedano comunque un accertamento. Pure in tal caso, infatti, permane l'esigenza, che sta alla base della norma citata, di garantire al privato la possibilità di prospettare fatti e argomenti in suo favore, con maggiore evidenza quando, come nella specie, gli elementi dell'accertamento di fatto sono tutt'altro che pacifici e incontestati".*

¹⁴ In questo senso si è espresso il Cons. di Stato, sez. V, sent. 2823/2001.

¹⁵ Cons. Stato, sez. VI, 10 gennaio 2005 n. 11; Cons. Stato, sez. VI, 26 febbraio 2005, n. 232.

In particolare, con l'obiettivo di tutelare la partecipazione procedimentale dei privati, i giudici richiedono rigorosamente l'adempimento dell'onere della prova in capo all'Amministrazione richiesto nella seconda parte dell'art. 21 octies, comma 2, in ipotesi di mancata comunicazione dell'avvio del procedimento, a maggior ragione richiesto ove trattasi di provvedimenti discrezionali¹⁶.

L'annullamento sarà invece disposto, come sostiene il TAR Puglia nella sent. 2913/2005, in caso di raggiungimento di una prova evidente, ovvero se *"il Comune, con la citata documentazione fotografica, abbia assolto all'onere probatorio previsto dal secondo periodo del comma 2 dell'art. 21-octies, risultando icu oculi che l'impianto per cui è causa è dislocato in maniera tale da provocare intralcio al traffico. Da parte sua, invece, la ricorrente non ha fornito – né al Comune, né a questo Tribunale - alcun elemento di valutazione nuovo ed ulteriore, tale da poter portare l'Amministrazione a modificare in parte qua la deliberazione del C.C. n. 44/2003"*.

All'indirizzo giurisprudenziale che applica la disciplina in modo rigoroso e restrittivo, appartengono anche quelle pronunce che evidenziano l'importanza del contraddittorio in una fase del procedimento in cui il privato può ancora incidere sulle valutazioni dell'Amministrazione: ciò rende

¹⁶ TAR Napoli, sent. 5226/2005: *"La valutazione della censura non muta in relazione al sopravvenuto disposto del comma 2 dell'art. 21 octies legge 15/2005, specificamente riferita alla violazione procedimentale dell'articolo 7, ed applicabile tanto alla ipotesi di atto vincolato che a quella di atto discrezionale: la novella legislativa ha previsto che l'amministrazione può dimostrare in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato, così superando la censura di carattere formale. Tuttavia nella fattispecie l'amministrazione, pur costituita in giudizio, non ha evidenziato alcun elemento che potesse dar luogo ad un esame del Collegio in tal senso, sì che- incombando sulla stessa il relativo onere processuale- non può superarsi il diaframma frapposto dal doveroso rispetto delle garanzie procedurali"*.

E così pure TAR Puglia, sent. 1332/2005: *"L'art. 21-octies, comma 2 L. 241/90 (introdotto dall'art. 14 L. 15/05), in disparte il problema della sua applicabilità ai giudizi in corso, esige la dimostrazione che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato, ponendo il relativo onere probatorio a carico dell'amministrazione.*

Si tratta, evidentemente, di un giudizio ipotetico controfattuale il cui ontologico margine di fallibilità deve essere colmato dall'allegazione di fatti ed elementi tali, alla luce di regole generali, da apparire al giudice insuperabili nella prospettiva del contraddittorio virtuale".

Vedi anche T.A.R. Piemonte, sez. II, 22 ottobre 2005, n. 3278; T.A.R. Basilicata, 15 marzo 2005, n. 139; T.A.R. Campania, Napoli, 3 marzo 2005, n.1672; T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 26 aprile 2005, n. 211.

quindi necessaria la circostanza che egli sia messo nelle condizioni di parteciparvi¹⁷.

2.2. I casi di interpretazione della norma senza attenzione alle garanzie di tutela del cittadino.

A questo punto è doveroso sottolineare come l'orientamento garantista sopra riportato costituisce un indirizzo minoritario rispetto a quello che tende a giudicare con minor rigore la norma in esame, fornendo un'interpretazione estensiva dell'art 21 octies, comma 2, a favore dell'Amministrazione; numerose sono, infatti, le pronunce in cui emerge una scarsa attenzione per le garanzie a tutela del cittadino interessato¹⁸.

Si trovano esempi di questo indirizzo nelle pronunce in cui i giudici sostengono l'inutilità, in base alle circostanze, di una partecipazione del privato al procedimento¹⁹.

L'inutilità del coinvolgimento dell'interessato viene sostenuta anche in ragione del raggiungimento dello scopo previsto dalla norma violata, come emerge, tra le altre, da una pronuncia del Consiglio di Stato che ritiene la violazione inerente l'omessa fissazione dei termini per presentare osser-

¹⁷ T.A.R. Sardegna, sent. 483/2005: *"In sede di procedura espropriativa il soggetto leso deve avere la possibilità di essere edotto anticipatamente in ordine alle modalità esecutive di realizzazione dell'opera pubblica, e ciò al fine di poter realizzare pienamente l'istituto della partecipazione, cioè in un momento determinante per la scelta da parte della P.A. in merito alle concrete modalità di esecuzione delle opere. Ciò consente una reale forma di collaborazione fra privato ed Amministrazione agente, dal cui contraddittorio possono scaturire anche soluzioni alternative meno lesive delle posizioni incise"*. Nella medesima pronuncia, il Collegio fornisce un'interpretazione rigorosa dell'art 21 octies, raggiungendo un perfetto bilanciamento tra le istanze efficientistiche con quelle garantistiche: *"Nel caso di specie, tuttavia, sulla base degli atti depositati dall'Amministrazione e degli elementi di diversa natura acquisiti in giudizio non può ritenersi raggiunta, allo stato, la prova richiesta dalla norma, mentre le soluzioni difformi prospettate dal privato, anche in considerazione dello stato dei luoghi (dislivelli esistenti), non prive di ragionevolezza, non sono state mai concretamente esaminate dall'Amministrazione comunale. Né può ritenersi provata la correttezza della soluzione a suo tempo prescelta dal fatto che il comune abbia nel frattempo realizzato in concreto l'opera, contravvenendo all'ordinanza cautelare favorevole ai ricorrenti"*.

¹⁸ Vedi 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 AA.VV. (a cura di M.A. Sandulli), *"Riforma della L. 241/1990 e processo amministrativo"*, Quaderni de Il Foro amministrativo - TAR, quaderno n. 2 (reperibile anche come supplemento al fascicolo 5-6/2005), Giuffrè, Milano, 2005, pp. 89-110.

¹⁹ TAR Lazio, sent. 4269/2005: il Collegio afferma *"l'inutilità, nel caso di specie, della partecipazione procedimentale anche alla luce della esigua porzione di terreno rimanente dopo il citato contratto di comodato d'uso (mq 4.259)"*.

vazioni una violazione minore che non comporta l'annullamento dell'atto, se gli interessati hanno avuto modo di partecipare al procedimento²⁰.

2.3. Ulteriori esempi di applicazione della norma in modo estensivo: le ipotesi di provvedimenti solo in parte vincolati.

La nuova disciplina nella prima parte del secondo comma dell'articolo in esame fa espressamente riferimento alla "*natura vincolata del provvedimento*": una prima questione centrale che si pone agli interpreti riguarda il significato della suddetta locuzione, la cui distinzione con gli atti per natura discrezionale non è sempre agevole.

Si ritiene in linea teorica che un provvedimento dell'Amministrazione possa considerarsi vincolato quando la legge stabilisce che in presenza di un presupposto di fatto l'Amministrazione possa legittimamente prendere un solo provvedimento, limitandosi ad accertare il presupposto stesso senza alcun margine di scelta²¹.

Nonostante l'esistenza in linea pratica di atti di natura vincolata sia contestata da alcuni, sono presenti in giurisprudenza pronunce in cui viene sostenuta la totale assenza di qualsiasi potere discrezionale dell'Amministrazione. I giudici, infatti, hanno affermato l'esistenza di provvedimenti vincolanti in casi di assoluta conformità della fattispecie astratta a quella concreta: in tali ipotesi hanno applicato la disciplina ai sensi dell'art. 21 octies, escludendo l'annullamento per vizi formali data l'evidente impossibilità di questi ultimi di influire sul contenuto sostanziale del provvedimento.

Così è avvenuto, ad esempio, nel caso di rilascio di un permesso di costruire, il quale richiede la mera verifica dell'Amministrazione del possesso dei requisiti previsti dalla normativa edilizia da parte dell'opera a cui si riferisce il permesso²².

²⁰ Cons. di Stato, sez. VI, 2673/2006.

²¹ Cfr. G. Falcon, in "*Lezioni di diritto amministrativo*", CEDAM.

²² TAR Abruzzo, sent. 185/2005: "*Ciò posto, il Collegio è dell'avviso che dall'esame degli atti di causa sia palese il fatto che l'Amministrazione non avrebbe mai potuto assentire il richiesto permesso di costruire così come richiesto dalla società ricorrente, in quanto la destinazione che la parte ricorrente vuole attribuire al manufatto da realizzare non è di certo compatibile con le destinazioni previste nella zona in questione dal piano.(...) Ora, trattandosi di adottare un atto vincolato, l'eventuale sussistenza dei vizi denunciati con il gravame non potrebbero mai condurre all'annullamento degli atti impugnati ed alla richiesta condanna del Comune al risarcimento dei danni, in quanto dall'esame degli atti è "palese" che il contenuto dispositivo degli atti impugnati (cioè il rigetto della richiesta della parte ricorrente) non sarebbe stato diverso. La ricorrente per vedere soddisfatta la propria pretesa alla ricostruzione del manufatto*

Per ciò che più maggiormente ci interessa, è da sottolineare che, nonostante la norma al comma secondo nel primo periodo faccia espressamente riferimento agli atti di natura vincolata, un indirizzo giurisprudenziale ne sostiene l'applicabilità anche in ipotesi di provvedimenti in parte vincolati, in parte contenenti margini di discrezionalità, andando contro il dettato della norma; come si vedrà meglio in seguito, risultano evidenti i riflessi sui poteri in capo al giudice e le conseguenze pregiudizievoli per il cittadino²³.

Infine a tale riguardo un aspetto problematico si manifesta in relazione all'art. 21 octies comma 2, seconda parte. Come già accennato, diversamente da quanto previsto dall'indirizzo giurisprudenziale precedente alla riforma²⁴, la norma regola l'irrelevanza dell'omessa comunicazione di avvio del procedimento anche in relazione ai provvedimenti discrezionali.

Le critiche riguardano le conseguenze sui poteri del giudice: il fatto che l'omessa comunicazione di avvio del procedimento venga considerata irrilevante anche in presenza di attività discrezionale ha notevoli implicazioni sull'estensione del sindacato del giudice che si trasforma così in un sindacato di merito.

2.4. L'interpretazione poco garantista nell'ipotesi di mancata comunicazione di avvio del procedimento (art. 21 octies, comma 2, seconda parte)

Analizzando le applicazioni che la giurisprudenza fa dell'art. 21 octies, secondo periodo del secondo comma, l'avviso non viene considerato necessario, non solo nei casi in cui il ricorrente non avrebbe dato nessun apporto al procedimento, per cui l'annullamento viene ritenuto solo una causa di aggravio sia per l'amministrazione che per l'interessato²⁵, ma soprattutto nei casi in cui la comunicazione di avvio del procedimento viene giudicata non necessaria, perché i procedimenti sono stati avviati

oggi demolito dovrà, pertanto, necessariamente presentare una nuova domanda, che attribuisca questa volta all'edificio una diversa destinazione d'uso in conformità con le disposizioni contenute negli artt. 34 e 41 delle N.T.A. del Comune".

²³ TAR Sardegna, sent. 1170/2005: *"Ad avviso del Collegio la norma può operare non soltanto nelle ipotesi in cui il provvedimento sia totalmente vincolato, ma, in particolari casi, anche in quelle in cui quest'ultimo presenti, congiuntamente ad ambiti vincolati, margini di discrezionalità"*.

²⁴ Vedi sent. Cons. di Stato, sez. V, sent. 474/1998 e 2823/2001.

²⁵ TAR Piemonte, sent. 1649/2005: *"i ricorrenti conseguentemente, non avrebbero potuto dare nessun particolare apporto procedimentale, anche se avessero ricevuto la comunicazione di avvio"*. Vedi anche T.A.R. Lecce, sez. III, 21 febbraio 2005, n. 686.

su istanza di parte o in quelli nei quali i ricorrenti abbiano avuto la possibilità di interloquire²⁶.

In particolare in relazione ai procedimenti su istanza di parte è significativo sottolineare che l'onere di comunicazione di avvio del procedimento, previsto in via generale dall'art. 7, è precisato riguardo alle modalità e ai contenuti dal successivo art. 8, il quale al comma 2 lett. c-ter obbliga all'indicazione necessaria della data di presentazione dell'istanza.

Ad avviso della giurisprudenza tuttavia tale adempimento non si può tradurre in un appesantimento per l'amministrazione che non sarebbe quindi costretta ad inviare la comunicazione di avvio del procedimento al soggetto che ha iniziato il procedimento, dovendo piuttosto essere necessariamente rivolto ai soggetti controinteressati²⁷.

Un'interpretazione pericolosa inoltre conduce all'inversione dell'onere della prova, gravante sul ricorrente invece che sull'Amministrazione, al contrario di quanto previsto dal dettato della norma stessa: è richiesto quindi al soggetto che propone il ricorso di provare che la sua partecipazione al procedimento avrebbe avuto un'incidenza sul provvedimento²⁸.

²⁶ Cons. di Stato, sez. IV, sent. 3124/2005 (prima pronuncia di merito che fa applicazione dell'art. 21 octies comma 2): *"Ancora, risulta privo di pregio pure il motivo d'appello attinente al preavviso procedimentale (ex artt. 7 ed 8, legge n. 241/1990) asseritamente omesso, sia perché quest'ultimo non occorre in presenza di procedimenti avviati ad istanza di parte o, comunque, nei quali i privati interessati abbiano avuto modo di interloquire adeguatamente (come nella specie), sia perché l'art. 14, legge 11 febbraio 2005 n. 15, ne esclude la necessità quando emerga in giudizio che il provvedimento conclusivo non sarebbe stato diverso nei suoi contenuti (come la giurisprudenza amministrativa aveva già precedentemente sancito in vari casi)"*.

²⁷ T.A.R. Campania, Napoli, sez. IV, sent. N. 651/2006: *"Ed infatti, nell'applicazione della normativa, generale e di dettaglio, sul procedimento amministrativo, occorre sempre tener conto della imprescindibile esigenza di evitare che possano essere imposti adempimenti a carico degli amministratori che non siano essenziali per il corretto svolgimento della procedura e per la piena salvaguardia degli interessi pubblici e privati in essa coinvolti"*.

²⁸ TAR Campania, sent. 941/2005: *"In particolare, si è sostenuto che l'omissione della comunicazione ex art. 7 l. n. 241/90 comporta l'illegittimità dell'atto conclusivo del procedimento soltanto nel caso in cui il soggetto non avvisato possa poi provare che, ove avesse potuto tempestivamente partecipare al procedimento stesso, avrebbe potuto presentare osservazioni ed opposizioni che avrebbero avuto la ragionevole possibilità di avere un'incidenza causale nel provvedimento terminale (TAR Sicilia 28 gennaio 1998 n. 74; TAR Puglia Sez. I 15 settembre 1997 n. 546)"*.

Vedi anche Tar Puglia: *"basta una mera documentazione fotografica prodotta dall'amministrazione perché la mancata comunicazione dell'avvio del procedimento sia ritenuta giustificata. Nel caso di specie si tratta di un procedimento per l'individuazione di impianti di distribuzione di carburante incompatibili con l'attuale dislocazione in quanto di ostacolo per la circolazione stradale, con conseguente pericolo per la pubblica incolumità e conclusosi con la revoca della concessione del suolo pubblico per l'installazione dell'impianto di erogazione di"*

A questo indirizzo giurisprudenziale si affiancano quelle sentenze che si accontentano di una lieve prova in ordine al fatto che il contenuto della decisione non avrebbe potuto essere diverso (come quando i giudici per decidere l'esclusione dell'annullamento si basano su un semplice giudizio di verosimiglianza²⁹).

Infine una parte della dottrina afferma l'esistenza di un'eccezione all'applicabilità dell'art. 21 octies, comma 2, seconda parte nel caso di omessa comunicazione in relazione al preavviso del rigetto di un'istanza, ai sensi dell'art. 10-bis della l. 241-1990; secondo tale dottrina il rispetto dell'obbligo è richiesto espressamente dalla norma e quindi non è possibile derogarvi.

Viene sottolineata in questa ipotesi l'importanza, pur trattandosi di attività vincolata, della partecipazione al procedimento: *"il contributo partecipativo degli interessati potrà essere prezioso anche solo per individuare la interpretazione corretta di una norma o per ricostruire senza errori una circostanza di fatto, come del resto è evidentemente dimostrato dall'ineliminabilità del contraddittorio dai processi giurisdizionali, anche quelli di sola legittimità"*³⁰.

