

**Comunicazione di avvio del procedimento ed attività vincolata. Un pendolo che oscilla tra tutela del privato ed efficienza dell'azione amministrativa. (commento alla sentenza del Consiglio di Stato 14 settembre 2021, n. 6288)**

**di Emanuela DELLA CORTE\***

**SOMMARIO:** **1.** Il fatto. Una vicenda complessa **2.** La pronuncia del Consiglio di Stato **3.** Previa comunicazione di avvio del procedimento alla matrice del contraddittorio procedimentale **3.1** Le deroghe legislative e gli approcci giurisprudenziali **4.** La controversa introduzione dell'art. 21-octies **5.** Riflessioni conclusive. Art. 7 della L. 241/1990 e dequotazione dei vizi formali: contrasto inevitabile o solo potenziale?

**ABSTRACT:** *The introduction of Article 21-octies and the possibility for the Judge, under certain conditions, to not annul administrative measures in spite of a breach of procedural or formal rules, has led to a lesser importance of certain categories of vices, to the detriment of the procedural guarantees of the citizen.*

*The increased emphasis on efficiency and speed of administrative action had aroused a considerable debate. Moreover the main jurisprudential guidelines on this matter tends towards large interpretation of a legal provision.*

*There are, however, judgments of the administrative Court which take a different direction through a moderate reading of the disposition, and they state that it is necessary to ensure the participatory guarantees, even in the of captive measures. The State Council, with the sentence n. 6288 of 2021, agrees with this judicial interpretations, and yet, Yet, the pronouncement is not free from reliefs: the interpretation of the provisions of the art. 21-octies, accompanied by reference to indeterminate legal concepts, it could be hiding undesirable creationist drifting.*

**1. Il fatto. Una vicenda complessa**

Il caso da cui origina la pronuncia in commento, riguarda l'appello, proposto da una farmacia, avverso la sentenza con la quale il giudice di prime cure aveva

---

\* *Dottoressa in giurisprudenza – Università degli Studi di Napoli Federico II*

respinto il ricorso dalla stessa promosso e volto all' annullamento del provvedimento con il quale l' Azienda USL Umbria aveva disposto la decadenza dell' autorizzazione all' esercizio dell' attività di farmacia svolta, appunto, dalla ricorrente<sup>1</sup>.

Nel dettaglio, la società, inizialmente costituita in forma di S.a.s., richiedeva all' USL competente il rilascio di un provvedimento strumentale ad attuare il trasferimento di un ramo d' azienda – costituito dalla titolarità e dall' esercizio dell' attività farmaceutica – in favore di una S.r.l.

La vicenda, però, diviene più articolata dal momento che, nelle more del procedimento, sopraggiungeva la dichiarazione di fallimento di una S.n.c. di cui era socio illimitatamente responsabile proprio colui che, nella qualità di accomandatario, ricopriva anche il ruolo di unico amministratore della S.a.s. e di conseguenza – ai sensi dell' art. 2288 c.c. - veniva escluso di diritto dalla menzionata società. La farmacia si ritrovava, a questo punto, sprovvista del legale rappresentante e, così, privata della possibilità di manifestare la propria volontà negoziale, nonché di agire in giudizio.

La USL, al fine di assicurare comunque la continuità delle prestazioni sanitarie e dell' assistenza farmaceutica, procedeva ad emanare provvedimenti contingibili e urgenti e, pertanto veniva dichiarata la decadenza dell' autorizzazione all' esercizio dell' attività – precedentemente rilasciata alla farmacia - a causa della chiusura non autorizzata dell' esercizio commerciale protrattasi per un periodo superiore a quindici giorni<sup>2</sup>. Alla luce di ciò, anche l' istanza di trasferimento a favore della neo costituita S.r.l. veniva dichiarata improcedibile.

Impossibilitata ad agire in giudizio, la farmacia presentava le opportune istanze volte ad ottenere la nomina di un curatore speciale, nonché i provvedimenti ritenuti dalla ricorrente necessari ed urgenti. A seguito del provvedimento con il quale il Presidente del T.A.R. adito declinava la propria giurisdizione, la causa veniva riassunta dinanzi al Tribunale ordinario di Perugia, il cui Presidente provvedeva alla nomina del curatore speciale che, seppur in ritardo, accettava l' incarico e presentava ricorso al T.A.R. per ottenere l' annullamento del menzionato provvedimento ablatorio con cui veniva disposta la decadenza dall' attività.

Il giudizio di primo grado, lungi dall' addentrarsi nel merito della questione, si è concluso con una succinta sentenza di rito con la quale il ricorso veniva dichiarato

---

<sup>1</sup> TAR Umbria, Perugia, Sez. I, 22 dicembre 2020, n. 630, in *Giust. Amm.*

<sup>2</sup> Ai sensi di quanto previsto nell' art. 113, comma 1, lett. d, del T.U. delle Leggi Sanitarie, approvato con R.D. 27.7.1934, n.1265.

irricevibile poiché tardivo. Avverso tale pronuncia la farmacia ha proposto appello al Consiglio di Stato, deducendo che - considerato il ritardo con il quale il curatore era stato nominato ed aveva accettato l'incarico - il T.A.R. avrebbe dovuto ammettere l'errore scusabile ex art. 37 c.p.a.

I giudici di Palazzo Spada, confutando la pronuncia di irricevibilità del ricorso di primo grado, ritengono sussistenti i presupposti idonei a configurare l'errore scusabile - in particolare il presupposto del "grave impedimento di fatto" - e proseguivano con l'esame delle singole doglianze addotte dall'appellante.

Più precisamente, il ricorrente lamentava la violazione e falsa applicazione dell'art. 113, comma 1, lett. d), R.D. 27 luglio 1934, n. 1265<sup>3</sup>, nonché degli artt. 7 e 10-bis, l. 7 agosto 1990, n. 241, ed il conseguente vizio di eccesso di potere per difetto di motivazione, omessa ed errata valutazione dei presupposti e difetto di istruttoria. In particolare, la parte evidenziava che il mancato rispetto delle suddette formalità procedurali avrebbe irreparabilmente viziato i provvedimenti impugnati: la USL, invero, avrebbe impedito l'opportuna istaurazione di un contraddittorio procedimentale - tanto durante il procedimento che si è concluso col menzionato provvedimento di decadenza, quanto in quello che ha condotto l'autorità a rigettare la domanda di trasferimento del ramo d'azienda in favore della S.r.l. - privando il destinatario della facoltà di mettere in luce profili utili ai fini dell'eventuale adozione di provvedimenti aventi contenuto differente.

La USL resistente al fine di contestare quanto affermato nelle doglianze della controparte, ha sostenuto che, nella fattispecie in esame, trattandosi di atti puramente vincolati, ben si sarebbe potuto procedere in assenza tanto della comunicazione dell'avvio del procedimento, ai sensi dell'art. 7, l. n. 241/1990, quanto del preavviso di rigetto, previsto all'art. 10-bis della medesima legge: nel caso di specie, infatti, l'appellante, avrebbe volontariamente chiuso la farmacia, violando le prescrizioni di settore che gli imponevano di tenerla aperta. Alla luce di tali circostanze il vizio del provvedimento sarebbe stato meramente formale e, in quanto tale, superabile ai sensi di quanto disposto dall'art. 21-*octies*, l. n. 241/1990<sup>4</sup>, atteso che, secondo la prospettiva fatta propria dall'amministrazione

---

<sup>3</sup> La norma prevede che "La decadenza dall'autorizzazione all'esercizio di una farmacia si verifica [...] d) per chiusura dell'esercizio durata oltre quindici giorni, che non sia stata previamente notificata al prefetto, o alla quale il prefetto non abbia consentito in seguito alla notificazione".

<sup>4</sup> L'art. 21-*octies*, l. n. 241/1990 dispone che "È annullabile il provvedimento amministrativo adottato in violazione di legge o viziato da eccesso di potere o da incompetenza. 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

competente, anche in seguito alla partecipazione procedimentale del soggetto interessato, l'esito del procedimento non avrebbe potuto essere diverso<sup>5</sup>.

## **2. La pronuncia del Consiglio di Stato.**

Con la sentenza in commento – sintetica, ma densa di implicazioni – il Consiglio di Stato ha smentito a chiare lettere la tesi supportata dall'amministrazione resistente<sup>6</sup>.

Secondo il Collegio, proprio in virtù dei singolari connotati del caso di specie – caratterizzato dalla circostanza che la farmacia si era trovata, nelle more della nomina del curatore speciale, nell'impossibilità di impugnare gli atti lesivi della propria sfera giuridica – avrebbero dovuto essere assicurate le garanzie partecipative previste dalla legge sul procedimento amministrativo, prima tra tutte la comunicazione dell'avvio del procedimento ai sensi dell'art. 7, l. n. 241/1990. Detto altrimenti, assodata la complessità della situazione di fatto, accompagnata dall'invasività degli effetti derivanti dal provvedimento decadenziale, prima di addivenire all'adozione di tale atto, sarebbe stato imprescindibile un approfondimento in contraddittorio tra le parti al fine di consentire alla farmacia di rappresentare le proprie ragioni e all'amministrazione di addivenire ad una decisione ponderata, sostanzialmente e formalmente giusta.