La giurisprudenza non appare, tuttavia, del medesimo avviso: essa sostiene che la disciplina dell'irrilevanza dei vizi trova applicazione anche in ipotesi di omessa comunicazione dell'avvio della sequenza procedimentale prevista dall'art. 10 bis della legge 241/1990, modificata nel 2005³¹.

Infine, come già visto, l'ambito di applicazione della seconda parte dell'art. 21 octies comma secondo è da ritenersi estesa agli atti discrezionali. In questa sede risulta particolarmente interessante notare che in tal modo la riforma del 2005 abbia introdotto una previsione che va oltre quanto stabilito dalla precedente giurisprudenza, dal momento che la

carburante gestito dal ricorrente. Da parte sua, invece, la ricorrente non ha fornito – né al Comune, né a questo Tribunale - alcun elemento di valutazione nuovo ed ulteriore, tale da poter portare l'Amministrazione a modificare in parte qua la deliberazione del C.C. n. 44/2003". Vedi anche T.A.R. Campania, Salerni, sez. I, n. 671/2005; T.A.R. Emilia Romagna, Parma, n. 291/2005; T.A.R. Lazio, sez. I ter, n. 4269/2005.

²⁹ TAR Sicilia, sent. 941/2005, sez. II: *"Giova, all'uopo, rilevare come nessuna dimostrazione sia stata data dalla ricorrente circa l'esistenza del documento mancante, cosicché appare verosimile che l'apporto partecipativo della stessa al procedimento di autotutela non avrebbe apportato nuovi elementi di giudizio e non avrebbe, pertanto, verosimilmente indotto l'Amministrazione all'adozione di un diverso provvedimento".*

³⁰ Cfr. D. Sorace, *"Il principio di legalità e i vizi formali dell'atto amministrativo"*, in «Dir. pubbl.», 2007, p. 385 ss.

³¹ T.A.R. Sardegna, 27 maggio 2005, n. 1272.

mancata annullabilità era prevista in questo caso solo per i provvedimenti vincolati, garantendo in questo modo una tutela maggiore per il cittadino interessato³².

3. Le questioni problematiche.

3.1. La qualificazione della natura della norma (processuale o sostanziale) ai fini della sua applicabilità ai procedimenti pendenti.

Un aspetto dibattuto che i giudici si sono trovati ad affrontare riguarda la natura sostanziale o processuale della norma.

La dottrina ha sostenuto a tal riguardo che sia da escludere l'intento del legislatore di codificare una disciplina meramente processuale, ovvero una disciplina che impedisce al giudice di pronunciare l'annullamento di un atto poiché manca un interesse ad ottenere tale pronuncia da parte del ricorrente³³. La medesima dottrina ritiene, al contrario, che l'art. 21 octies, pur contenendo effettivamente anche delle norme processuali, per quanto riguarda l'esclusione dell'annullabilità di atti per certi aspetti illegittimi intende definire il regime dei provvedimenti amministrativi sotto il profilo della validità e dell'invalidità³⁴.

L'affermazione viene argomentata in base al fatto che l'art. 21 octies è inserito nella legge di modifica del procedimento amministrativo e non di modifica del processo amministrativo.

Senza dimenticare che dal punto di vista sostanziale essa ha comportato un aggravio per la posizione del soggetto che abbia presentato un ricorso durante il regime precedente la riforma.

La posizione del soggetto è tanto più grave se si considera quanto accade nelle aule di giustizia: il giudice non suole condannare l'Amministrazione che ha emanato il provvedimento viziato al pagamento delle spese processuali, stabilendo, al contrario, la compensazione della spesa, o provvedendo persino alla condanna integrale del ricorrente in quanto soccombente.

³² Vedi Cons. di Stato, sez. V, sent. 474/1998 e 2823/2001.

³³ Cfr. in particolare 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 AA.VV. (a cura di M.A. Sandulli), "Riforma della L. 241/1990 e processo amministrativo", *Quaderni de Il Foro amministrativo - TAR*, quaderno n. 2 (reperibile anche come supplemento al fascicolo 5-6/2005), Giuffrè, Milano, 2005, pp. 89-110.

³⁴ Così D. U. *op. cit.*

Questa prassi, come si vedrà più approfonditamente in seguito, avviene anche in Germania, dove il § 80 VwVfG³⁵ stabilisce un obbligo per l'Amministrazione che ha emanato il provvedimento viziato di sostenere le spese, quando il ricorso non sia stato accolto per l'applicazione del § 45 e quindi al caso di intervenuta sanatoria e non invece del § 46 VwVfG, ovvero al caso di mancato annullamento³⁶.

Ciò che accade nelle aule di giustizia va però nella direzione opposta rispetto a quanto sostenuto dalla dottrina; le pronunce che dopo l'emanazione della nuova disciplina fanno riferimento all'art. 21 octies sono state assolutamente numerose, dal momento che i giudici ne hanno affermato l'immediata applicabilità anche ai procedimenti in corso o già definiti alla entrata in vigore della legge 15/2005. E ciò sul presupposto che la disposizione in esame è stata qualificata come norma di natura processuale, caratteristica che permette la sua applicazione anche alle controversie sorte prima della sua emanazione³⁷.

3.2. Ambito di applicazione della norma: "la violazione delle norme sul procedimento o sulla forma degli atti".

Parlando di vizi dell'atto amministrativo, la dottrina suole distinguere i vizi tra "sostanziali" e "formali"³⁸.

I primi consistono in violazioni di norme sui requisiti per la decisione in sé, cioè sui requisiti per quanto deciso mediante l'atto. I secondi, invece, riguardano le violazioni delle norme sul procedimento (ovvero l'agire da cui scaturisce una certa decisione), delle norme sulla competenza (a chi spet-

³⁵ Il § 80 rubricato „Erstattung von Kosten im Vorverfahren“ recita al primo comma: „[...] Dies gilt auch, wenn der Widerspruch nur deshalb keinen Erfolg hat, weil die Verletzung einer Verfahrens- oder Formvorschrift nach § 45 unbeachtlich ist [...]“. Il paragrafo in esame disciplina il rimborso di spese nel ricorso in via amministrativa e prevede l'obbligo per la persona giuridica che ha emanato l'atto amministrativo impugnato di rimborsare, a chi ha proposto il ricorso, le spese necessarie per l'esercizio del suo diritto e della difesa qualora il ricorso non sia stato accolto perché sanato. Cfr la traduzione di D. U. Galetta, in *“La legge tedesca sul procedimento amministrativo (Verwaltungsverfahrensgesetz)”*.

³⁶ Cfr. anche quanto sostenuto da D. U. Galetta, *“Violazione di norme sul procedimento amministrativo e annullabilità del provvedimento”*, Giuffrè 2003.

³⁷ TAR Campania, Salerno, sez. I, sent. 789/2005 che basa la motivazione su un *“arg. ex art. 21 octies, 2° comma l. n. 241/90, come modificato dalla l. n. 15/2005, applicabile ratione temporis alla luce della sua natura di norma processuale”*. Vedi anche sent. 849/2005 TAR Campania, Salerno, sez. II.

³⁸ In particolare vedi A. Police, *“L'illegittimità dei provvedimenti amministrativi alla luce della distinzione tra vizi c.d. formali e vizi sostanziali”*, in *“Diritto Processuale Amministrativo”*, 2003, 735 ss.

ta prendere una certa decisione) e infine il mancato rispetto delle modalità con cui la decisione deve apparire (norme sulla forma).

Dalla formulazione dell'art 21 octies, comma 2 si ricava che questa disciplina si applica unicamente ai provvedimenti privi di vizi sostanziali e affetti dai vizi formali procedurali o sulla forma.

Segue. Il difetto di competenza.

Nonostante il tenore della norma, sono emersi, però, dubbi sull'applicabilità dell'art 21 octies, comma 2 anche ai vizi sulla competenza e la giurisprudenza appare divisa a riguardo.

Tuttavia risulta risolutivo quell'indirizzo giurisprudenziale che fornisce un'interpretazione restrittiva della disciplina, sottolineando che la disposizione si riferisce solo alle violazioni di norme sul procedimento e sulla forma, e non invece a quelle sulla competenza³⁹.

Segue. Dubbi circa l'applicazione della norma in caso di violazione dell'obbligo di motivazione imposto dall'art. 3 l. 241/1990.

I dubbi relativi all'ambito di applicazione dell'art. 21 octies riguardano inoltre i vizi attinenti alla motivazione e, quindi, all'utilizzo della norma in ipotesi di carenza o di insufficienza di motivazione.

Appare pacifica, al contrario, l'applicabilità dell'art. 21 octies, comma 2 nei casi di carenza di motivazione in relazione a quelle ipotesi in cui espressamente la stessa legge del 2005 prevede un obbligo di motivazione⁴⁰, come accade per i

³⁹ Tar Campania, sez. VI, sent. 3780/2005. Il caso riguarda l'ordine del Sindaco di Napoli rivolto all'Unità Operativa Antiabusivismo di demolizione di un manufatto in quanto costruito senza un titolo abilitativo. L'ordinanza del Sindaco è però successiva all'entrata in vigore della legge 191/1998, legge che conferisce tale competenza a altro organo. Il Collegio dichiara quindi l'incompetenza del Sindaco e afferma: "*Orbene, secondo il Collegio, da una lettura combinata del primo e del secondo comma dell'art. 21 octies si desume che quando viene accertata l'incompetenza relativa dell'organo adottante (da non confondere con l'incompetenza assoluta, disciplinata dall'art. 21 septies, comma 1, della legge n. 241/1990), il provvedimento deve essere necessariamente annullato, non potendo trovare applicazione la disposizione che ne preclude l'annullamento laddove sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Infatti tale disposizione si riferisce soltanto ai casi in cui il provvedimento sia stato adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma*".

⁴⁰ D. Sorace, *op. cit.*

casi disciplinati dagli artt. 6 lett. E e 10-bis della legge sul procedimento amministrativo⁴¹.

Il dibattito prende avvio dalla considerazione che l'obbligo di motivazione dei provvedimenti amministrativi, previsto in via generale dall'art. 3 della legge 241/1990, viene interpretato dalla giurisprudenza come un requisito che riguarda la forma dell'atto amministrativo; questa qualificazione implica l'applicabilità dell'art. 21 octies, comma 2 ai provvedimenti adottati in violazione di questo obbligo⁴².

Il punto problematico che sta alla base dell'indirizzo riguarda, quindi, la classificazione della motivazione tra i vizi formali piuttosto che tra i vizi sostanziali; la domanda che bisognerebbe porsi è, tuttavia, se la motivazione non dovrebbe piuttosto essere interpretata come elemento essenziale del provvedimento amministrativo, la cui mancanza determina una nullità (in quanto tale insanabile) e non invece un'irrilevanza del vizio, anche in considerazione delle conseguenze pregiudizievoli sul cittadino interessato⁴³.

⁴¹ Ai sensi della lettera e) dell'art. 6 *"Il responsabile del procedimento adotta, ove ne abbia la competenza, il provvedimento finale, ovvero trasmette gli atti all'organo competente per l'adozione. L'organo competente per l'adozione del provvedimento finale, ove diverso dal responsabile del procedimento, non può discostarsi dalle risultanze dell'istruttoria condotta dal responsabile del procedimento se non indicandone la motivazione nel provvedimento finale"*. Un ulteriore esempio è fornito dall'art. 10-bis che recita: *"Nei procedimenti ad istanza di parte il responsabile del procedimento o l'autorità competente, prima della formale adozione di un provvedimento negativo, comunica tempestivamente agli istanti i motivi che ostano all'accoglimento della domanda.(...) Dell'eventuale mancato accoglimento di tali osservazioni è data ragione nella motivazione del provvedimento finale"*.

⁴² V. ad esempio TAR Abruzzo, sent. 185/2005: *"deve, purtuttavia, in merito ricordarsi che l'art. 21-octies della L. 7 agosto 1990, n. 241, introdotto dall'art. 14 della L. 1 febbraio 2005, n. 15, dispone che non sia annullabile il provvedimento adottato in violazione delle norme sulla "forma degli atti" (cioè da esempio - come nel caso di specie - per difetto di motivazione) "qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello adottato"*. Tale norma oggi vigente dispone, cioè, che non possa disporsi l'annullamento da parte del Giudice amministrativo di un atto in relazione ad una sua supposta carenza di motivazione, quando - ove si tratti, come nel caso di specie, di un atto vincolato - *"sia palese"* che il contenuto dispositivo dell'atto (cioè nella specie il disposto rigetto della richiesta di rilascio del permesso di costruire) non sarebbe stato diverso".

Vedi anche TAR Veneto (sez. II), sent. 935/2005: *"in forza della acclarata natura vincolata del provvedimento e del fatto che il contenuto del provvedimento stesso "non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato", il Collegio ritiene che gli altri motivi dedotti, essendo di mero carattere formale (difetto di motivazione; contraddittorietà; omessa acquisizione parere commissione edilizia integrata), seppur astrattamente fondati devono però ritenersi irrilevanti alla luce dell'art. 21 octies, comma 2° dell'art. 14 della legge 11 febbraio 2005 n. 15 (entrata in vigore l'8 marzo 2005)"*.

⁴³ Cfr. D. U. Galetta, *"Violazione di norme sul procedimento amministrativo e annullabilità del provvedimento"*, Giuffrè 2003.

L'interpretazione a favore della qualificazione del difetto di motivazione come vizio formale è avvalorata da quell'indirizzo giurisprudenziale che sostiene la modificabilità della motivazione in corso di giudizio. I giudici giustificano l'integrazione in corso di giudizio ricorrendo alla previsione, introdotta dalla legge 205/2000, degli illeciti risarcibili causati dall'attività amministrativa e dei motivi aggiunti; essi affermano infatti che *"una volta ammesso, in termini generali con la l. 21 luglio 2000 n. 205, che anche dall'esercizio dell'attività provvedimento della p.a. possono scaturire illeciti risarcibili ai sensi dell'art. 2043 c.c., si impone un ripensamento dell'assunto della immutabilità della motivazione, comprensivo, più in generale, del divieto di interventi di sanatoria in pendenza di giudizio, al fine di consentire all'amministrazione di esercitare un ampio jus poenitendi in autotutela, in applicazione del principio della parità tra le parti del processo. Peraltro la citata l. n. 205 (modificando l'art. 21 l. 6 dicembre 1971 n. 1034), con la previsione dei "motivi aggiunti", comporta che l'adozione di un ulteriore provvedimento inteso ad emendare un vizio dell'atto, oggetto del gravame, non pone più fine automaticamente al relativo giudizio (oggi strutturato come giudizio sul rapporto), ma abilita l'interessato ad integrare la sua originaria impugnativa"*⁴⁴.

Questo indirizzo si pone in stretto collegamento con una parte minoritaria della giurisprudenza della fine dello scorso secolo che aveva sostenuto la possibilità, per la stessa giurisprudenza che aveva emanato l'atto, di integrare la motivazione in corso di giudizio.

La dottrina dominante, al contrario, è ferma nel sostenere che la possibilità di una integrazione della motivazione, e quindi di una sanatoria in corso di giudizio, non possa essere accettata data la mancanza di riferimenti legislativi nel diritto positivo⁴⁵; non è quindi ammissibile un'integrazione postuma della motivazione da parte dell'Amministrazione in pendenza di giudizio, a differenza, come si vedrà, di quanto accade in Germania con la previsione del § 45 VwVfG relativa alla sanatoria dei vizi procedurali e di forma.

4. I punti delicati della nuova disciplina.

4.1. Il sindacato del giudice e il principio di separazione dei poteri.

Tra le critiche che sono state mosse alla nuova disciplina dell'annullamento, numerose sono state quelle che hanno avuto ad og-

⁴⁴ Così si legge nella sent. 760/2005 del TAR Campania, Salerno, sez. I, che ancora afferma: *"Tale innovativa formula della legge deve, tra l'altro, indurre al definitivo ribaltamento del tradizionale principio del cd. divieto di motivazione postuma"*.

⁴⁵ Vedi Galetta in *"L'art. 21-octies della novellata legge sul procedimento amministrativo nelle prime applicazioni giurisprudenziali: un'applicazione riduttiva delle garanzie procedurali contraria alla Costituzione"*.

getto le conseguenze sull'ampiezza del sindacato del giudice; quest'ultimo si troverebbe a operare una verifica nel merito in ordine all'inutilità sotto il profilo sostanziale dell'annullamento di un atto, in tal modo sostituendosi all'Amministrazione⁴⁶.

Sulla base di queste considerazioni, alcuni autori sono arrivati a sostenere che l'amministrazione che è costituita in giudizio e che chiede l'applicazione dell'art. 21 octies, propone un'istanza che può essere paragonabile a una domanda riconvenzionale. Un tale paragone è evidente esaminando le conseguenze dell'applicazione della disciplina dell'annullamento, e in particolare l'ampliamento del thema decidendum che determina un giudizio di merito sul contenuto dispositivo del provvedimento⁴⁷.

Nonostante questa sia la tesi maggioritaria, altra parte della dottrina è di parere difforme, sottolineando, invece, come, per gli atti vincolati, il giudice sia chiamato semplicemente a verificare se la formulazione della legge che deve applicare e la definizione dei presupposti che la legge prevede per l'emanazione di un provvedimento siano tali che quello cui si riferisce il suo sindacato debba ritenersi l'unico atto legittimo⁴⁸. Per gli atti discrezionali, sostiene la medesima dottrina, la verifica dell'avvenuta dimostrazione da parte dell'Amministrazione che il contenuto non avrebbe potuto essere diverso non comporta per il giudice nessuna ingerenza nel merito amministrativo limitandosi a richiedergli un compito del tutto ordinario, consistente nel giudicare se un onere della prova in capo a un soggetto possa ritenersi assolto⁴⁹.