Il Collegio ritiene, infatti, che non sussista alcun principio di ordine logico o giuridico che possa impedire al privato, seppur destinatario di un atto vincolato, di rappresentare all'amministrazione l'inesistenza dei presupposti previsti dalla norma, al fine di esercitare preventivamente, ed in ambito procedimentale, il diritto di difesa delle proprie ragioni che, altrimenti, sarebbe costretto ad attuare unicamente *ex post*, in sede giudiziaria<sup>7</sup>.

---

potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. La disposizione di cui al secondo periodo non si applica al provvedimento adottato in violazione dell'articolo 10-*bis*”.

<sup>5</sup> Tali argomentazioni avrebbero consentito di respingere anche la doglianza relativa al provvedimento di diniego di trasferimento dell'autorizzazione, adottato in via derivata rispetto al provvedimento decadenziale.

<sup>6</sup> Per un commento sulla pronuncia si veda A. PAIANO, La partecipazione *nell'attività vincolata dell'amministrazione*, in *Giornale dir. amm.*, 2022, 1, 90.

<sup>7</sup> Numerosi, sul tema, sono i richiami giurisprudenziali operati dal Collegio: Cons. Stato, Sez. VI, 20 aprile 2000, n. 2443, in *Giust. Amm.*; Cons. Stato, Sez. V, 22 aprile 2004, n. 2307; Cons. Stato, Sez. V, 11 maggio 2004, n. 2953; TAR Campania, Napoli, Sez. II, 19 ottobre 2006, n. 8683, tutte

Viene, in definitiva, affermato il principio in base al quale la natura vincolata degli atti impugnati non costituisce valido pretesto per omettere il rispetto delle garanzie partecipative, soprattutto in "situazioni peculiari e giuridicamente complesse" come quella in esame: l'obbligo di avviso dell'avvio del procedimento permane, pertanto, anche nell'ipotesi di provvedimenti a contenuto totalmente vincolato, sulla scorta dell'avveduta considerazione che le istanze partecipative del privato – vertendo sull'accertamento e sulla valutazione di quei presupposti sui quali si deve necessariamente fondare la determinazione amministrativa – ben potrebbero influire sull'*iter* decisionale, determinando l'emanazione di un provvedimento di contenuto diverso .

Con la pronuncia in esame, il Consiglio di Stato ha avuto l'occasione di affrontare la delicata questione relativa al rapporto che intercorre tra le logiche sottese alla disciplina della partecipazione procedimentale e quelle che emergono nell'ambito dell'adozione di provvedimenti di natura vincolata, specie alla luce della c.d. dequotazione dei vizi formali operata con l'art. 21-*octies* della l. n. 241/1990. La sentenza, tuttavia, sottende una serie di considerazioni più complesse.

### **3. Previa comunicazione di avvio del procedimento alla matrice del contraddittorio procedimentale**

Il primo tema sul quale sembra doveroso soffermarsi, seppur brevemente, è quello che attiene al ruolo attualmente assunto dalla parentesi partecipativa nell'ambito del procedimento amministrativo, durante la quale l'amministrazione dovrà necessariamente instaurare un effettivo dialogo con i soggetti coinvolti, cercando di raggiungere una sintesi tra diverse istanze, eventualmente anche confliggenti, per meglio perseguire l'interesse pubblico.

Il graduale abbandono dell'impostazione meramente formale del procedimento amministrativo<sup>8</sup>, a favore di una concezione più evoluta e garantistica<sup>9</sup>, successivamente recepita dal legislatore del '90, ha condotto ad un diverso modo di concepire il rapporto tra cittadini ed amministrazione, tendenzialmente

---

in *Foro Amm.*. Sulla stessa scia, con una recente pronuncia è stato di recente riaffermato dalla giurisprudenza il principio secondo cui "è illegittimo il provvedimento vincolato emesso senza che sia stata offerta al destinatario dello stesso provvedimento la preventiva 'comunicazione di avvio del procedimento' ex art. 7, l. n. 241/1990, ove dal giudizio emerga che l'omessa comunicazione del procedimento avrebbe consentito al privato di dedurre le proprie argomentazioni, idonee a determinare l'emanazione di un provvedimento con contenuto diverso", così Cons. Giust. amm. Sicilia, Sez. giurisd., 26 agosto 2020, n. 750, in *Giust. Amm.*.

<sup>8</sup> In questo senso, A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1940.

<sup>9</sup> Si veda, F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 1952, 126 ss.

orientato verso l'introduzione di nuove forme "concertate" dell'esercizio del potere, che si affiancano al modello classico maggiormente unilaterale.

La progressiva valorizzazione della dialettica procedimentale rappresenta l'approdo finale del percorso di graduale adeguamento dell'ordinamento interno al principio, di derivazione comunitaria, di "buona amministrazione", consacrato espressamente nell'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea<sup>10</sup>; per quanto riguarda il versante interno, l'apertura del procedimento amministrativo alle istanze private trova un sicuro appiglio costituzionale nell'art. 97 della Cost., in particolare nel principio di imparzialità, il quale – oltre che l'organizzazione – deve informare a maggior ragione l'azione amministrativa<sup>11</sup>. Viene, in questa maniera, attuato quel fondamentale processo di democratizzazione, per cui, alla prassi della definizione unilaterale del pubblico interesse, insuscettibile ed impermeabile ad un controllo o verifica intrinseci, si sostituisce un modello procedimentale che, sottraendo all'amministrazione lo spazio di assoluta libertà di cui godeva, riconosce definitivamente le potenzialità di addivenire ad un dialogo con i soggetti interessati<sup>12</sup>.

La partecipazione al procedimento – a cui è dedicato l'intero Capo III della legge n. 241/1990 – diviene, allora, vero e proprio valore da perseguire, nonché strumento privilegiato per attuare i menzionati principi. Le disposizioni in parola, positivizzando gli istituti partecipativi, divengono manifestazione – a loro volta –

---

<sup>10</sup> I diversi commi di cui si compone l'art. 41 della Carta di Nizza sintetizzano e fondono tra loro i diversi corollari di cui si compone il diritto ad una buona amministrazione. Sebbene, dal punto di vista strettamente contenutistico, la disposizione in parola non apporti una vera e propria innovazione nel panorama giuridico europeo, essa – essendo la prima norma a fornire una definizione dell'evanescente concetto di "buona amministrazione", perdipiù nell'ambito di un catalogo internazionale di diritti – ha il merito di elevare tale prerogativa del cittadino al rango di diritto vero e proprio. Si rimanda, *ex multis*, a M. D'ALBERTI, *La 'visione' e la 'voce': le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2000, I, 7 ss; P. PROVENZANO, *I vizi nella forma e nel procedimento amministrativo: fra diritto interno e diritto dell'Unione europea*, Milano, 2015; S. CASSESE, *Il diritto alla buona amministrazione*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, 2011, 105 ss.

<sup>11</sup> Benché la portata del principio in questione sia certamente ampia e suscettibile di assumere molteplici declinazioni, non c'è dubbio che la garanzia di un agire amministrativo imparziale si traduca anche nella circostanza che nell'ambito del procedimento vengano acquisiti e valutati tutte le situazioni e gli interessi in gioco. Si veda, sull'argomento F.G. SCOCA, *Diritto amministrativo*, Giappichelli, IV ed., Torino, 2015; F. SATTA, *Imparzialità della Pubblica Amministrazione*, in *Encicl. giur.*, XVII, 1989.

<sup>12</sup> In riferimento risolti pratici dell'innovativo processo di democratizzazione al quale si è accennato, ed alla possibilità di penetrare e di conformare la cultura amministrativa, si rinvia a M.R. SPASIANO, *La partecipazione al procedimento amministrativo quale fonte di legittimazione dell'esercizio del potere: un'ipotesi ricostruttiva*, in *Dir. amm.*, 2002, 2, 283. M. SANTISE, *Coordinate ermeneutiche di diritto amministrativo*, IV ed., Torino, 2018.

del più generale principio del “giusto procedimento”, in forza del quale l’azione dei pubblici poteri deve svolgersi nel contraddittorio dei suoi destinatari, poiché solo attraverso tale sinergia, il procedimento potrà divenire il luogo virtuale di composizione preventiva di conflitti fra soggetti pubblici e privati portatori di interessi spesso contrapposti<sup>13</sup>.

Tentare di individuare un’unica chiave di lettura attraverso cui interpretare il fenomeno della partecipazione al procedimento appare particolarmente arduo, oltre che improduttivo. La presenza del privato nel procedimento amministrativo, lungi dall’assumere caratteri unitari, aspira a conseguire finalità eterogenee, ma tutte tra loro compatibili<sup>14</sup>: nella partecipazione, infatti, convivono tanto gli aspetti garantistici – avuti precipuamente di mira dal legislatore del ‘90 – che in un’ottica prettamente difensiva, sono funzionali alla tutela delle posizioni giuridiche soggettive del privato che potrà manifestare le proprie ragioni in un procedimento ancora in corso; quanto quelli collaborativi e procedimentali<sup>15</sup>, finalizzati all’efficienza della pubblica amministrazione e strumentali “all’arricchimento del proprio patrimonio di conoscenze in relazione alle determinazioni discrezionali che è chiamata ad adottare<sup>16</sup>” per consentire alla stessa “di meglio comparare gli interessi coinvolti e di meglio perseguire l’interesse pubblico principale<sup>17</sup>”.