Dall'esame delle pronunce in materia, tuttavia, la stessa giurisprudenza ammette l'ampliamento del sindacato del giudice, affermando che quest'ultimo si trova a operare non più un giudizio sull'atto, bensì un giudizio sul rapporto⁵⁰.

⁴⁶ Cfr. F. Fracchia – M. Occhiena, *“Teoria dell'invalidità dell'atto amministrativo e art. 21-octies, l. 241/1990: quando il legislatore non può e non deve”*.

⁴⁷ In tal senso R. Giovagnoli e M. Fratini, in *“Le nuove regole dell'azione amministrativa al vaglio della giurisprudenza. Vol. 2: Invalidità e autotutela”*.

⁴⁸ Cfr. D.Sorace, *“Il principio di legalità e i vizi formali dell'atto amministrativo”*, in *“Dir. pubbl.”*, 2007, p. 385 ss.

⁴⁹ Ancora D.Sorace, *op. cit.*

⁵⁰ TAR Abruzzo, Pescara, sent. 394/2005: *“In definitiva, deve ritenersi che con tale noma sia stata in realtà trasformato il giudizio amministrativo da giudizio sull'atto a giudizio sul rapporto”*. Nella stessa direzione, TAR Sardegna, sez. I, sent. 1170/2005: *“Vero è che così ragionando il giudice non si limita più a giudicare – secondo la tradizionale visione del processo amministrativo impugnatorio - della legittimità della determinazione amministrativa in relazione*

Come già accennato, la questione del sindacato del giudice è particolarmente delicata in riferimento a quell'indirizzo giurisprudenziale che sostiene l'applicabilità dell'art. 21 octies, comma 2, prima parte anche ai provvedimenti discrezionali, nonostante il dettato della norma si riferisca espressamente ai provvedimenti vincolati⁵¹.

Questa posizione non appare tuttavia pacifica, come emerge da una successiva sentenza del medesimo Collegio che, al contrario, sostiene un'interpretazione restrittiva della norma, affermando che *“solo in presenza di margini di discrezionalità, non è consentito al giudice – senza sconfinare dai propri poteri - ricostruire quello che avrebbe potuto essere il contenuto della determinazione amministrativa, ove il privato fosse stato messo in grado di fornire il proprio apporto partecipativo. La violazione del precetto di cui all'art. 7 della L. n°241/1990 è, di per sé, indice della mancata acquisizione al procedimento di alcuni degli interessi (quelli del privato) coinvolti nella vicenda, e il giudice, in base al principio di separazione dei poteri, non è abilitato a valutare la portata della mancata considerazione di questi”*⁵².

- 4.2. Il carattere illegittimo dell'atto non annullabile. La giustificazione del provvedimento in termini di raggiungimento dello scopo.

La norma in esame ha dato origine a un dibattito circa l'equivalenza tra la non annullabilità e la legittimità.

Da una parte la giurisprudenza, nonostante il dettato della norma si limiti alla previsione della non annullabilità, va oltre il diritto positivo e qualifica l'atto come legittimo perché sanato⁵³.

ai motivi di censura dedotti, ma tale è per l'appunto l'effetto dell'innovazione legislativa, che in funzione dei principi di economia dei mezzi giuridici e di conservazione degli atti, preservano il provvedimento dall'annullamento, quando quest'ultimo è, comunque, idoneo al raggiungimento del suo scopo istituzionale”.

⁵¹ TAR Sardegna, sent. 1170/2005: *“Ad avviso del Collegio la norma può operare non soltanto nelle ipotesi in cui il provvedimento sia totalmente vincolato, ma, in particolari casi, anche in quelle in cui quest'ultimo presenti, congiuntamente ad ambiti vincolati, margini di discrezionalità”.*

⁵² Vedi TAR Sardegna, sent. 1435/2005.

⁵³ TAR Sardegna, sent. 1386/2005: *la nuova disciplina dell'annullamento ha portato “l'introduzione di una autonoma fase processuale diretta specificamente, ad avviso del Collegio, alla verifica dei presupposti, che potrebbero rendere il provvedimento, in origine illegittimo, non più annullabile perché sanato. Sostiene inoltre che tale fase del procedimento giurisdizionale, avendo il fine di conciliare il criterio dell'efficienza amministrativa (art. 3-bis della 241/90) con quello della garanzia, impone, inoltre, che al privato sia data la possibilità di con-*

Dall'altra parte la dottrina ritiene, al contrario, che in ossequio a quanto disposto dal legislatore sia necessario ritenere il provvedimento, viziato ma non annullato, un atto illegittimo perché inficiato da un vizio di violazione di legge, nonostante non operino le normali conseguenze annullatorie e risarcitorie dell'invalidità.

Quest'ultima dottrina rifiuta, quindi, l'equivalenza fra la non annullabilità e la legittimità, sostenendo che i provvedimenti non annullati in base a quanto disposto dall'art. 21 octies, c. 2 non debbano considerarsi legittimi solo perché esenti da annullamento.

A sostegno dell'illegittimità del provvedimento non annullato è stato sostenuto che alla base della tesi dell'illegittimità dell'atto ci sia l'applicabilità del principio del raggiungimento dello scopo previsto dall'art 156/3 c.p.c. ai sensi del quale *"La nullità non può mai essere pronunciata, se l'atto ha raggiunto lo scopo a cui è destinato"*⁵⁴; il principio porrebbe un limite all'annullamento del provvedimento nell'ipotesi in cui l'atto illegittimo inficiato da vizi formali non sia in grado di vanificare la pretesa del ricorrente ad ottenere il bene della vita, essendo l'omissione dell'Amministrazione irrilevante rispetto all'esito del procedimento. Il provvedimento amministrativo rimane quindi invalido ma non subisce la sanzione dell'annullamento.

Lo scopo a cui il principio fa riferimento deve essere inteso non come finalità dell'atto, ma nel senso più ampio di interesse pubblico che giustifica l'esercizio del potere amministrativo (che sarà raggiunto, per l'appunto, nel caso di una decisione legittima dal punto di vista della sostanza).

Seguendo tale teoria, l'antigiuridicità della sanzione non viene meno, ma la valutazione che il giudice opera in termini di meritevolezza della sanzione vuole eliminare quella sproporzione che è presente tra il bisogno di tutela del privato e l'annullamento: la sanzione sarà applicata solo nel caso

trodurre, a sua volta, sugli elementi di prova esibiti, in modo da assicurare in giudizio quella tutela che consenta di ritenere sanato il vizio originario".

Nella stessa direzione, TAR Sardegna, sent. 1272/2005: *"Dopo il recepimento legislativo del principio e la introduzione di una autonoma fase processuale diretta specificamente alla verifica dei presupposti che potrebbero rendere il provvedimento in origine illegittimo non più annullabile perché sanato, la prova che l'amministrazione è tenuta ad esibire deve essere tale da introdurre nel giudizio elementi di fatto, prevalentemente di natura tecnica ed oggettivamente verificabili, idonei a dimostrare in concreto che in nessun altro modo non lesivo per la posizione del ricorrente si sarebbe potuto raggiungere lo scopo".*

⁵⁴ F.Lacava, *"L'invalidità del provvedimento amministrativo dopo la legge 15/2005: nullità ed annullabilità"*, in Amministrazione in cammino, anno 2005.

in cui quest'ultima sia proporzionata alla lesione alla funzionalità amministrativa⁵⁵.

La dottrina maggioritaria non condivide quindi la ricostruzione dell'art 21 octies, c.2 in termini di irregolarità dell'atto amministrativo, categoria alla quale si riconducono tutte quelle violazioni di norme che non determinano l'annullabilità dell'atto, in quanto ritenute di minor conto e perciò innocue. Questa situazione si verifica quando l'atto irregolare anche se in contrasto con la norma, realizza la ratio della disciplina che quindi non risultando nella sostanza violata⁵⁶.

In base alle considerazioni svolte l'art. 21 octies non sancisce, quindi, la legittimità del provvedimento che rimane, invece, invalido: la disciplina normativa, piuttosto, rimette al giudice di fronte al quale il provvedimento è stato impugnato il potere di valutare *ex post* se nello specifico caso concreto è stato raggiunto lo scopo e se di conseguenza l'annullamento risulterebbe sproporzionato rispetto alle esigenze di tutela del ricorrente.

A sostegno di questa tesi è stato affermato che l'esclusione della qualificazione di illegittimità dell'atto viziato determinerebbe la dequotazione di alcune violazioni di legge in termini di mere irregolarità formali; ciò implicherebbe il tramonto del principio per cui le norme di diritto pubblico sono inderogabili, salvo rarissime eccezioni⁵⁷. Il carattere inderogabile delle norme pubblicistiche come quelle sull'invalidità risponde all'esigenza di assoggettare il potere esecutivo nell'esecuzione delle funzioni amministrative al controllo giurisdizionale.

E' quindi da ritenere che le norme sul procedimento non costituiscano una mera irregolarità ma piuttosto comportino l'invalidità del provvedimento amministrativo e la conseguente possibilità di far valere l'invalidità davanti al giudice. Solo quest'ultimo infatti potrà decidere di non annullare il provvedimento in quanto lo scopo è stato comunque raggiunto⁵⁸.

La rilevanza della questione qui affrontata emerge dalle conseguenze sul piano pratico che una tale qualificazione assume: dall'affermazione dell'illegittimità del provvedimento amministrativo consegue, infatti, che la soccombenza del ricorrente nell'azione per l'annullamento dell'atto potrebbe non impedire la condanna dell'Amministrazione al pagamento delle

⁵⁵ G. Corso, "L'attività amministrativa", Torino 1999, p. 217.

⁵⁶ M. S. Giannini, "Diritto amministrativo, vol. I", Milano, 1970, p. 609, nonché 645 e ss.

⁵⁷ Guerino Fares, "L'invalidità del provvedimento amministrativo nella riforma legislativa in itinere", in Studium Iuris, Torino 2000, pp. 147.

⁵⁸ Così F. Lacava, *op. cit.*

spese processuali. Un'ulteriore implicazione consiste nel fatto che i danni causati dal provvedimento illegittimo sono da ritenersi ingiusti e potrebbero determinare quindi il diritto al risarcimento nei confronti dell'Amministrazione che ha emanato il provvedimento.

III. Il dibattito sorto in dottrina intorno alla disciplina dell'annullabilità ai sensi dell'art. 21 octies.

La nuova disciplina sull'annullamento se, da un lato, è stata accolta con favore corrispondendo alla trasposizione normativa di risalenti orientamenti giurisprudenziali, dall'altro, è stata oggetto di numerose critiche da parte della dottrina.

1. Le contraddizioni della riforma del 2005.

In primo luogo le perplessità hanno riguardato la mancanza di coerenza sistemica del nuovo articolo con il sistema generale della legge sul procedimento amministrativo.

Si è evidenziata, in particolare, la contraddittorietà della legge del 2005 che valorizza le garanzie procedurali e contemporaneamente con la disciplina dell'irrilevanza dei vizi formali ne sancisce il loro indebolimento. Ciò dovrebbe portare l'interprete a trovare un corretto bilanciamento tra i due diversi indirizzi, quello efficientistico alla base della nuova disciplina e quello garantistico che ispira tutta la legge sul procedimento amministrativo.

2. La violazione del principio di legalità.

In secondo luogo i dubbi sono stati sollevati in relazione al principio di legalità, che sancisce l'obbligo per l'Amministrazione di operare entro i confini disciplinati dalla legge.

Una parte della dottrina è dell'avviso secondo cui la disposizione non costituisce una violazione del citato principio. Taluni sostengono che *"lo svolgimento di un'attività senza che sia rispettata una legge e senza che da ciò derivino tutte le conseguenze normalmente collegate ad una tale evenienza, è ammissibile soltanto a condizione di una previsione-autorizzazione da parte di un'altra legge. Inoltre, una legge che dia una simile autorizzazione non può non precisare a quali condizioni quest'ultima deve essere subordinata"*⁵⁹. Sulla base di questo presupposto la dottrina argomenta la mancanza

⁵⁹ Cfr. D. Sorace, *"Il principio di legalità e i vizi formali dell'atto amministrativo"*, in «Dir. pubbl.», 2007.

della violazione del principio; infatti l'eccezione al generale principio di annullabilità per violazione di legge, eccesso di potere o incompetenza sancito dall'art. 21 octies comma 1 risulta derogato da una disposizione di legge, che indica a sua volta espressamente le condizioni nelle quali l'eccezione opera.

Piuttosto, è stato affermato, il nuovo regime dell'annullabilità implica un'interpretazione in chiave sostanzialistica del principio in questione; e questa interpretazione viene fatta in favore delle finalità che hanno ispirato la riforma del 2005, ovvero l'efficienza e la celerità amministrativa, per le quali sono da ritenere irrilevanti quelle violazioni che non hanno alcun effetto sul contenuto del provvedimento adottato.

Rimane, tuttavia, condivisibile la considerazione secondo la quale la previsione della norma in esame comporta il rischio concreto di un'Amministrazione sciolta dal rispetto della legge attraverso la presenza di norme la cui violazione non porta alcuna conseguenza⁶⁰; di fronte ai vizi formali che l'Amministrazione commette, come visto, al cittadino non è garantito l'ottenimento dell'annullamento dell'atto lesivo e ciò rischia di scardinare il principio per cui il potere esecutivo nell'esecuzione delle funzioni amministrative è soggetto al controllo giurisdizionale.

3. L'esame dei profili di incostituzionalità.

Fin dall'entrata in vigore della norma, entrambe le ipotesi previste dal secondo comma dell'art. 21 octies hanno suscitato notevoli dubbi in ordine alla sua compatibilità con la Costituzione.

Gli interrogativi sulla conformità con il dettato costituzionale si basano sulla mancata previsione della sanzione caducatoria dell'annullamento pur in presenza di un provvedimento viziato, e quindi sulla riduzione dell'ambito di invalidità, in contrasto con quanto previsto dagli artt. 24 comma 1, 103 comma 1 e 113 commi 1 e 2 della Costituzione.

La prima disposizione, infatti, inserita nella prima parte della Carta Costituzionale dedicata ai *"Diritti e doveri dei cittadini"*, garantisce il diritto di azione in capo al cittadino titolare indifferentemente di un diritto soggettivo o di un interesse legittimo, prevedendo che *"tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi"*.

Il principio sancito dall'art. 24 della Costituzione trova applicazione, nel caso in cui si contesti la legittimità degli atti amministrativi, nella norma del-

⁶⁰ Cfr. R. Chieppa, *"Il nuovo regime dell'invalidità del provvedimento amministrativo"*.

l'art. 113 che, al comma 1 assicura al cittadino una tutela giurisdizionale piena e incondizionata contro gli atti della Pubblica Amministrazione⁶¹; la norma nel secondo comma inibisce al legislatore di disporre esclusioni o limitazioni della tutela giurisdizionale per singole categorie di atti o per singoli mezzi di impugnativa⁶², permettendogli, come previsto nell'ultimo comma, di determinare in quali casi sia possibile disporre l'annullamento dell'atto, gli organi competenti a dichiararlo e gli effetti consequenziali⁶³.

Infine viene in gioco l'art. 103 che, inserito nella seconda parte della Costituzione e in particolare alla sezione che disciplina l'ordinamento giurisdizionale, al primo comma recita: *"Il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi"*.

Nonostante le censure di incostituzionalità mosse, parte della dottrina ha sostenuto la mancanza di illegittimità costituzionale della nuova disciplina, fornendo "un'interpretazione secondo i principi costituzionali di buon andamento, di conservazione di valori giuridici, di ragionevolezza"⁶⁴. Questa dottrina esclude la presenza di un vuoto di tutela giurisdizionale, argomentando che il mancato annullamento presuppone il raggiungimento dello scopo da parte del provvedimento amministrativo viziato che esclude una lesione al bene della vita; in ogni caso, si sostiene, in ipotesi di violazione degli interessi del ricorrente sarà sempre possibile invocare la tutela risarcitoria, ammessa per gli interessi legittimi dalla famosa sentenza della S.C. 500/1999⁶⁵.

Alla base delle considerazioni svolte c'è il rifiuto della teoria della mera irregolarità – per la quale l'atto amministrativo viziato non è illegittimo e quindi non è suscettibile ex ante di annullamento- e l'adesione, al contrario, alla tesi per cui l'esclusione dell'annullamento costituisce decisione che spetta unicamente al giudice in sede giurisdizionale; in tal modo deve escludersi

⁶¹ Il comma 1 prevede più precisamente: *"Contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa"*.

⁶² *"Tale tutela giurisdizionale non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti"*.

⁶³ *"La legge determina quali organi di giurisdizione possono annullare gli atti della pubblica amministrazione nei casi e con gli effetti previsti dalla legge stessa"*.

⁶⁴ Così G. Morbidelli, *"Invalidità e irregolarità"*, in *"Annuario dell'associazione italiana dei professori di diritto amministrativo 2002"*, in relazione all'art. 4 del d.d.l. approvato dal Consiglio dei Ministri il 07.03.2002.

⁶⁵ In particolare Caringella, *op.cit.*

“una zona franca sottratta a priori a qualsivoglia sindacato giurisdizionale di legittimità”⁶⁶.

Per le considerazioni fatte taluni propongono quindi che *“l’art. 21 octies dovrebbe essere oggetto di una sentenza interpretativa di rigetto, volta a delineare in via esegetica una fisionomia dell’istituto dell’irrelevanza dei vizi formali conforme a Costituzione, piuttosto che di una sentenza di accoglimento della questione di legittimità costituzionale della norma in commento per violazione dei principi in precedenza richiamati”⁶⁷.*

La medesima dottrina ha sostenuto la mancanza di profili di incostituzionalità in relazione al primo periodo del secondo comma, a condizione di un’interpretazione restrittiva. Limitando l’applicazione della norma in questione ai provvedimenti rigorosamente vincolati, che non presentino alcun margine di discrezionalità, l’esclusione dell’annullamento non determina una limitazione al diritto di azione dell’interessato, in quanto, se ricorrono i presupposti previsti dalla legge, il contenuto del provvedimento amministrativo non avrebbe potuto essere diverso⁶⁸.

Come è emerso dall’analisi delle pronunce giurisprudenziali, tuttavia, l’interpretazione prevalente applica la norma anche ai provvedimenti amministrativi non del tutto vincolati ma con margini di discrezionalità: i dubbi di incostituzionalità non possono, quindi, essere facilmente fugati.

Una parte della dottrina, inoltre, ha fatto riferimento all’ultimo comma dell’art. 113 della Costituzione (il terzo comma, lo ricordiamo, fornisce al legislatore la possibilità di determinare gli organi che hanno il potere di annullare gli atti ma soprattutto i casi e gli effetti dell’annullamento), per individuare il riconoscimento da parte del legislatore della possibilità di stabilire casi di esclusione dell’annullabilità compatibili con la Costituzione⁶⁹.

Anche in questo caso, tuttavia, la legittimità delle previsioni viene fatta dipendere dalla dottrina stessa da un corretto bilanciamento tra le due istanze di buon andamento dell’amministrazione e di garanzia degli interessi privati coinvolti⁷⁰.

⁶⁶ Vedi anche F. Lacava, *“L’invalidità del provvedimento amministrativo dopo la legge 15/2005: nullità e annullabilità”*.

⁶⁷ Così F. Lacava, *op. cit.*

⁶⁸ Cfr. ancora F. Lacava, *op. cit.*

⁶⁹ In particolare vedi a tal riguardo D. Sorace, *op. cit.*

⁷⁰ D. Sorace, *op. cit.* più precisamente ritiene che *“Sembra allora, che la legittimità di una tale normativa possa in effetti dipendere dalla sua conformità all’esito di un ragionevole bilanciamento tra le esigenze di efficienza dell’amministrazione pubblica (il costituzionale ‘buon anda-*

Come già sottolineato, però, nelle aule di giustizia non è frequente trovare decisioni che testimonino il raggiungimento di un simile equilibrio; al contrario, dall'esame fatto delle pronunce giurisprudenziali in materia, è risultato maggioritario l'indirizzo che applica in modo estensivo la norma, a scapito degli interessi del ricorrente.

I dubbi di costituzionalità si fanno maggiori in relazione al secondo periodo dell'art. 21 octies, comma 2. Alle riflessioni svolte in relazione alla prima parte della norma, infatti, si aggiungono le considerazioni in ordine all'applicabilità nei casi di omessa comunicazione di avvio del procedimento dell'esclusione dell'annullamento ai provvedimenti discrezionali; l'Amministrazione ha quindi facoltà di prendere decisioni che implicano un contemperamento di interessi senza includere la partecipazione del privato.

Malgrado ciò, non sono mancati tentativi di una parte della dottrina non solo di sostenere la costituzionalità della disciplina, ma soprattutto di affermarne le conseguenze vantaggiose che sono derivate al cittadino con la nuova normativa.

E' stato sostenuto che la legge del 2005, prevedendo al secondo periodo del secondo comma che il provvedimento amministrativo viziato per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento non sia annullabile "*qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato*", ha migliorato la condizione del cittadino. Dalla prassi giurisprudenziale anteriore alla riforma, infatti, emergeva che in caso di omissione della comunicazione suddetta spettasse all'interessato ricorrente fornire la prova dell'utilità della partecipazione al procedimento. Con la modifica del 2005, invece, tale onere è in capo all'Amministrazione alla quale, secondo espressa previsione di legge, spetta fornire la prova in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello che è stato adottato⁷¹.

Si osserva che questa conclusione può essere facilmente smentita richiamando la disamina giurisprudenziale svolta in relazione ai casi di mancata comunicazione di avvio del procedimento che ha, al contrario, mostrato come non sia raro che i giudici richiedano al cittadino di fornire la dimostrazione dell'utilità della sua partecipazione al procedimento, operando in tal mo-

mento') e degli interessi delle persone interessate, tenendo peraltro nella dovuta considerazione che gli interessi dei privati possono essere di diversa qualità e che alcuni di questi possono far pesare la bilancia dalla loro parte".

⁷¹ Il riferimento è a Chieppa, "*Il nuovo regime d'invalidità del provvedimento amministrativo*", in www.giustamm.it.

do un'evidente inversione dell'onere della prova, nonostante il dettato della norma.

3.1. Le perplessità sotto il profilo del risarcimento del danno.

La tutela risarcitoria a favore del cittadino nei confronti del quale è stato applicato l'art. 21 octies è questione dibattuta in dottrina.

Gli autori che aderiscono all'orientamento giurisprudenziale favorevole alla mancanza di pregiudizialità tra l'azione di annullamento e quella di risarcimento del danno sostengono la mancanza di ostacoli alla possibilità per il cittadino interessato di agire a tutela della lesione subita da parte della Pubblica Amministrazione per ottenere il risarcimento del danno⁷².

La dottrina maggioritaria preferisce, al contrario, sottolineare le difficoltà in relazione alla possibilità di un risarcimento del danno. In particolare, anche superando gli ostacoli della pregiudizialità dell'annullamento e della previa disapplicazione del provvedimento, si fa riferimento alla valutazione circa la presenza di un danno; l'ostacolo consiste nell'impossibilità di individuare un danno, sia per quella dottrina che giustifica la norma in questione in termini di raggiungimento dello scopo, sia per la dottrina che sostiene la teoria dell'irregolarità dell'atto amministrativo viziato per violazione di norme sul procedimento o sulla forma. Nel primo caso, infatti, dal momento che se l'interesse pubblico sotteso alla norma violata è stato realizzato secondo il principio del raggiungimento dello scopo e quindi il bene della vita tutelato non è stato violato, il danno dovrebbe sempre mancare⁷³. Allo stesso modo nel secondo caso è esclusa la possibilità di risarcimento dal momento che quest'ultimo si basa esclusivamente sull'illegittimità dell'atto amministrativo.

L'impossibilità di un risarcimento del danno è confermata se si considera che la previsione della responsabilità in capo ai funzionari amministrativi, ai quali è imputabile la violazione, implica una notevole difficoltà principalmente in ordine alla prova, soggettiva e oggettiva, da fornire. Si sostiene, ancora, che una previsione di tal genere potrebbe portare a una

⁷² L'ammissibilità della sanzione alternativa risarcitoria è prevista da F. Caringella, *"Corso di diritto amministrativo"* e da Manganaro, *"Principio di legalità e semplificazione dell'attività amministrativa"*.

⁷³ Cfr. F. Fracchia – M. Occhiena, *"Teoria dell'invalidità dell'atto amministrativo e art. 21-octies, l. 241/1990: quando il legislatore non può e non deve"*.

paralisi amministrativa conseguenza della “fuga dalle responsabilità” dei funzionari minacciati dalla norma⁷⁴.

3.2. L’assenza di sanzioni alternative.

Le perplessità nei confronti della disposizione in questione si fanno maggiori se si considera che il legislatore non ha disposto alcuna sanzione alternativa che possa porre rimedio alla lesione dell’interessato.

Ad avviso di alcuni autori, in relazione alla tutela risarcitoria, è necessario chiedersi se essa costituisca propriamente una sanzione alternativa all’annullamento idonea a tutelare gli interessi del soggetto leso, oppure se, al contrario, la sanzione caducatoria dell’annullamento rappresenti l’unica possibilità idonea nei confronti di un atto illegittimo (non essendo la sanzione risarcitoria funzionale alla rimozione dell’illegittimità, dal momento che è solo finalizzata al risarcimento del danno subito).

La dottrina tuttavia ritiene che la disciplina in commento non andrebbe incontro a censure di incostituzionalità se la normativa prevedesse sanzioni differenti, incluso il risarcimento del danno, rispetto all’annullamento del provvedimento amministrativo viziato per violazione di norme sulla forma o sul procedimento; il dettato costituzionale, infatti, sarebbe stato realizzato dalla presenza di una tutela alternativa, dal momento che la Costituzione non considera l’annullamento come l’unica forma di tutela giurisdizionale contro il provvedimento amministrativo illegittimo⁷⁵.

L’ordinamento, tuttavia, non fa alcun riferimento a forme di tutela ulteriori.

Per tale motivo è stato affermato che *“se davvero si voleva dequotare la rilevanza di alcuni vizi, occorreva agire in due direzioni: o eliminare le norme che richiedono agli enti pubblici adempimenti procedurali, o prevedere conseguenze diverse dall’annullamento”*⁷⁶.

Nella stessa direzione è stato sostenuto: *“è pur vero che il legislatore non risulta vincolato ad apprestare sempre la stessa forma di tutela. Purtuttavia, allo scopo di soddisfare le esigenze che emergono dalla lettura dell’art. 113 Cost. (e, in particolare dal combinato disposto dei suoi*

⁷⁴ Per un maggior approfondimento vedi D.U. Galetta, *“Violazione di norme sul procedimento amministrativo e annullabilità del provvedimento”*.

⁷⁵ Cfr. Chieppa, *“Il nuovo regime d’invalidità del provvedimento amministrativo”*, in www.giustamm.it.

⁷⁶ In questo senso D. U. Galetta, *“Notazioni critiche sul nuovo art. 21-octies della legge 241/1990”* e F. Fracchia – M. Occhiena, *op. cit.*

commi 2 e 3) ogniqualvolta il legislatore faccia venire meno la tutela giurisdizionale 'ordianria' di annullamento, egli deve contemporaneamente predisporre un'ideonea tutela alternativa (rispetto all'annullamento giurisdizionale del provvedimento amministrativo illegittimo)"⁷⁷.

Il legislatore avrebbe quindi potuto rinunciare a prevedere la sanzione caducatoria dell'annullamento senza incorrere in censure di incostituzionalità, ma alla sola condizione di prevedere altre sanzioni finalizzate alla riparazione del danno subito dall'interessato per la violazione di una norma sul procedimento o sulla forma.

4. L'esame dei profili di incompatibilità con il diritto comunitario.

4.1. L'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

Secondo i principi generali la legge deve rispondere ai requisiti di legalità, ovvero rispettare la Costituzione e, qualora si riferisca a atti di amministrazione comunitaria indiretta, il diritto comunitario. Il mancato rispetto del diritto europeo comporta la violazione della Carta Costituzionale che in seguito all'art. 3 della legge di revisione costituzionale approvata nel 2001 ha modificato l'art. 117 per il quale *"La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali"*.

Inoltre il rispetto del diritto comunitario viene ribadito dalla stessa legge n. 15 del 2005 che ha modificato l'art. 1 della legge sul procedimento amministrativo, dedicato ai principi generali dell'attività amministrativa, nel senso di prevedere un'Amministrazione retta sui principi dell'ordinamento comunitario.

L'analisi della compatibilità della disposizione in questione con il diritto comunitario ha come punto di partenza la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea⁷⁸ e in particolare l'art. 41 che sancisce il *"diritto ad una buona amministrazione"*.

Le considerazioni critiche sulla compatibilità con il diritto comunitario assumono ancor più rilievo con l'entrata in vigore del Trattato sull'Unione

⁷⁷ Parole di D. U. Galetta, in *"Violazione di norme sul procedimento amministrativo e annullabilità del provvedimento"*.

⁷⁸ La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea è stata proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000; ha subito degli adattamenti il 12 dicembre 2007 a Strasburgo. Il testo del 2007 ha sostituito quello del 2000 a decorrere dall'entrata in vigore del trattato di Lisbona.

Europea che riconosce alla Carta, così come proclamata nel 2007, il medesimo valore giuridico dei trattati⁷⁹.

Come sostenuto dalla giurisprudenza comunitaria anteriore alla previsione dell'art. 41, il diritto a una buona amministrazione sancisce l'importanza delle garanzie procedurali nei procedimenti amministrativi, tra le quali *"si annoverano in particolare l'obbligo dell'istituzione competente di esaminare in modo imparziale tutti gli elementi rilevanti per la fattispecie, il diritto dell'interessato a far conoscere il proprio punto di vista e il diritto ad una decisione sufficientemente motivata"*⁸⁰.

La norma in esame consolida questo orientamento giurisprudenziale e, in primo luogo, garantisce a ogni individuo un trattamento imparziale da parte dell'Amministrazione competente nell'ambito dei procedimenti amministrativi; questo diritto assume particolare importanza soprattutto per i provvedimenti non vincolati come garanzia nei confronti dell'ampio margine di discrezionalità che è riconosciuto in capo all'Amministrazione. Al medesimo comma la disciplina comunitaria garantisce, in secondo luogo, il diritto a un trattamento equo e, infine, il diritto di ogni individuo a che le proprie richieste siano trattate entro un termine ragionevole⁸¹ (la ragionevolezza viene valutata caso per caso, non essendo previsto alcuno specifico termine di conclusione del procedimento⁸²).

Sotto il profilo delle garanzie procedurali, inoltre, assume rilievo il secondo comma della norma che riconosce in capo al diretto destinatario del provvedimento il diritto a esprimere le proprie osservazioni sugli elementi di fatto e di diritto rilevanti per la decisione. Il diritto ad essere ascoltati e quindi il diritto di partecipare al procedimento presuppone perché sia realizzato una comunicazione di avvio del procedimento ad opera dell'Amministrazione, finalizzata a informare gli interessati che si trovano

⁷⁹ Ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, primo comma del Trattato sull'Unione Europea *"L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati"*.

⁸⁰ Corte gius., C-269/90.

⁸¹ Ai sensi dell'art. 41, primo comma: *"Ogni persona ha diritto a che le questioni che la riguardano siano trattate in modo imparziale ed equo ed entro un termine ragionevole dalle istituzioni, organi e organismi dell'Unione"*.

⁸² Al contrario di quanto è previsto nella normativa italiana dall'art. 2, comma 2 della legge sul procedimento amministrativo, ai sensi del quale *"Nei casi in cui disposizioni di legge ovvero i provvedimenti di cui ai commi 3, 4 e 5 non prevedono un termine diverso, i procedimenti amministrativi di competenza delle amministrazioni statali e degli enti pubblici nazionali devono concludersi entro il termine di trenta giorni"*.

in tal modo nella condizione di esercitare il loro diritto, parallelamente a quanto previsto all'art. 7 della nostra legge sul procedimento amministrativo.

Il diritto ad essere ascoltati, per essere realizzato, richiede anche la facoltà per l'interessato di accedere al proprio fascicolo, al fine di un efficace esercizio del diritto di difesa; questo diritto, riconosciuto dalla lett. b del secondo comma, è limitato per espressa previsione legislativa dal rispetto della riservatezza e del segreto professionale⁸³.

Infine il secondo comma conclude con la previsione dell'obbligo di motivazione, così come previsto dall'art. 296/2 della versione consolidata del Trattato sull'Unione Europea e del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea⁸⁴, che è formulato in termini molto simili all'art. 3 della legge sul procedimento amministrativo italiana.

A fronte dell'orientamento maggioritario assunto dalla nostra giurisprudenza è interessante sottolineare che, al contrario di quanto avviene nelle aule di giustizia italiane, i giudici comunitari dichiarano il divieto di un'integrazione successiva della motivazione; quest'ultima deve, quindi, figurare nel testo stesso della decisione e le eventuali osservazioni successive non vengono prese in considerazione⁸⁵.

Alla base di questa presa di posizione c'è la qualificazione della mancanza di motivazione come vizio sostanziale e non formale⁸⁶; ai sensi dell'art.

⁸³ Il secondo comma recita: *"Tale diritto comprende in particolare:*

- *il diritto di ogni individuo di essere ascoltato prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che gli rechi pregiudizio,*
- *il diritto di ogni individuo di accedere al fascicolo che lo riguarda, nel rispetto dei legittimi interessi della riservatezza e del segreto professionale,*
- *l'obbligo per l'amministrazione di motivare le proprie decisioni"*.

⁸⁴ ex articolo 253 del TCE.