---

<sup>13</sup> Così, TAR Campania, Napoli, Sez. V, 23 marzo 2010, n. 1588, in *Giust. Amm.*

<sup>14</sup> “ A ben guardare, del resto, il contraddittorio (ossia contributo a carattere oppositivo) e partecipazione (ossia, contributo a carattere collaborativo) hanno un minimo comune denominatore: il fine di sentire l’altra “voce”, ossia di incorporare nel procedimento punti di vista diversificati rispetto a quelli che si immagina essere propri dell’amministrazione procedente” Così F. SAITTA, in S. COGNETTI, A. CONTIERI, S. LICCIARDELLO, F. MANGANARO, S. PERONGINI, F. SAITTA (a cura di) *Percorsi di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2014, 250. Nello stesso senso, anche F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo – Parte Generale e Speciale*, XIV ed., 2021; R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo*, II ed., Roma-Bari, 2005, 133 ss.; G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2003, 211 ss; S. CASSESE, *Il cittadino e l’amministrazione pubblica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 1015 ss.

<sup>15</sup> M. RICCIARDO CALDERARO, *La partecipazione nel procedimento amministrativo tra potere e rispetto dei diritti di difesa*, in *Foro Amm.*, 2015, 5, 1312; F. SATTÀ, *Contraddittorio e partecipazione nel procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2010, 307 ss., l’A. evidenzia, diffusamente, le differenze intercorrenti tra contraddittorio e partecipazione: mentre il primo, che si svolge necessariamente tra posizioni antagoniste, si concretizza nel diritto di difendersi contro una pretesa altrui, la partecipazione “è il veicolo attraverso il quale gli interessati possono contribuire all’esercizio della discrezionalità da parte della pubblica amministrazione” nell’ambito di un procedimento, il cui ruolo fondamentale è quello di condurre a decisioni per quanto possibile condivise per la tutela di interessi comuni.

<sup>16</sup> TAR Sicilia, Palermo, Sez. II, 23 dicembre 200, n. 1999, in *Rass. amm. Sic.*, 2001, 130.

<sup>17</sup> Così, Cons. Stato, Sez. V, 10 gennaio 2007, n. 36, in *Foro Amm.*. Del medesimo avviso TAR Sicilia, Catania, Sez. III, 19 luglio 2001, n. 1420, in *Rass. Amm. Sic.*, 2001, 708. Nella menzionata pronuncia si legge che gli istituti partecipativi sono preordinati “ non solo ad un ruolo difensivo,

Con la sentenza in commento il Consiglio di Stato ha valorizzato entrambi i volti del fenomeno partecipativo, legandoli in un rapporto osmotico: sebbene la questione sottoposta al Collegio – avendo ad oggetto provvedimenti ablatori – appaia *prima facie* collegata ad un intervento dell’interessato declinato in chiave meramente difensiva, la pronuncia lascia emergere chiaramente anche l’altro versante del fenomeno partecipativo, che consente all’amministrazione di usufruire dell’apporto conoscitivo fornito dal privato al fine di addivenire a decisioni giuste dal punto di vista sostanziale e rispondenti alle esigenze caso concreto, anche nelle ipotesi di attività vincolata.

La partecipazione al procedimento richiede, in primo luogo che gli interessati vengano posti nella condizione di avere contezza del procedimento stesso. La conoscenza di tale circostanza viene garantita dall’obbligo della comunicazione di avvio del procedimento, previsto dall’art. 7 della l. 241/1990, le cui potenzialità non sembrano esaurirsi nella sola – seppur nobile – possibilità di addivenire ad un provvedimento più aderente alle istanze private, ma sono idonee anche ad assolvere le fondamentali esigenze deflattive del contenzioso, anticipando in sede procedimentale il confronto che potrebbe instaurarsi unicamente in sede processuale<sup>18</sup>.

Da una sommaria lettura dell’art. 7 emerge, tuttavia, l’intenzione del legislatore di modulare l’obbligatorietà della comunicazione di avvio, ovvero di escluderne *tout court* la necessità in determinate circostanze.

---

ma anche alla formazione di una più completa, meditata e razionale volontà dell’amministrazione”. Sulla partecipazione al procedimento amministrativo Cons. Stato, Sez. V, 1° giugno 2013, n. 3402, in *Sentenzeappalti*; Cons. Stato, Sez. VI, 11 febbraio 2013, n. 753, in *Giust. Amm.*; Cons. Stato, Sez. VI, 5 settembre 2011, n. 4993, in *Giust. Amm.*.