⁸⁵ Cfr. sent del 14 maggio 1998, del Tribunale di primo grado C.e.e., sez. III, nella causa T-295/94: *"La Commissione ha peraltro riconosciuto in udienza che nulla le avrebbe impedito di menzionare nella decisione gli elementi che erano stati sistematicamente presi in considerazione e divulgati durante una conferenza stampa organizzata il giorno stesso dell'adozione della decisione. Occorre ricordare, in proposito, che, per giurisprudenza costante, la motivazione di una decisione deve figurare nel testo stesso della decisione e spiegazioni successivamente fornite dalla Commissione non possono, salvo in circostanze eccezionali, essere prese in considerazione (v. sentenza del Tribunale 2 luglio 1992, causa T-61/89, Dansk Pelsdyravlerforening/Commissione, Racc. pag. II-1931, punto 131, e, nello stesso senso, sentenza del Tribunale 12 dicembre 1991, causa T-30/89, Hilti/Commissione, Racc. pag. II-1439, punto 136)"*.

⁸⁶ Cfr. la sent. Del 16 giugno 2011, n. 199, del Tribunale I Grado C.e.e. sez. VIII, nella causa T-199/08 *"Secondo una costante giurisprudenza, la motivazione prescritta dall'art. 253 CE, costitutiva di una forma sostanziale ai sensi dell'art. 230 CE, dev'essere adeguata alla natura*

263 comma 2 della Versione consolidata del trattato sull'Unione Europea e del trattato sul funzionamento dell'Unione Europea il vizio può essere quindi sollevato d'ufficio dal giudice comunitario⁸⁷.

La domanda a cui si cerca di rispondere è se la disciplina dell'art. 21 octies, che ha contribuito a relativizzare i vizi formali, sia compatibile con l'indirizzo comunitario, al contrario sempre più attento alle garanzie procedurali.

La dottrina risponde in senso negativo affermando che *"mentre, infatti, come si è visto, l'art. 41 CED sancisce il diritto a una buona amministrazione come un insieme di garanzie di natura essenzialmente procedimentale nei confronti della Pubblica Amministrazione (che tramite la Costituzione europea assurgerebbero al rango di veri e propri diritti), la nostra legge n. 15/2005, per il tramite dell'art. 21 octies, depotenzia invece, in modo assai discutibile, le garanzie riconosciute al privato nel contesto del procedimento amministrativo"*⁸⁸.

4.2. Le conseguenze dell'incompatibilità con il diritto comunitario.

Le garanzie procedurali sancite dall'art. 41 della Carta e ribadite dalla giurisprudenza comunitaria devono essere osservate non solo dagli organi comunitari ma anche da quelli nazionali qualora i provvedimenti amministrativi costituiscano attuazione del diritto dell'Unione Europea. Il giudice nazionale che si trova di fronte a fattispecie di rilevanza comunitaria ha quindi l'obbligo di disapplicare, in favore del diritto comunitario, la norma nazionale in contrasto: *"in tutte queste ipotesi non sarà certo possibile considerare come irrilevante, ai fini dell'annullamento del provvedimento, la violazione di quelle garanzie procedurali riassunte nella previsione ex art. 41 CED"*⁸⁹. Tuttavia la medesima dottrina sottolinea come l'incompatibilità non sarà limitata ai soli casi di rilevanza comunitaria:

dell'atto e deve fare apparire in forma chiara e inequivocabile l'iter logico seguito dall'istituzione da cui esso promana, in modo da consentire agli interessati di conoscere le ragioni del provvedimento adottato e al giudice competente di esercitare il proprio controllo".

⁸⁷ L'art. 263, ex art. 230 TCE, al secondo comma recita: *"A tal fine, la Corte è competente a pronunciarsi sui ricorsi per incompetenza, violazione delle forme sostanziali, violazione dei trattati o di qualsiasi regola di diritto relativa alla loro applicazione, ovvero per sviamento di potere, proposti da uno Stato membro, dal Parlamento europeo, dal Consiglio o dalla Commissione"*.

⁸⁸ D. U. Galetta, *"Le garanzie procedurali dopo la L. 15/2005: considerazioni sulla compatibilità comunitaria dell'art. 21-octies L. 241/90, anche alla luce della previsione ex art. 41 CED"*, in L. Perfetti (a cura di), *"Le riforme della L. 7 agosto 1990, n. 241 tra garanzia della legalità ed amministrazione di risultato"*, CEDAM, Padova, 2008, pp. 319-335.

⁸⁹ D. U. Galetta, *op. cit.*

“Come conseguenza dell’effetto di spill over del diritto comunitario potrebbe aversi, infatti, in prospettiva, una vera e propria riespansione, anche al di là delle fattispecie comunitariamente rilevanti, di quelle garanzie procedurali che la l. 241/90 aveva inteso riconoscere, nel modo più ampio possibile, ai cittadini nei loro rapporti con la Pubblica Amministrazione”⁹⁰.

5. I procedimenti ambientali.

5.1. I tre pilastri della Convenzione di Aarhus.

Sotto il profilo del diritto internazionale assume importanza, per l’ambito che qui ci interessa, la Convenzione di Aarhus, sottoscritta il 25 giugno 1998 e ratificata in Italia dalla l. 108/2001.

Il trattato, intitolato *“Convenzione sull’accesso all’informazione, sulla partecipazione del pubblico al processo decisionale e sull’accesso alla giustizia in materia ambientale”*, regola i c.d. tre “pilastri” della Convenzione⁹¹, come emerge anche in apertura del trattato dallo stesso tenore dell’art. 1, dedicato alle *“Finalità”*⁹².

In primo luogo gli Stati firmatari si impegnano a garantire l’accesso alle informazioni ambientali attraverso la messa a disposizione da parte delle pubbliche autorità dei dati richiesti dal pubblico. Il rigetto della richiesta è ammesso solo in casi determinati (informazione non posseduta, richiesta irragionevole o generica, documento in corso di elaborazione) e in caso di pregiudizio ad altri interessi (segretezza delle deliberazioni delle autorità, relazioni internazionali, difesa nazionale o sicurezza pubblica, buon funzionamento della giustizia, riservatezza commerciale o industriale, diritti di

⁹⁰ Cfr. 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 AA.VV. (a cura di M.A. Sandulli), *Riforma della L. 241/1990 e processo amministrativo*, Quaderni de Il Foro amministrativo - TAR, quaderno n. 2 (reperibile anche come supplemento al fascicolo 5-6/2005), Giuffrè, Milano, 2005, pp. 89-110.

⁹¹ R. Montanaro, *“L’ambiente e i nuovi istituti della partecipazione”*, in AA.VV., *“Procedimento amministrativo e partecipazione: problemi, prospettive ed esperienze”*, a cura di A. Corsetti e F. Fracchia, Milano, 2002, 121.

⁹² L’art. 1 recita: *“Al fine di contribuire a tutelare il diritto di ciascuno, nelle generazioni presenti e future, a vivere in un ambiente adatto a garantire la salute e il benessere di ciascuno, ogni Parte garantisce i diritti d’accesso all’informazione sull’ambiente, di partecipazione del pubblico al processo decisionale e d’accesso alla giustizia in materia ambientale conformemente alle disposizioni di questa Convenzione”*.

proprietà intellettuale, riservatezza dei dati personali, interessi dei terzi e ambiente)⁹³.

Al diritto dei cittadini di accedere alle informazioni ambientali si affianca il dovere delle autorità pubbliche di divulgarle in modo trasparente e di assicurarne l'effettiva accessibilità⁹⁴.

Per la problematica che qui interessa, assume particolare importanza l'aspetto della partecipazione.

La Convenzione vuole assicurare che ogni decisione che incida sull'ambiente abbia realizzato l'effettiva partecipazione dell'interessato; a tal fine sancisce il diritto per il pubblico di partecipare ai processi decisionali relativi all'autorizzazione di determinate attività, principalmente di natura industriale, e di quelle aventi un notevole impatto ambientale⁹⁵.

La disposizione in esame, inoltre, prevede una comunicazione a partire dalla fase iniziale del processo decisionale; quest'ultima informa l'interessato in ordine all'attività oggetto della decisione, alla sua natura, all'autorità pubblica competente per la decisione, alla procedura prevista (compresi i dettagli relativi alla procedura di consultazione) e, se prevista, alla procedura di valutazione dell'impatto nazionale o transfrontaliero sull'ambiente⁹⁶.

La norma riferendosi al "*pubblico interessato*" sottolinea che l'avviso costituisce un diritto che viene riconosciuto non solo in capo ai soggetti che possono essere colpiti dalle decisioni (come invece prevede l'art. 7 della nostra legge sul procedimento amministrativo⁹⁷) ma, al contrario, l'informazione del procedimento è rivolta al "*pubblico che è coinvolto, o rischia di essere coinvolto, dalle decisioni prese in ambito ambientale op-*

⁹³ La disciplina dell' "*Accesso alle informazioni ambientali*" è regolata dall'art. 4 della Convenzione.

⁹⁴ L'art. 5 disciplina la "*Raccolta e diffusione delle informazioni ambientali*".

⁹⁵ Cfr. l'art. 6 è rubricato "*Partecipazione del pubblico alle decisioni relative ad attività specifiche*" e recita "*Ciascuna Parte: applica le disposizioni del presente articolo alle decisioni relative all'autorizzazione delle attività elencate nell'allegato I; in conformità del proprio diritto nazionale, applica inoltre le disposizioni del presente articolo alle decisioni relative ad attività non elencate nell'allegato I che possano avere effetti significativi sull'ambiente. A tal fine le Parti stabiliscono se l'attività proposta è soggetta a tali disposizioni [...]*".

⁹⁶ Cfr, art. 6, comma 2.

⁹⁷ Art. 7 l. 241/1990: "*L'avvio del procedimento stesso è comunicato (...) ai soggetti nei confronti dei quali il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti ed a quelli che per legge debbono intervenire*".

*pure che ha un interesse da far valere nei confronti del processo decisionale*⁹⁸.

La partecipazione è garantita, inoltre, dalla possibilità per gli interessati di presentare osservazioni o informazioni, di cui le autorità pubbliche devono tener conto⁹⁹.

Infine la partecipazione è disciplinata anche in relazione all'elaborazione di piani, programmi, politiche e atti normativi adottati dalle autorità pubbliche così come per l'elaborazione di regolamenti di attuazione e/o strumenti normativi giuridicamente vincolanti di applicazione generale¹⁰⁰.

Riconosciuto il diritto di informazione e di partecipazione, la Convenzione regola l'accesso alla giustizia garantito al cittadino interessato, tramite una procedura di revisione amministrativa o giurisdizionale, in caso di richiesta di informazione non presa in considerazione, respinta abusivamente o presa in considerazione in modo insufficiente¹⁰¹. La tutela, per espressa previsione di legge, deve avvenire in condizioni adeguate nel quadro della legislazione nazionale e quindi deve essere effettiva, equa, rapida, obiettiva e priva di ostacoli finanziari¹⁰².

L'accesso alla giustizia inoltre deve essere assicurato anche nel caso di violazione della procedura di partecipazione prevista dalla Convenzione¹⁰³.

Accanto a queste ipotesi, il Trattato prevede infine procedimenti di natura amministrativa o giurisdizionale per la risoluzione delle controversie relati-

⁹⁸ Art. 2, n. 5 Convenzione di Aarhus.

⁹⁹ Vedi art. 6, commi 7 e 8: *"Le procedure di partecipazione devono consentire al pubblico di presentare per iscritto o, a seconda dei casi, in occasione di audizioni o indagini pubbliche in presenza del richiedente, eventuali osservazioni, informazioni, analisi o pareri da esso ritenuti rilevanti ai fini dell'attività proposta.*

Ciascuna Parte provvede affinché, al momento dell'adozione della decisione, si tenga adeguatamente conto dei risultati della partecipazione del pubblico".

¹⁰⁰ Cfr. art. 7 della Convenzione che recita: *"Ciascuna Parte stabilisce le disposizioni pratiche e/o le altre disposizioni atte a consentire al pubblico di partecipare all'elaborazione di piani e programmi in materia ambientale in un quadro trasparente ed equo, dopo avergli fornito le informazioni necessarie [...]".* Inoltre ai sensi dell'art. 8: *"Ciascuna Parte si sforza di promuovere, in una fase adeguata e quando tutte le alternative sono ancora praticabili, l'effettiva partecipazione del pubblico all'elaborazione, ad opera delle autorità pubbliche, di regolamenti di attuazione e altre norme giuridicamente vincolanti di applicazione generale che possano avere effetti significativi sull'ambiente".*

¹⁰¹ Cfr. l'art. 9 comma 1 della Convenzione.

¹⁰² Cfr. art. 9, comma 4 della Convenzione di Aarhus.

¹⁰³ Vedi meglio art. 6, comma 2 della Convenzione.

ve ad azioni o ad omissioni di privati o di autorità pubbliche che infrangono le disposizioni legislative ambientali nazionali¹⁰⁴.

In ambito comunitario l'Unione Europea si è impegnata ad adottare i provvedimenti necessari per l'attuazione della Convenzione¹⁰⁵.

In particolare per l'ambito che qui maggiormente interessa, il secondo pilastro relativo alla partecipazione del pubblico alle procedure ambientali è stato recepito dalla Direttiva 2003/35/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, il 26 maggio 2003; quest'ultima, da una parte, prevede la partecipazione del pubblico nell'elaborazione di taluni piani e programmi in materia ambientale e, dall'altra, modifica le direttive del Consiglio 85/337/CEE e 96/61/CE relativamente alla partecipazione del pubblico e all'accesso alla giustizia¹⁰⁶.

La Corte di Giustizia è intervenuta nella materia in esame al fine di delineare più precisamente la direttiva comunitaria, sostenendo che *"l'obbligo di mettere a disposizione del pubblico informazioni pratiche sull'accesso alle procedure di ricorso amministrativo e giurisdizionale (...) come previsto all'art. 10 bis, sesto comma, della direttiva 85/337, inserito*

¹⁰⁴ Così l'art. 6, comma 3 della Convenzione.

¹⁰⁵ Per ulteriori previsioni a livello comunitario di forme di partecipazione, vedi Direttiva 85/337/CEE del Consiglio del 27 giugno 1985 concernente la valutazione dell'impatto ambientale di determinati progetti pubblici e privati, Direttiva 96/61/CE del Consiglio del 24 settembre 1996 sulla prevenzione e la riduzione integrate dell'inquinamento, Direttiva 2001/42/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 giugno 2001, concernente la valutazione degli effetti di determinati piani e programmi sull'ambiente, come in Direttiva 82/501/CEE del Consiglio, del 24 giugno 1982, sui rischi di incidenti rilevanti connessi con determinate attività industriali, in art. 14 Direttiva 2000/60/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2000, che istituisce un quadro per l'azione comunitaria in materia di acque, in art. 8 Direttiva 2002/49/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 giugno 2002, relativa alla determinazione e alla gestione del rumore ambientale - Dichiarazione della Commissione in sede di comitato di conciliazione sulla direttiva relativa alla valutazione ed alla gestione del rumore ambientale, in art. 11 Direttiva 2006/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 febbraio 2006, relativa alla gestione della qualità delle acque di balneazione e che abroga la direttiva 76/160/CEE, in art. 6 Direttiva 2006/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 marzo 2006, relativa alla gestione dei rifiuti delle industrie estrattive e che modifica la direttiva 2004/35/CE - Dichiarazione del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione, in Direttiva 2007/60/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007, relativa alla valutazione e alla gestione dei rischi di alluvioni (art. 9), in Direttiva 2008/56/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 giugno 2008, che istituisce un quadro per l'azione comunitaria nel campo della politica per l'ambiente marino - direttiva quadro sulla strategia per l'ambiente marino - (art. 19), in Direttiva 2008/98/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 novembre 2008, relativa ai rifiuti e che abroga alcune direttive (artt. 4 e 31).

¹⁰⁶ In C UE 31 gennaio 2008, in causa C-67-2007 la Corte dichiara l'inadempimento dell'Italia nell'attuazione della Direttiva 2003/35/CEE sottolineando l'importanza del rigoroso rispetto dei termini di attuazione delle direttive in materia.

*dall'art. 3, punto 7, della direttiva 2003/35, e all'art. 15 bis, sesto comma, della direttiva 96/61, inserito dall'art. 4, punto 4, della stessa direttiva, deve essere esaminato come un preciso obbligo di risultato, al cui adempimento gli Stati membri devono provvedere*¹⁰⁷.

Tale affermazione implica che lo Stato membro deve fornire la prova del raggiungimento del risultato, incorrendo altrimenti nella procedura di infrazione a suo carico.

E' significativo notare che i giudici comunitari hanno assunto un orientamento garantista anche in relazione all'accesso alla giustizia, precisando che i titolari di un interesse sufficiente per contestare un progetto e i titolari di diritti lesi dallo stesso devono sempre avere la possibilità di impugnare le decisioni di autorizzazione del progetto, a prescindere dal loro coinvolgimento nell'istruzione della domanda di autorizzazione¹⁰⁸.

L'importanza della partecipazione nei procedimenti ambientali emerge a livello nazionale dal decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152; il decreto è dedicato alle *"Norme in materia ambientale"*¹⁰⁹ e disciplina in numerose disposizioni molteplici forme di coinvolgimento dell'interessato¹¹⁰.