<sup>18</sup> Cons. Stato, Sez. V, 21 gennaio 2002, n. 343, in *Giust. Amm.*. Sul tema, *ex multis*, M. SANTISE, *op. cit.* Come recentemente chiarito dal Consiglio di Stato, il rispetto meramente formale della disciplina di legge non esclude l’effetto invalidante scaturito da una condotta amministrativa che, complessivamente valutata, finisce – in concreto – per impedire una partecipazione fruttuosa da parte del privato: «il rispetto delle regole partecipative cristallizzate nella 241/1990 e della ratio che le anima, impone che la comunicazione di avvio del procedimento venga effettuata in tempo e con modalità tali da consentire la partecipazione influente ed efficace dei soggetti interessati al processo decisionale destinato a sfociare nella determinazione finale potenzialmente lesiva » Così, Cons. Stato., Sez. V, 13 giugno 2012, n. 3470, in *Foro It*; negli stessi termini anche TAR Lazio, Sez. II quater, 14 giugno 2012, n. 5464, in *Giust. Amm.*, secondo cui, è anche dal principio di «...collaborazione procedimentale cui sono tenute entrambe le parti (pubblica e privata) coinvolte nello svolgimento dell’azione amministrativa», che consegue «il superamento dell’esigenza del mero rispetto delle prescrizioni formali imposte dalla normativa in materia, e che, in un’ottica di legalità sostanziale, richiede in una visione unitaria del rapporto amministrativo, che tutti in soggetti che in esso partecipano abbiano la possibilità di evidenziare circostanze di fatto e rappresentare interessi coinvolti in modo tale che lo scambio sia effettivamente utile per entrambi.»

### **3.1 Le deroghe legislative e gli approcci giurisprudenziali**

La pubblica amministrazione, invero, non è obbligata a comunicare l'avvio del procedimento in tutte quelle situazioni nelle quali l'autorità, in ragione della particolare situazione contingente, è tenuta ad attuare un intervento tempestivo e poco conciliabile con tale comunicazione: ci si riferisce, in particolare, ai casi in cui sussistano ragioni di impedimento derivanti da particolari esigenze di celerità<sup>19</sup>, ma anche alle ipotesi di procedimenti cautelari, sebbene in tali casi l'onere comunicativo venga solo differito nel tempo. Tra le cause di esclusione dell'obbligo di comunicazione, espressamente previste dalla legge, figura anche l'art. 13 della l. 241/1990, che esonera l'amministrazione da tale onere e, più in generale, dall'applicazione dei classici istituti partecipativi, nei casi in cui l'attività della pubblica amministrazione sia diretta all'emanazione di atti normativi, atti amministrativi generali, atti di pianificazione e di programmazione<sup>20</sup>, nonché ai procedimenti tributari ed a quelli riservati o segreti.

Alle deroghe previste espressamente dal legislatore ve ne si aggiungono altre, di matrice pretoria, individuate nel corso degli anni dalla giurisprudenza amministrativa.

---

<sup>19</sup> Secondo la giurisprudenza, un esempio in questo senso è quello delle ordinanze contingibili ed urgenti emesse dal sindaco, ex art. 54 TUEL; ex plurimis, Cons. Stato, Sez. V, 29 agosto 2006, n. 5058, in *Foro It.* Per evitare limitazioni eccessive alla partecipazione, si ritiene che non sia sufficiente un generico richiamo ad esigenze di celerità, ma che sia necessario un impedimento oggettivo, capace di compromettere l'interesse pubblico perseguito nel caso concreto. Tali ragioni di celerità devono essere motivate adeguatamente dall'amministrazione, in relazione allo specifico procedimento pendente e al provvedimento da adottare nel caso concreto. In tal senso, Cons. Stato, Sez. IV, 25 settembre 2000, n. 5061, in *Giust. Amm.*, dove si evidenzia che "le ragioni di urgenza che giustificano l'omissione dell'invio dell'avviso del procedimento devono essere obiettive, concrete ed attuali e ciò al fine di non frustrare la ratio della norma"; Cfr. TAR Lazio, Sez. II-bis, 8 ottobre 2001, n. 8271, in *Foro It.*; Cons. Stato, Sez. III, 4 giugno 2013, n. 3048, in *www.lexitalia.it*; TAR Sicilia, Palermo, Sez. II, 26 aprile 2017, n. 2252, in *Giust. Amm.*

<sup>20</sup> L'obiettivo dell'esclusione dell'obbligo di comunicazione di avvio del procedimento per i provvedimenti, di cui al primo comma dell'art. 13, l. 241/1990, è quello di evitare una duplicazione di modelli partecipativi già previsti da disposizioni speciali. Per questi restano ferme le particolari norme che ne regolano la formazione e, per tale motivo, la deroga non sussiste se non è individuabile una norma speciale che garantisca una forma alternativa di partecipazione - quanto mai opportuna, in questi casi, proprio per la delicatezza degli interessi coinvolti - tornando ad essere applicabile l'art. 7, l. 241/1990. Si veda, M. COCCONI, *La partecipazione all'attività amministrativa generale*, Padova, 2010; M. COCCONI, *Garanzie procedurali e atti amministrativi a contenuto generale*, in *Istit. Federalismo*, gennaio/marzo, 2018. Sui potenziali effetti negativi conseguenti all'omessa partecipazione nell'ambito dell'adozione di atti generali, di indirizzo e aventi natura regolamentare, si veda M.R. SPASIANO, *op. cit.*

Più nel dettaglio, alla tesi che attribuisce a tale comunicazione valore di adempimento rigorosamente formale, si contrappone il più recente orientamento che ascrive a tale istituto finalità genuinamente sostanziali: si è giunti, in un primo momento, ad escludere l'operatività dell'obbligo di avviso di avvio nei procedimenti instaurati su istanza dei medesimi potenziali destinatari della comunicazione, dal momento che, secondo una tale impostazione, essa rappresenterebbe una superflua duplicazione di formalità, che inevitabilmente finirebbe per appesantire l'iter procedimentale<sup>21</sup>.

Allo stesso modo, enfatizzando la portata sostanziale e teleologica dell'istituto<sup>22</sup>, parte della giurisprudenza ritiene che la comunicazione d'avvio non sia doverosa qualora il soggetto interessato abbia acquisito *aliunde* la conoscenza del procedimento<sup>23</sup>, ovvero nei casi in cui abbia ricevuto un atto da considerarsi

---

<sup>21</sup> Tale orientamento giurisprudenziale è stato fortemente avversato da quella parte della dottrina che esalta le due anime della comunicazione di avvio del procedimento, strumento non solo idoneo a rendere edotto il soggetto interessato dell'esistenza di un procedimento, quanto a consentire a quest'ultimo di partecipare consapevolmente ed effettivamente allo stesso, conoscendo, da un lato, quale sia l'unità organizzativa competente e, dall'altro, il nominativo del responsabile del procedimento. Si aggiunga, inoltre, che l'istanza di parte costituisce il presupposto necessario, ma non sufficiente affinché si metta in moto il meccanismo procedimentale, ciò poiché se, di regola, l'inizio effettivo del procedimento dovrebbe coincidere con l'istanza, nella pratica esso coincide con il momento in cui l'amministrazione dà corso all'istanza. In tal senso F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo – Parte Generale e Speciale*, XIV edizione, 2021; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio. Formalismo pratico, azione amministrativa ed illegalità utile*, Giappichelli, Torino, 2006; G. VIRGA, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Milano, 1998, 34. Tale indirizzo, continua ad essere avallato dalla giurisprudenza maggioritaria nonostante l'intervento legislativo del 2005, con cui alla lett.c ter) dell'art. 8, viene espressamente sancito che la disciplina prevista in tema di comunicazione resta pienamente operante anche ai procedimenti ad istanza di parte. Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 8 febbraio 2011, n. 868, in *Giust. Amm.*; Cons. Stato, Sez. VI, 8 giugno 2010, n. 3624, in *www.lexambiente.it*; TAR Calabria, Catanzaro, Sez. I, 14 giugno 2010, n. 1148, in *Giust. Amm.*; TAR Sardegna, Cagliari, Sez. II, 14 dicembre 2010, n. 2686, in *Foro It.* Sull'insussistenza di tale obbligo in relazione al rigetto dell'istanza di concessione in sanatoria, essendo il relativo procedimento attivato ad istanza di parte, Cons. Stato, Sez. IV, 21 febbraio 2011, n. 1085, in *Giust. Amm.*.

<sup>22</sup> Emblematica in quanto fa il punto della situazione in tema di comunicazione di avvio è la sentenza del Cons. Stato, Sez. V, 22 maggio 2001, n. 2823, *www.gazzettaamm.it*, Sul punto, si veda A. DI MARIO, *La comunicazione di inizio dei procedimenti vincolati: un'interessante novità giurisprudenziale*, in *Urb. app.*, 2002, 1, 78.

<sup>23</sup> Cons. Stato, Sez. IV, 18 maggio 1998, n. 836, in *Cons. Stato*, 1999, 1, 791, secondo cui "la comunicazione di avvio è superflua quando l'interessato sia venuto comunque a conoscenza di vicende che conducono necessariamente all'apertura di un procedimento con effetti lesivi nei suoi confronti". In tal senso, Cons. Stato, Sez. VI, 21 dicembre 2010, n. 9324, in *Giust. Amm.*, secondo cui "la determinazione di esclusione da una gara, pronunciata a ragione dell'esito negativo del riscontro del possesso dei requisiti proposti dal bando non deve essere preceduta da comunicazione di avvio del relativo procedimento, ai sensi dell'art. 7, l. 7 agosto 1990, n. 241: infatti, la determinazione di esclusione non è idonea a rivestire valenza di atto di autotutela, non

equipollente alla formale comunicazione, purché ciò sia avvenuto in una fase comunque idonea ad attuare un effettivo esercizio delle prerogative partecipative<sup>24</sup>.