La giurisprudenza italiana interviene precisando che la violazione delle norme sull'informazione e sulla partecipazione comporta l'illegittimità delle decisioni adottate. In particolare in una causa per l'impugnazione del decreto del Ministero delle Attività Produttive contenente l'autorizzazione unica rilasciata per la realizzazione e gestione di un terminale galleggiante di rigassificazione di gas naturale liquido (costituito da una nave stabilmente ancorata in mare al largo della costa toscana tra Pisa e Livorno, e

¹⁰⁷ C UE, 16 luglio 2009, in causa C-427/2007.

¹⁰⁸ C UE, 15 ottobre 2009, in causa C-263/2008: *"I membri del pubblico interessato, a norma degli artt. 1, n. 2, e 10 bis della direttiva 85/337 devono poter impugnare la decisione con cui un organo appartenente all'organizzazione giudiziaria di uno Stato membro si è pronunciato in merito ad una domanda di autorizzazione di un progetto, a prescindere dal ruolo che hanno potuto svolgere nell'istruzione di detta domanda prendendo parte al procedimento dinanzi a detto organo e facendo valere la propria posizione in tale occasione"*.

¹⁰⁹ Ma vedi anche le altre discipline in tema di partecipazione: art. 23, Decreto Legislativo 17 agosto 1999, n. 334 *"Attuazione della direttiva 96/82/CE relativa al controllo dei pericoli di incidenti rilevanti connessi con determinate sostanze pericolose"*, art. 11, Legge 22 febbraio 2001, n. 36 *"Legge quadro sulla protezione dalle esposizioni a campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici"*, art. 4, Decreto Legislativo 1 agosto 2003, n. 259 *"Codice delle comunicazioni elettroniche"*.

¹¹⁰ Vedi gli artt. 3 sexies *"Diritto di accesso alle informazioni ambientali e di partecipazione a scopo collaborativi"*, 9 *"Norme procedurali generali"*, 14 *"Consultazione"*, 34 *"Norme tecniche, organizzative e integrative"*, 60 *"Competenze dell'Istituto superiore per la protezione e la ricerca ambientale – APAT"*.

collegata a terra attraverso un gasdotto sottomarino), il T.A.R. sottolinea che il rispetto delle prescrizioni relative all'informativa ambientale e alla partecipazione del pubblico prescritti dalla normativa nazionale non esime dall'obbligo degli adempimenti ai sensi dell'art. 6 della Convenzione di Aarhus e per tale motivo annulla l'impugnato decreto ministeriale¹¹¹.

Nella stessa direzione i giudici amministrativi hanno dichiarato l'illegittimità della deliberazione della Giunta Provinciale per violazione dell'onere della pubblicità e quindi per mancato rispetto del diritto all'informazione e alla partecipazione¹¹².

Le considerazioni svolte evidenziano che la partecipazione in materia ambientale costituisce un elemento essenziale; in siffatti procedimenti infatti viene esercitato un potere discrezionale, trattandosi di decisioni che implicano una scelta nel bilanciamento degli interessi in gioco.

Per questo motivo l'art. 21 octies è difficilmente applicabile nell'ambito in questione in cui *"la previsione della partecipazione obbligatoria non costituisce mero elemento formale ma è norma a contenuto sostanziale finalizzata a incidere sul contenuto del provvedimento"*¹¹³. L'art. 21 octies inoltre, nella parte in cui elimina la possibilità dell'annullamento dell'atto viziato, riduce la giustiziabilità delle pretese del cittadino garantite a livello internazionale e comunitario.

In questo modo la norma si pone in contrasto con la normativa della Convenzione e con le relative Direttive di attuazione. Inoltre la violazione del diritto internazionale e di quello comunitario costituisce una violazione della Costituzione, che all'art. 117 obbliga la potestà legislativa statale al

¹¹¹ T.A.R. Toscana, II, 30 luglio 2008, 1870: *"L'osservanza, in fase di v.i.a., di quanto prescritto dall'art. 6 l. 8 luglio 1986 n. 349 ai fini dell'informativa ambientale e della partecipazione del pubblico (pubblicazione dell'annuncio dell'avvenuta comunicazione del progetto, a cura del committente, sul quotidiano più diffuso nella Regione territorialmente interessata, nonché su un quotidiano a diffusione nazionale; concessione di un termine per la presentazione delle osservazioni pari a 30 giorni dall'annuncio della comunicazione del progetto) non sostituisce gli adempimenti imposti, in tema di informazione ambientale e di partecipazione del pubblico, dall'art. 6 della Convenzione di Aarhus del 25 giugno 1998, ratificata dall'Italia con la l. 16 marzo 2001 n. 108, e dall'art. 23 d.lg. 17 agosto 1999 n. 334, ove applicabili"*.

¹¹² T.A.R. Trentino Alto Adige, Trento, 9 ottobre 1997: *"È illegittima la deliberazione della Giunta provinciale con la quale è stata espressa la valutazione positiva sulla compatibilità ambientale di un progetto di collegamento stradale laddove non siano stati pubblicati sul Bollettino Ufficiale della Regione e sulla stampa locale gli avvisi relativi al deposito del progetto in questione in violazione dell'art. 4 l. prov. 29 agosto 1988 n. 28 e dell'art. 5 d.P.G.P. 22 novembre 1989 n. 13"*.

¹¹³ In particolare vedi M. A. Sandulli, *"Codice dell'azione amministrativa"*, p. 1327, Giuffrè Editore, 2011.

rispetto dei vincoli internazionali e di quelli derivanti dall'ordinamento comunitario¹¹⁴.

La conseguenza della violazione è la necessaria disapplicazione della norma interna in contrasto e per questo si ritiene che la disciplina in questione non sia destinata ad avere efficacia nei procedimenti ambientali. Ancora, si afferma, *"riguardo alla limitazione al campo ambientale delle norme che divergono dall'art. 21-octies si rileva che, in prospettiva, appare francamente impossibile circoscrivere gli illustrati precetti comunitari al solo – ma comunque assai vasto- settore ambientale"*¹¹⁵. Tale considerazione appare significativa al fine di sottolineare la scelta poco opportuna fatta da parte del nostro legislatore con l'introduzione di una normativa destinata a non avere applicazione anche oltre l'ambito ambientale.

SECONDA PARTE

La disciplina tedesca dell'annullabilità del provvedimento amministrativo.

IV. Il § 46 VwVfG "Folgen von Verfahrens- und Formfehlern".

1. La versione originaria del 1976: *"keine andere Entscheidung"*.

La previsione dell'art. 21 octies della legge sul provvedimento amministrativo italiana (l. 241/1990) ricopia una disposizione del sistema tedesco e, in particolare, il § 46 VwVfG nella versione originaria della legge, ovvero nel testo del 1976 prima della modifica intervenuta con la legge di accelerazione dei procedimenti di autorizzazione del 1996 (*"Genehmigungsverfahrensbeschleunigungsgesetz"*, GenBeschG).

Anche nell'ordinamento tedesco, infatti, esiste una disciplina, frutto di un dibattito dottrinale e giurisprudenziale, alla base della quale c'è il medesimo presupposto presente nell'art. 21 octies della legge italiana: ovvero l'esclusione della sanzione caducatoria dell'annullamento pur in presenza di provvedimenti viziati.

Nello specifico: la prima versione della norma stabiliva che, qualora l'atto non risultasse nullo ai sensi del § 44 VwVfG, non si potesse chiedere

¹¹⁴ F. Fracchia – M. Occhiena, *"Teoria dell'invalidità dell'atto amministrativo e art. 21-octies, legge 241/1990: quando il legislatore non può e non deve"*, in www.giustamm.it.

¹¹⁵ F. Fracchia – M. Occhiena, *op. cit.*

l'annullamento dell'atto amministrativo per il solo fatto che esso violasse disposizioni sulla forma, sulla competenza o sul procedimento, ove non fosse stato possibile adottare nessun'altra decisione¹¹⁶.

La disciplina ha quindi l'effetto di introdurre un'eccezione ai principi generali secondo i quali l'interessato ha la possibilità ai sensi § 113 Abs. 1 VwGO di chiedere l'annullamento dell'atto amministrativo viziato.

1.1. L'interpretazione giurisprudenziale: l'estensione alle ipotesi di amministrazione discrezionale.

La formulazione iniziale della norma che regola le conseguenze dei vizi del procedimento e della forma ha provocato problemi interpretativi in relazione all'espressione "*keine andere Entscheidung*"; i giudici tedeschi si sono trovati di fronte al problema se escludere l'annullamento solo nel caso di assenza di alternative "di diritto" oppure estendere l'esclusione anche nel caso di assenza di alternative "di fatto"¹¹⁷.

La questione è stata risolta nel senso di un utilizzo della disciplina sull'irrelevanza dei vizi formali anche nell'ipotesi in cui una decisione viziata non avrebbe potuto essere diversa per ragioni di fatto; quindi la verifica attiene l'assenza di alternative con una valutazione sul piano fattuale e non sul piano delle alternative di diritto.

L'opera della giurisprudenza amministrativa ha dunque comportato un'estensione della disposizione che sancisce il superamento dei vizi di forma e di procedimento: essa, infatti, è stata invocata non solo per gli atti di amministrazione vincolata¹¹⁸, ma anche per "concetti giuridici indefiniti"¹¹⁹, per le ipotesi di "*Ermessensreduzierung auf Null*"¹²⁰ e infine an-

¹¹⁶ La versione originaria del § 46 VwVfG recitava: „*Die Aufhebung eines Verwaltungsaktes, der nicht nach §44 nichtig ist, kann nicht allein deshalb beansprucht werden, weil er unter Verletzung von Vorschriften ueber das Verfahren, die Form oder die oertliche Zustaendigkeit zustande gekommen ist, wenn keine andere Entscheidung in der Sache haette getroffen werden koennen*“. Cfr. La traduzione italiana di D. U. Galetta, "*Violazione di norme sul procedimento amministrativo e annullabilità del provvedimento*".

¹¹⁷ Vedi ad esempio BVerwG, in BVerwGE 78, p. 347 ss. Più dettagliatamente vedi di D. U. Galetta, "*Violazione di norme sul procedimento amministrativo e annullabilità del provvedimento*".

¹¹⁸ „*Gesetzlich bestimmt gebundene Verwaltung*“.

¹¹⁹ „*Unbestimmte Rechtsbegriffe*“. La dottrina tedesca ha individuato i "*concetti giuridici indefiniti*", al fine di ridurre le ipotesi di divieto di sindacato del giudice sugli atti dell'amministrazione. Con tale concetto, infatti, si sostiene che l'attività interpretativa della norma, pur essendo caratterizzata dall'utilizzo di concetti indefiniti, è sindacabile ad opera del giudice. Se si ritiene che il § 46 VwVfG sia applicabile anche ai "*concetti giuridici indefiniti*", si ammette quindi di riconoscere al giudice il potere di individuare l'unica interpretazione corretta che rende irri-

che ai casi di amministrazione discrezionale¹²¹, in contrasto con l'orientamento della dottrina tedesca che sottolineava l'importanza di un'applicazione della norma alle ipotesi di sola amministrazione vincolata¹²².

2. La modifica ad opera della legge di accelerazione dei procedimenti di autorizzazione (GenBeschG) del 1996.

Secondo la disciplina attuale sulle conseguenze dei vizi procedurali e formali prevista dal § 46 VwVfG¹²³, l'annullamento dell'atto non può essere richiesto se esso viola norme di procedura, di forma o di competenza territoriale, che non determinano la nullità dell'atto ai sensi del § 44 VwVfG, qualora risulti evidente che la violazione non abbia influito sul contenuto della decisione.

La previsione normativa è chiara nel precisare che una l'esclusione si basa sul principio di evidenza (*"wenn offensichtlich ist"*) per il quale deve essere escluso chiaramente l'influsso del vizio sulla decisione.

L'attuale versione della norma è stata introdotta dalla citata legge di accelerazione del procedimento amministrativo del 1996 e si distingue dalla versione originaria perché quest'ultima escludeva l'annullabilità dell'atto amministrativo *"qualora non sarebbe stata possibile nessun'altra decisione"*. Dall'esame dei lavori parlamentari alla base della modifica legislativa emerge l'intento del legislatore di consolidare gli orientamenti della giurisprudenza che avevano esteso l'ambito di applicazione della disciplina in esame, codificando il principio sulla assenza di alternative di fatto. La nuova versione della norma infatti, sostituendo alla previsione secondo la quale

vante il vizio. Vedi più dettagliatamente D. U. Galetta, *"Violazione di norme sul procedimento amministrativo e annullabilità del provvedimento"*.

¹²⁰ Vedi Maurer, *"Allgemeines Verwaltungsrecht"*. Tale espressione letteralmente significa "azzeramento della discrezionalità"; la dottrina tedesca vuole indicare le ipotesi in cui l'Amministrazione, pur avendo a livello teorico una discrezionalità nell'adozione dell'atto, nella realtà del caso concreto tale discrezionalità risulta azzerata perché priva di alternative.

Cfr D. U. Galetta, *"Violazione di norme sul procedimento amministrativo e annullabilità del provvedimento"*.

¹²¹ Vedi ad esempio BVerwG, in BVerwGE 100, p. 238 ss.

¹²² Hufen, *"Fehler im Verwaltungsverfahren"*.

¹²³ Ai sensi del § 46 VwVfG: *"Die Aufhebung eines Verwaltungsaktes, der nicht nach § 44 nichtig ist, kann nicht allein deshalb beansprucht werden, weil er unter Verletzung von Vorschriften über das Verfahren, die Form oder die örtliche Zuständigkeit zustande gekommen ist, wenn offensichtlich ist, dass die Verletzung die Entscheidung in der Sache nicht beeinflusst hat"*. Cfr. La traduzione di D. U. Galetta, in *"La legge tedesca sul procedimento amministrativo (Verwaltungsverfahrensgesetz)"*.

“l’annullamento non può essere chiesto nel caso non sarebbe stato possibile adottare nessun’altra decisione” con la previsione che “l’annullamento non può essere chiesto ove risulti in maniera palese che la violazione non abbia influito sul contenuto della decisione”, ha avuto l’effetto di ampliare l’ambito di esclusione dell’annullabilità degli atti amministrativi per vizi formali, e quindi l’irrelevanza dei vizi formali e procedurali¹²⁴.

2.1. Le questioni problematiche: il sindacato del giudice e il rimborso delle spese.

Tra i punti delicati della nuova disciplina si sottolinea in primo luogo la questione del sindacato del giudice che si trova a dover svolgere una valutazione sulla decisione adottata dall’Amministrazione, ripercorrendo le fasi da quest’ultima seguite¹²⁵.

Da ciò consegue necessariamente un rallentamento dell’attività nelle aule di giustizia, in contrasto con l’intenzione in termini di accelerazione dell’azione amministrativa alla base della legge del 1996.

In secondo luogo è emersa nella dottrina tedesca l’esigenza di estendere la disciplina relativa alle spese processuali -prevista in caso di sanatoria ai sensi del § 80 VwVfG- alla norma in questione¹²⁶; la disciplina del rimborso delle spese, da applicare al ricorso in via amministrativa, prevede infatti l’obbligo in capo all’Amministrazione di rimborsare le spese al ricorrente, anche nel caso in cui il ricorso non sia stato accolto per l’applicazione della sanatoria.

Tuttavia la proposta della dottrina non ha trovato l’appoggio della giurisprudenza e il ricorrente si trova quindi a dover sostenere le spese processuali in seguito alla soccombenza nel processo, nonostante il provvedimento viziato.

2.2. Il “procedimento preliminare” ai sensi del VwGO.

L’applicazione della norma in esame è caratterizzata dalla necessità del previo espletamento di un ricorso in via amministrativa per poter poi ri-

¹²⁴ Vedi BTDrucks, 13/3995, p. 8. e Cfr D. U. Galetta, “Violazione di norme sul procedimento amministrativo e annullabilità del provvedimento”.

¹²⁵ Il giudizio di fronte al quale si trova il giudice è stato paragonato dalla dottrina tedesca a un “gioco della lotteria” („Lotteriespiel”); Cfr. Hufen, „Fehler im Verwaltungsverfahren”. Vedi più nel dettaglio D. U. Galetta, “Violazione di norme sul procedimento amministrativo e annullabilità del provvedimento”.

¹²⁶ Knack, „Verwaltungsverfahrensgesetz- Kommentar”. Cfr. anche D. U. Galetta, “Violazione di norme sul procedimento amministrativo e annullabilità del provvedimento”, Giuffrè 2003.

correre davanti al giudice, regolato dal § 68 VwGO; la norma è rubricata *“procedimento preliminare”* e prevede che *“prima della proposizione dell’azione di impugnazione devono essere riesaminate la legittimità e l’opportunità dell’atto amministrativo in un procedimento preliminare”*¹²⁷.

La norma prosegue elencando tre casi in cui il riesame non è necessario, ovvero nel caso in cui lo preveda la legge, qualora l’atto amministrativo sia stato emanato da una massima autorità federale o dal Land e, infine, se la decisione di accoglimento o la decisione sull’opposizione contiene per la prima volta una lesione.

Secondo il § 69 VwGO il procedimento in questione ha inizio con l’*“opposizione”*¹²⁸ da proporre all’autorità che ha emanato l’atto entro un termine definito dalla legge¹²⁹.

Il procedimento preliminare prevede inoltre l’*“audizione”* prima dell’emanazione della decisione nel caso in cui l’annullamento o la modifica dell’atto comportino per la prima volta una lesione all’interessato¹³⁰.

Infine i §§ 72 e 73 disciplinano rispettivamente la *“decisione di accoglimento”* e la *“decisione sull’opposizione”*; mentre nel primo caso l’autorità ritiene fondata l’opposizione, annulla il provvedimento viziato e decide in merito alle spese, nella seconda ipotesi l’autorità non accoglie l’opposizione. In caso di rigetto, la decisione sull’opposizione può essere emanata dall’autorità immediatamente superiore, o da altra autorità superiore determinata dalla legge; dall’autorità che ha emanato l’atto, nel caso in cui l’autorità immediatamente superiore sia una massima autorità federale o di un Land; infine, dall’autorità di amministrazione autonoma, in questioni di amministrazione autonoma¹³¹.

Durante il procedimento preliminare obbligatorio si assiste di frequente alla sanatoria dei vizi ai sensi del § 45 VwVfG¹³²; infatti il procedimento preliminare, poiché costituisce un procedimento amministrativo, risulta uno strumento funzionale all’Amministrazione per operare la sanatoria dato che le è permesso decidere anche nel merito senza alcuna limitazione.

¹²⁷ Traduzione di Falcon, Fraenkel, *“Ordinamento processuale amministrativo tedesco”*.

¹²⁸ La *„Widerspruch”* è regolata nel § 69 VwGO rubricato *„Beginn des Vorverfahrens”*.

¹²⁹ La disciplina è prevista dal § 70 VwGO: *„Widerspruchsfrist”*.

¹³⁰ Così come previsto dal § 71 VwGO: *„Anhoerung”*.

¹³¹ Vedi i §§ 72 e 73 VwGO che sono rubricati rispettivamente *„Abhilfe durch Behoerde”* e *„Widerspruchsbescheid”*.

¹³² Hufen, *„Fehler im Verwaltungsverfahren”*. Per un maggior approfondimento vedi D. U. Galetta, *“Violazione di norme sul procedimento amministrativo e annullabilità del provvedimento”*.

2.3. L'irrelevanza dei vizi ai sensi § 75 Abs. la VwVfG.

Nel contesto dell'irrelevanza dei vizi è significativa un'ulteriore disposizione: il § 75 Abs. la VwVfG¹³³.

La norma, introdotta dalla legge di accelerazione dei procedimenti amministrativi (GenBeschG), è rubricata *"Effetti giuridici dell'approvazione del piano"* e si colloca nella Parte V della legge tedesca sul procedimento amministrativo, dedicata ai *"Procedimenti speciali"*¹³⁴, nella sezione relativa al procedimento di formazione e deliberazione dei piani urbanistici¹³⁵; essa regola l'ipotesi in cui la valutazione di interessi pubblici e privati riguardante il progetto sia affetto da vizi, considerati rilevanti solo qualora siano evidenti ed abbiano influito sull'esito della valutazione.

Anche in questo caso come già visto in relazione al § 46 VwVfG, si fa riferimento al principio di evidenza (*"wenn sie offensichtlich ... sind"*) e al principio di causalità (*"wenn sie ... auf das Abwaegungsergebnis von Einfluß gewesen sind"*)¹³⁶.

La norma prevede, inoltre, che i vizi ritenuti rilevanti determinano l'annullamento della delibera di approvazione del piano solo nel caso in cui non possano essere sanati. Una volta che i vizi abbiano superato il vaglio della rilevanza, l'annullamento è l'*extrema ratio*, dato che bisognerà in primo luogo tentare una sanatoria attraverso un'integrazione del piano.

3. L'esame dei profili di compatibilità del § 46 VwVfG con il rispetto della tutela del cittadino nel procedimento amministrativo.

Dall'analisi del § 46 VwVfG della disciplina tedesca sull'irrelevanza dei vizi formali e procedurali emerge il contrasto con il sistema di previsioni legislative poste a tutela dei c.d. *"Verfahrensrechte"*¹³⁷.

¹³³ Il § 75 rubricato *"Rechtswirkungen der Planfeststellung"* al comma la recita *"Mängel bei der Abwägung der von dem Vorhaben berührten öffentlichen und privaten Belange sind nur erheblich, wenn sie offensichtlich und auf das Abwägungsergebnis von Einfluss gewesen sind. Erhebliche Mängel bei der Abwägung führen nur dann zur Aufhebung des Planfeststellungsbeschlusses oder der Plangenehmigung, wenn sie nicht durch Planergänzung oder durch ein ergänzendes Verfahren behoben werden können"*. Cfr. la traduzione di D. U. Galetta, in *"La legge tedesca sul procedimento amministrativo (Verwaltungsverfahrensgesetz)"*.

¹³⁴ Teil V: *"Besondere Verfahrensarten"*.

¹³⁵ Abschnitt 2: *"Planfeststellungsverfahren"*.

¹³⁶ Maurer, *"Allgemeines Verwaltungsrecht"*, a proposito del § 46 VwVfG.

¹³⁷ Ovvero i *"diritti procedurali"*. Cfr. Becker, *"La sanatoria dei vizi formali del procedimento amministrativo tedesco"*, nella relazione tenuta presso il Convegno organizzato dall'AGATIF.

La disciplina sancita dal § 46, prevedendo l'irrelevanza del vizio, ne determina il suo superamento non curandosi delle garanzie per il ricorrente. Questo esito ha determinato nell'ordinamento tedesco una dequotazione sostanziale dei diritti del cittadino nel procedimento amministrativo; per questo motivo è stato affermato dalla dottrina tedesca che *"Ciò che viene dato con una mano, viene di nuovo tolto con l'altra mano"*.¹³⁸

V. La sanatoria dei vizi procedimentali e formali.

1. La disciplina positiva ai sensi del § 45 VwVfG.

La sanatoria nell'ordinamento tedesco è prevista dal § 45 VwVfG¹³⁹ che disciplina la violazione di disposizioni di natura procedimentale o formale, alla quale si può porre rimedio attraverso atti amministrativi successivi che eliminino il vizio¹⁴⁰.

Questo meccanismo fornisce dunque un'alternativa all'annullamento previsto dal § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO, al quale si ricorre, secondo i principi generali, per far valere l'illegittimità dell'atto amministrativo¹⁴¹.

La sanatoria dell'atto amministrativo, come precisa la norma, è subordinata al fatto che il vizio non causi la nullità dell'atto ai sensi del § 44 VwVfG, essendo altrimenti il provvedimento inesistente. D'altra parte è sempre possibile ogni tipo di correzione da parte dell'Amministrazione prima che l'atto sia efficace, ovvero prima della sua notifica come previsto dal § 43 Abs. 1 VwVfG¹⁴².

¹³⁸ Maurer, *„Allgemeines Verwaltungsrecht“*: *„Was mit der einen Hand gegeben wird, wird mit der anderen Hand wieder genommen“*.

¹³⁹ La norma del § 45 è rubricata *„Heilung von Verfahrens- und Formfehlern“*.

¹⁴⁰ Con efficacia *ex tunc* secondo Maurer, *„Allgemeines Verwaltungsrecht“*.

¹⁴¹ Il § 113 VwGo recita: *„Urteilstenor: Soweit der Verwaltungsakt rechtswidrig und der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt ist, hebt das Gericht den Verwaltungsakt und den etwaigen Widerspruchsbescheid auf“*.

¹⁴² Rubricato *„Wirksamkeit des Verwaltungsaktes“*, ovvero *“efficacia dell'atto amministrativo”*, come traduce D. U. Galetta, in *“La legge tedesca sul procedimento amministrativo (Verwaltungsverfahrensgesetz)”*.

La norma che regola la sanatoria, in particolare, disciplina cinque ipotesi nelle quali essa è ammissibile¹⁴³; si tratta di casi nei quali il vizio viene eliminato in seguito a un'attività successiva conforme alle prescrizioni di legge.

Secondo il § 45 Abs. 1 Nr. 1 VwVfG essa è possibile ove l'istanza necessaria per il rilascio dell'atto amministrativo venga presentata in un momento successivo.

Questa previsione va riferita al § 22 Satz 2 Nr. 2 VwVfG che regola l'ipotesi in cui l'autorità, secondo quanto previsto dalle disposizioni di legge, possa rilasciare un atto solo sulla base di un'istanza; nel caso in cui quest'ultima non sia stata presentata, è impedito all'autorità di procedere.

La prima ipotesi di sanatoria riconosce quindi al cittadino la facoltà di scegliere se sanare l'atto presentando l'istanza successivamente, ovvero ricorrere all'autorità giudiziaria per l'annullamento del provvedimento viziato: il cittadino è arbitro della vicenda, poiché non gli può essere imposto un atto amministrativo favorevole, a cui non è però interessato.

La seconda ipotesi di sanatoria (§ 45 Abs. 1 Nr. 2 VwVfG) prevede la presentazione successiva della motivazione richiesta.

Ai sensi del § 39 Abs. 1 VwVfG un atto amministrativo scritto deve sempre contenere la motivazione con l'indicazione delle ragioni essenziali, di diritto e di fatto, alla base della decisione dell'autorità. Se si tratta di decisioni discrezionali, inoltre, dalla motivazione devono emergere i presupposti dai quali l'Autorità è partita nell'esercizio del proprio potere discrezionale. L'obbligo generale di motivazione subisce delle eccezioni, da intendersi di stretta interpretazione, nelle quali la motivazione non è richiesta (§ 39 Abs. 2).

Tale disposizione, come si vedrà in seguito, va distinta da quanto previsto nell'ambito processuale dal § 114 Satz 2 VwGO; la norma si riferisce al dif-

¹⁴³ La norma al primo comma disciplina i cinque casi in cui è possibile la sanatoria del vizio: *„Eine Verletzung von Verfahrens- oder Formvorschriften, die nicht den Verwaltungsakt nach § 44 nichtig macht, ist unbeachtlich, wenn*

1. der für den Erlass des Verwaltungsaktes erforderliche Antrag nachträglich gestellt wird;

2. die erforderliche Begründung nachträglich gegeben wird;

3. die erforderliche Anhörung eines Beteiligten nachgeholt wird;

4. der Beschluss eines Ausschusses, dessen Mitwirkung für den Erlass des Verwaltungsaktes erforderlich ist, nachträglich gefasst wird;

5. die erforderliche Mitwirkung einer anderen Behörde nachgeholt wird“.

Cfr. la traduzione di D. U. Galetta, in *“La legge tedesca sul procedimento amministrativo (Verwaltungsverfahrensgesetz)“*.

ferente caso in cui l'autorità amministrativa che agisce nell'esercizio della propria discrezionalità è autorizzata a integrare le proprie valutazioni durante il processo¹⁴⁴. La distinzione da quanto previsto dal § 45 Abs. 1 Nr. 2 VwVfG consiste nel fatto che nella norma processuale la motivazione viene originariamente fornita, anche se l'amministrazione ha la facoltà di integrarla con nuovi motivi.

Il terzo caso di sanatoria (§ 45 Abs. 1 Nr. 3 VwVfG) disciplina l'ipotesi in cui l'audizione dell'interessato venga recuperata successivamente.

La previsione generale contenuta nel § 28 VwVfG regola l'ipotesi di un atto amministrativo che interferisca con i diritti di una parte la quale deve avere la possibilità prima dell'emanazione del provvedimento di esprimersi in relazione alla decisione da adottarsi. La norma prevede però delle eccezioni che permettono l'esclusione dell'audizione (Abs. 2); in particolare ciò avviene quando essa non è imposta dalle circostanze del caso, quando è necessaria una decisione immediata a causa della presenza di un pericolo o in nome dell'interesse pubblico, quando l'audizione comporta l'inosservanza di un termine determinante per la decisione, quando l'autorità ha il divieto di discostarsi dalle indicazioni di fatto fornite da una parte, quando si tratta di un provvedimento amministrativo generale e, infine, quando si tratta dell'adozione di provvedimenti ad esecuzione forzata. La norma conclude con l'esclusione dell'audizione in presenza di un interesse pubblico di natura cogente.

Nel caso di violazione di questa disposizione, la legge, prevedendo la sanatoria di tale vizio, ammette un'audizione successiva a condizione che sia ancora raggiungibile lo scopo dell'audizione e quindi che sia possibile un riesame della decisione alla luce di nuove osservazioni dell'interessato.

In relazione alla seconda e terza ipotesi di sanatoria, la norma precisa che qualora la violazione dell'obbligo di audizione e di motivazione determini la decorrenza del termine per impugnare l'atto amministrativo illegittimo, tale inosservanza viene considerata non colpevole. In questo caso quindi il momento da considerare per la nuova decorrenza del termine ai sensi del § 32 Abs. 2 è determinato dalla realizzazione dell'attività omessa¹⁴⁵.

¹⁴⁴ Ai sensi del § 114 VwGo [...] „Die Verwaltungsbehörde kann ihre Ermessenserwägungen hinsichtlich des Verwaltungsaktes auch noch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren ergänzen“. Traduzione di Falcon, Fraenkel, *“Ordinamento processuale amministrativo tedesco”*.

¹⁴⁵ Il comma 3 recita: „Fehlt einem Verwaltungsakt die erforderliche Begründung oder ist die erforderliche Anhörung eines Beteiligten vor Erlass des Verwaltungsaktes unterblieben und ist dadurch die rechtzeitige Anfechtung des Verwaltungsaktes versäumt worden, so gilt die Versäumung der Rechtsbehelfsfrist als nicht verschuldet. Das für die Wiedereinsetzungsfrist nach

Le ultime due ipotesi di sanatoria, infine, riguardano l'intervento successivo di un organo collegiale, la cui delibera è richiesta per l'emanazione dell'atto amministrativo (Nr. 4) e la successiva partecipazione di un'altra autorità nel caso di un atto amministrativo complesso (Nr. 5).

1.1. Le questioni problematiche: l'ambito di applicazione e l'estensione del termine per la sanatoria.

Una prima questione che si pone in relazione al § 45 VwVfG riguarda il suo ambito di applicazione e quindi la possibilità che la sanatoria possa operare anche in ulteriori ipotesi di vizi formali o procedurali, oltre quelle espressamente previste dalla norma in esame.

A tale riguardo, nonostante l'indirizzo prevalente fosse in un primo momento nella direzione di un'applicazione della sanatoria limitata alle ipotesi espressamente previste dalla norma, dottrina e giurisprudenza ammettono un'applicazione estensiva, consentendo adempimenti successivi in sanatoria almeno per i vizi di uguale o minore rilevanza rispetto a quelli elencati¹⁴⁶.

Un ulteriore punto delicato della disciplina in questione riguarda il termine temporale entro il quale è ammessa la sanatoria delle violazioni procedurali e formali.

Nella versione originaria il § 45 Abs. 2 VwVfG ammetteva la sanatoria fino alla conclusione del procedimento preliminare di opposizione (§ 68 ff. VwGO), ovvero, in caso di mancanza di quest'ultimo, fino alla presentazione del ricorso all'autorità giudiziaria; quindi, la conclusione del procedimento amministrativo rappresentava il limite ultimo per la riparazione di atti di cui al § 45 VwVfG.

Tale previsione era conforme al dettato della *Grundgesetz* e in particolare all'art. 20 Abs. 3 GG nella parte in cui prevede che l'Amministrazione sia legata alla legge e al diritto, obbligandola quindi ad agire in sanatoria prima dell'inizio processo¹⁴⁷.

§ 32 Abs. 2 maßgebende Ereignis tritt im Zeitpunkt der Nachholung der unterlassenen Verfahrenshandlung ein". Cfr. la traduzione di D. U. Galetta, in "La legge tedesca sul procedimento amministrativo (Verwaltungsverfahrensgesetz)".

¹⁴⁶ Per un maggior approfondimento vedi D. U. Galetta, "Violazione di norme sul procedimento amministrativo e annullabilità del provvedimento", Giuffrè 2003.

¹⁴⁷ Cfr. Becker, "La sanatoria dei vizi formali del procedimento amministrativo tedesco", nella relazione tenuta presso il Convegno organizzato dall'AGATIF.

La legge di accelerazione del procedimento amministrativo del 1996 (GenBeschG)¹⁴⁸ ha modificato questo termine ammettendo la sanatoria fino alla conclusione del procedimento davanti all'autorità giudiziaria¹⁴⁹.

Nella dottrina tedesca la modifica del termine per la sanatoria ha fatto sorgere un interrogativo: la possibilità di ripetere gli atti per operare la sanatoria dei vizi procedurali e formali anche nel corso del processo giudiziario non equivale forse all'affermazione che è ammessa la sanatoria per l'eliminazione del vizio senza alcun vincolo temporale¹⁵⁰?

Inoltre un punto poco chiaro riguarda la questione se l'Amministrazione possa far valere la sanatoria solo nel corso del giudizio di primo e secondo grado oppure anche nel corso del procedimento davanti al Bundesverwaltungsgericht e quindi in ultima istanza.

Per la risoluzione dell'interrogativo potrebbe essere significativo il § 137 Abs. 2 VwGO, ai sensi del quale *"Il Tribunale amministrativo federale è vincolato agli accertamenti di fatto contenuti nella sentenza impugnata"*, norma che spinge verso la prima ipotesi (ovvero verso un'operatività della sanatoria solo in primo e secondo grado)¹⁵¹.

Le discussioni che hanno accompagnato l'estensione del termine per la sanatoria hanno per oggetto le conseguenze sulla neutralità del giudice amministrativo¹⁵².

Le maggiori perplessità, tuttavia, sono state mosse in relazione alla possibilità di una motivazione successiva. In tale caso, infatti, appare in pericolo la posizione del privato nei confronti di un provvedimento che egli ri-

¹⁴⁸ La modifica è intervenuta ad opera dell'art. 1 n. 3 della già citata *"Genehmigungsverfahrensbeschleunigungsgesetz"*, del 12 Settembre 1996 (BGBl. I S. 1354).

¹⁴⁹ L'attuale comma 2 del § 45 recita infatti: *"Handlungen nach Absatz 1 können bis zum Abschluss der letzten Tatsacheninstanz eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens nachgeholt werden"*. Cfr. la traduzione di D. U. Galetta, in *"La legge tedesca sul procedimento amministrativo (Verwaltungsverfahrensgesetz)"*.

¹⁵⁰ Cfr. Becker, *"La sanatoria dei vizi formali del procedimento amministrativo tedesco"*, nella relazione tenuta presso il Convegno organizzato dall'AGATIF.

¹⁵¹ La traduzione è di Falcon, Fraenkel, *"Ordinamento processuale amministrativo tedesco"*. Vedi inoltre D. U. Galetta, *"Violazione di norme sul procedimento amministrativo e annullabilità del provvedimento"*.

¹⁵² D. U. Galetta, in *"Violazione di norme sul procedimento amministrativo e annullabilità del provvedimento"*, che rinvia a Schaefer, *"Heilung von Verfahrens- und Formfehlern"* e dottrina ivi richiamata, afferma: *"si è infatti sottolineato come la nuova disciplina abbia l'effetto di mettere in dubbio la stessa garanzia costituzionale di neutralità del giudice amministrativo"*.

tiene illegittimo ma che è privo delle ragioni di fatto e di diritto che stanno alla base¹⁵³.

Infine una critica è stata mossa in relazione alla posizione del cittadino, aggravata dal § 161 VwGO¹⁵⁴, ai sensi del quale la decisione sulle spese è rimessa a una valutazione discrezionale del giudice. Sarebbe stata al contrario auspicabile una disciplina che prevedesse la condanna dell'Amministrazione al pagamento delle spese processuali per il mancato accoglimento del ricorso in seguito alla sanatoria in corso di giudizio ai sensi del § 45 VwVfG. La proposta di modifica del § 155 VwGO orientata in tale senso non è tuttavia stata accolta¹⁵⁵.

La disciplina sulle spese nel processo amministrativo si differenzia quindi da quanto previsto nei ricorsi in via amministrativa per i quali il § 80 VwVfG disciplina il rimborso delle spese non solo quando il ricorso amministrativo sia stato accolto, ma anche qualora il rimborso non sia stato accolto perché ai sensi del § 45 la violazione di previsioni sul procedimento o sulla forma risulta irrilevante.

1.2. Le norme processuali nel VwGO coinvolte nella sanatoria.

La modifica del § 45 Abs. 2 ha comportato la corrispondente modifica di disposizioni presenti nel VwGO.

La legge del 1996 ha in particolare coinvolto il § 87 Nr. 7, ai sensi del quale il presidente o il relatore, nella preparazione della trattazione orale, *“può dare all'autorità amministrativa l'occasione di sanare i vizi di procedura e di forma entro il termine massimo di tre mesi, se ciò, secondo il suo libero convincimento, non ritarda la causa”*¹⁵⁶; la disposizione prevede quindi l'intervento del giudice rivolto al raggiungimento della sanatoria nel caso di inerzia dell'Amministrazione.

La legge 1996 è intervenuta anche sul § 94 che prevede che *“su richiesta, il tribunale può sospendere la trattazione per sanare vizi di procedura*

¹⁵³ Vedi ancora D. U. Galetta, *“Violazione di norme sul procedimento amministrativo e annullabilità del provvedimento”*.

¹⁵⁴ La cui rubrica è *„Kosenentscheidung- Erledigung- Untaetigkeitsklage“*.

¹⁵⁵ V. BT-Drs., 13/3993, pg. 23 s. e BT-Drs., 13/4069, p. 3. Vedi per un maggior dettaglio D. U. Galetta, *“Violazione di norme sul procedimento amministrativo e annullabilità del provvedimento”*.

¹⁵⁶ § 87 VwGO, *„Vorbereitung der mündlichen Verhandlung“*. La traduzione è di Falcon, Fraenkel, *“Ordinamento processuale amministrativo tedesco”*.

*e di forma, in quanto ciò sia opportuno ai fini della concentrazione del processo*¹⁵⁷.

Infine la GenBeschG ha modificato il § 114 VwGO, che disciplina un'ipotesi di sanatoria di vizi sostanziali. Tale norma nel secondo periodo prevede: *"L'autorità amministrativa può integrare le proprie valutazioni discrezionali relative all'atto amministrativo anche durante il processo dinnanzi al tribunale amministrativo"*¹⁵⁸. Si tratta di un'ipotesi di integrazione della motivazione da parte dell'amministrazione in giudizio, che presuppone la presenza di una motivazione che sia conforme a quanto previsto dal § 39 VwVfG, al contrario, come si è visto, di quanto disciplinato dal § 45 Nr. 2 VwVfG. Con questa previsione, quindi, il potere discrezionale dell'amministrazione può essere esercitato non più entro il termine individuato nell'adozione del provvedimento, ma piuttosto entro la fine del processo amministrativo.

La giurisprudenza del Bundesverwaltungsgericht ammetteva l'integrazione della motivazione di una decisione discrezionale anche prima della modifica del 1996 nel caso in cui i motivi indicati a posteriori sussistessero al momento dell'emanazione dell'atto amministrativo o a quello della sua notifica, non modificassero l'atto nella sua sostanza e non ledessero l'interessato nel suo diritto di difesa; questi limiti devono essere rispettati anche nella nuova disciplina del § 114 VwGO¹⁵⁹.

La giurisprudenza del Bundesverwaltungsgericht approva e applica la nuova disciplina, non riscontrando alcuna violazione con i principi del diritto e in particolare con l'obbligo di corretto svolgimento del processo amministrativo, nella misura in cui venga data all'interessato la possibilità di difendersi e reagire ai motivi aggiunti dall'Amministrazione. La Corte sostiene inoltre che tale previsione non comporti una violazione del principio costituzionale a garanzia dell'imparzialità del giudice in quanto la modifica della motivazione avviene nel contesto della discussione della controversia con le parti, disciplinata dal § 104 Abs. 1 VwGO, secondo il

¹⁵⁷ § 94 VwGO, „Aussetzung des Verfahrens“. La traduzione è di Falcon, Fraenkel, *“Ordinamento processuale amministrativo tedesco”*.

¹⁵⁸ Così il § 114 VwGO, rubricato „Nachpruefung von Ermessensentscheidungen“. La traduzione è di Falcon, Fraenkel, *“Ordinamento processuale amministrativo tedesco”*.

¹⁵⁹ Cfr. Becker, *“La sanatoria dei vizi formali del procedimento amministrativo tedesco”*, nella relazione tenuta presso il Convegno organizzato dall'AGATIF.

quale il presidente deve discutere la controversia con le parti in fatto ed in diritto¹⁶⁰.

Si tratta di una previsione volta quindi a realizzare il principio *“Reparatur geht vor Kassation”*¹⁶¹, ovvero il principio per cui è preferibile la conservazione dell’atto piuttosto che il suo annullamento.

1.3. Considerazioni critiche in merito alla sanatoria.

Dalle riflessioni svolte emerge come l’ordinamento tedesco fornisca un’ampia possibilità per la sanatoria degli atti amministrativi viziati.

Questo meccanismo valorizza sicuramente il principio dell’efficienza e della funzionalità amministrativa garantito dalla *Grundgesetz*.

Sarebbe opportuno domandarsi però se dall’altro lato vengono rispettati i principi dell’uguaglianza di fronte alla legge e di parità delle armi, e se il ruolo del processo amministrativo non si traduca in quello di *“officina di riparazione”*¹⁶², in cui viene posto rimedio alle omissioni, anche dolose, in cui è incorsa l’amministrazione, magari facilmente evitabili.

VII. Considerazioni finali in relazione ai §§ 45 e 46 VwVfG.

La modifica operata dalla legge di accelerazione dei provvedimenti di autorizzazione è frutto di discussioni volte a accelerare i tempi per le autorizzazioni amministrative, sul presupposto che ciò avrebbe avuto influenze positive determinanti sull’economia tedesca, soluzione per contrastare le difficoltà in cui essa si trovava¹⁶³. Il principio di celerità viene introdotto dalla legge stessa al § 10 Satz 2 VwVfG¹⁶⁴, ai sensi del quale il procedimento amministrativo deve essere condotto non solo in modo semplice e opportuno ma anche rapido.

La dottrina tedesca si chiede però se il principio dell’economia e dell’efficienza amministrativa non abbia compromesso i diritti garantiti dalla *Grundgesetz* a tutela dei cittadini, riferendosi in particolare a quelle disposizioni (§§ 45 e

¹⁶⁰ D. U. Galetta, *“Violazione di norme sul procedimento amministrativo e annullabilità del provvedimento”*, Giuffrè 2003.

¹⁶¹ Gerhardt, *„Nachprüfung von Ermessensentscheidungen, § 114“*. E Cfr. D. U. Galetta, *“Violazione di norme sul procedimento amministrativo e annullabilità del provvedimento”*, Giuffrè 2003.

¹⁶² J. Becker, *op. cit.*

¹⁶³ Cfr. D. U. Galetta, *“Violazione di norme sul procedimento amministrativo e annullabilità del provvedimento”*, Giuffrè 2003.

¹⁶⁴ Il § 10 VwVfG è rubricato *„Nichtfoermlichkeit des Verwaltungsverfahrens“*.

46 VwVfG) che hanno relativizzato i vizi formali e procedurali, prevedendone un loro superamento¹⁶⁵.

Alla base di queste disposizioni c'è la teoria secondo cui le norme che impongono adempimenti formali sono funzionali al diritto sostanziale e, quindi, un atto amministrativo non deve essere annullato se il vizio meramente formale è privo di rilevanza pratica rispetto al contenuto dell'atto amministrativo.

Ma il procedimento amministrativo è solo uno strumento in mano dell'Amministrazione per dare vita al provvedimento finale? Non rappresenta forse il modo d'essere in cui il diritto amministrativo viene in essere¹⁶⁶?

Chi preferisce mettere in guardia rispetto alla disciplina dell'irrilevanza dei vizi sostiene che l'impossibilità di scindere la forma dal contenuto e la conseguente pericolosità dell'irrilevanza dei vizi formali in nome della legittimità sostanziale¹⁶⁷. Celebre risulta a riguardo la frase di Jehring *"die Form ist die geschworene Feindin der Willkuer, die Zwillinsschwester der Freiheit"* (la forma è sorella gemella della libertà e la nemica giurata dell'arbitrio). Dovrebbe infatti essere sempre tenuta in considerazione la necessità di tutelare le istanze garantistiche dei cittadini verso l'amministrazione e l'importanza di rispettare le norme sulla forma e sul procedimento degli atti, specialmente di quelli funzionali alla partecipazione del privato e al conseguente controllo sull'operato amministrativo.

E' evidente come la concezione introdotta dalle norme in esame metta in discussione le garanzie procedurali del cittadino, pur trattandosi di diritti garantiti dalla *Grundgesetz*, in funzione della celerità dell'azione amministrativa. E inoltre l'obiettivo a cui queste disposizioni mirano -la riduzione dei tempi processuali- non può dirsi raggiunto dato che non risulta agevole stabilire quando risulti palese che il vizio formale non abbia avuto nessuna efficienza causale sulla decisione dell'amministrazione.

VIII. Riflessioni conclusive in una prospettiva di confronto fra il sistema italiano e il sistema tedesco.

La presente indagine sull'ordinamento tedesco, modello per la disciplina italiana, ha voluto mettere in evidenza il dibattito che si è scatenato in Germania intorno alla previsione dell'irrilevanza dei vizi formali.

¹⁶⁵ Maurer, *„Allgemeines Verwaltungsrecht“*; Bonk, Allgemeines, in Stelkens, Bonk, Sachs, *„Verwaltungsverfahrensgesetz-Kommentar“*.

¹⁶⁶ Bergonzini, *“L'attività del privato nel procedimento amministrativo”*.

¹⁶⁷ Villata, Sala, *“Il procedimento amministrativo”*.

La dottrina italiana che si è occupata dell'analisi della tematica in questione, anche in riferimento al modello tedesco, polemizza su una tale trasposizione, affermando: *"la prima considerazione da fare riguarda, senz'altro, l'inopportuna scelta di inserire nell'impianto della legge n. 241/90 una previsione normativa- in tutto simile a quella del vecchio § 46 VwVfG- che nasce già con un handicap di partenza"*¹⁶⁸. E emergono *" perplessità [...] che concernono l'attitudine dell'odierno legislatore a trarre ispirazione da modelli di disciplina '... ripresi troppo frettolosamente da esempi di altri ordinamenti' "*¹⁶⁹.

Le considerazioni critiche in relazione alla scelta del modello di riferimento sono state fatte a fronte delle problematiche che ha ricevuto la disciplina in Germania.

Non si tratta solo delle perplessità legate ai risultati pregiudizievoli sotto il profilo dei tempi nei giudizi amministrativi (la sostituzione del giudice all'Amministrazione imposta dal § 46 VwVfG ha causato un rallentamento dell'attività amministrativa¹⁷⁰). Si sono infatti sottolineati in particolar modo gli interrogativi in relazione all'ambito di applicazione da dare alla norma, a parere degli interpreti non sufficientemente precisa. A causa dell'ampio spazio lasciato dalla disciplina, infatti, i giudici hanno esteso l'ambito di applicazione della norma, e si accontentano di una valutazione su un piano fattuale che porta all'utilizzo della disciplina in questione anche ai provvedimenti discrezionali (i medesimi problemi, come visto, sono stati posti dall'art. 21 octies).

Questo contributo si conclude sottolineando il vantaggio della disciplina tedesca rispetto a quella italiana, grazie ad alcune circostanze che permettono un ricorso meno frequente alla disciplina in esame¹⁷¹.

Si tratta da un lato della previsione dell'obbligatorio ricorso in via amministrativa¹⁷² e, dall'altro, della possibilità della sanatoria di vizi formali e procedimentali¹⁷³. La sanatoria, infatti, interviene nella maggior parte delle volte nel corso del procedimento preliminare di opposizione, impedendo la successiva applicazione durante un procedimento giurisdizionale del § 46 VwVfG *"e questa circostanza*

¹⁶⁸ Vedi Galetta in *"L'art. 21-octies della novellata legge sul procedimento amministrativo nelle prime applicazioni giurisprudenziali: un'applicazione riduttiva delle garanzie procedurali contraria alla Costituzione"*.

¹⁶⁹ Vedi D. U. Galetta, in *"Violazione di norme sul procedimento amministrativo e annullabilità del provvedimento"*, che cita a sua volta Ledda, *"Dal principio di legalità al principio d'infallibilità dell'amministrazione"*.

¹⁷⁰ Cfr. Hufen, *"Fehler im Verwaltungsverfahren"*.

¹⁷¹ Cfr. Ancora Hufen, *"Fehler im Verwaltungsverfahren"*.

¹⁷² La necessità del previo espletamento di un ricorso in via amministrativa per poter poi ricorrere davanti al giudice, come visto, è disciplinata dal § 68 VwGO sulla *"Widerspruchsverfahren"* (ovvero sul procedimento preliminare di opposizione).

¹⁷³ Prevista, come visto sopra, dal § 45 VwVfG.

ha quale effetto quello di ridurre le ipotesi di ricorso alla previsione sull'irrelevanza del vizio ai sensi del § 46 VwVfG, che gioca affatto un ruolo secondario"¹⁷⁴.

Previsioni di tal genere non sono presenti nel sistema italiano dove non esiste il previo ricorso amministrativo obbligatorio e nemmeno la sanatoria dei vizi formali e procedimentali.

E' significativo a questo punto riportare l'auspicio che taluni avevano fatto quando ancora la norma era discussa nelle aule del nostro Parlamento; dichiarando l'impossibilità di importare il modello tedesco del § 46 VwVfG nel sistema italiano, si affermava: *"La circostanza che anche la norma contenuta nell'art. 21-sexies di quel d.d.l. n. S. 1281, approvato dal Senato sia stata oggetto di emendamenti alla Camera mi pare indicativa del fatto che non esiste affatto un consenso generalizzato sull'approvazione di questa modifica normativa che -a mio parere- proprio 'non s'ha da fare'!"*¹⁷⁵.

¹⁷⁴ Cfr. Becker, "La sanatoria dei vizi formali del procedimento amministrativo tedesco", nella relazione tenuta presso il Convegno organizzato dall'AGATIF. Vedi anche D. U. Galetta, in "Violazione di norme sul procedimento amministrativo e annullabilità del provvedimento".

¹⁷⁵ Così D. U. Galetta, in "Violazione di norme sul procedimento amministrativo e annullabilità del provvedimento".