Sulla medesima lunghezza d'onda si assestano quegli orientamenti secondo i quali la violazione da parte della pubblica amministrazione dell'obbligo in questione risulterebbe irrilevante in tutte le situazioni in cui il soggetto interessato sia stato comunque messo nelle condizioni di decidere se partecipare o meno al relativo procedimento, seppure ciò sia avvenuto in modo irrituale<sup>25</sup>: l'utilità della comunicazione di avvio è stata, ad esempio, considerata superflua nelle ipotesi in cui l'istaurando procedimento sia legato da un rapporto di connessione o derivazione necessaria con una precedente attività amministrativa<sup>26</sup> e, a *fortiori*, nelle ipotesi in cui la pregressa attività amministrativa sia stata oggetto di un ricorso giurisdizionale<sup>27</sup>.

---

possedendo alcuna funzione conclusiva; essa si viene ad inserire in una sequenza procedimentale della cui pendenza il ricorrente deve giocoforza essere a conoscenza, avendo presentato apposita domanda di partecipazione: lo svolgimento degli accertamenti finalizzati a riscontrare l'effettivo possesso, in capo al concorrente provvisoriamente aggiudicatario, dei requisiti dichiarati in sede di presentazione della domanda di partecipazione, costituisce un passaggio procedimentale ampiamente conosciuto dai partecipanti, siccome delineato dal bando di gara e comunque desumibile dai principi generali". Vedi anche Cons. Stato, Sez. VI, 21 dicembre 2010, n. 9324, in *Giust. Amm.*, per cui l'obbligo di dare comunicazione dell'avvio del procedimento sussiste nei soli procedimenti ex officio e per quelli in cui il destinatario non abbia avuto in altro modo conoscenza dell'attività amministrativa.

<sup>24</sup> In senso difforme rispetto a questo indirizzo giurisprudenziale, D. URANIA GALETTA, *Violazione di norme sul procedimento amministrativo e annullabilità del provvedimento*, Giuffrè, 2003, 182, secondo l'A. "La comunicazione di avvio del procedimento non ammette equipollenti: a meno di non voler tradire la lettera e lo spirito della legge sul procedimento."

<sup>25</sup> In questi termini, *ex multis*, Cons. Stato, Sez. IV, 2 gennaio 1996, n. 3, in *Giust. Amm.*; Cons. Stato, Sez. V, 8 settembre 2003, n. 5034, in *Foro It*, 2004, 10, 509.

<sup>26</sup> In tal senso, Cons. Stato, Sez. VI, 21 dicembre 2010, n. 9324, secondo cui "la determinazione di esclusione da una gara, pronunciata a ragione dell'esito negativo del riscontro del possesso dei requisiti proposti dal bando non deve essere preceduta da comunicazione di avvio del relativo procedimento, ai sensi dell'art. 7, l. 7 agosto 1990, n. 241: infatti, la determinazione di esclusione non è idonea a rivestire valenza di atto di autotutela, non possedendo alcuna funzione conclusiva; essa si viene ad inserire in una sequenza procedimentale della cui pendenza il ricorrente deve giocoforza essere a conoscenza, avendo presentato apposita domanda di partecipazione". Negli stessi termini,

non occorre osservare pedissequamente le regole partecipative indicate dalla l.241/90 nel caso in cui un procedimento scaturisca dagli esiti di un'istruttoria svolta nel corso di un altro procedimento amministrativo Cons. Stato, Sez. V, 3 marzo 2004, n. 1018, in [AmbienteDiritto.it](http://AmbienteDiritto.it).

<sup>27</sup> Sull'argomento si rimanda a P. PROVENZANO, *op. cit.*; D. GIANNINI, *Le eccezioni all'obbligo di comunicazione*, in *Portale Pubblica*, 2018; F. SAITTA, *L'omessa comunicazione dell'avvio del procedimento: profili sostanziali e processuali*, in *Dir. Amm.*, 2000, 3-4.

In definitiva, gli orientamenti menzionati – secondo i quali, opinando diversamente si scadrebbe in un eccesso di dogmatismo che porterebbe all’emanazione di un futuro atto di identico contenuto, a detrimento del principio di economia processuale – sembrano tendenzialmente scaturire dalla stessa matrice: il riferimento centrale è, infatti, il principio processual-civilistico del “raggiungimento dello scopo”<sup>28</sup>.

Nelle ipotesi accennate – nelle quali la carenza della comunicazione di avvio non implica *ex se* un *minus* di tutele per i soggetti coinvolti – la divergenza dalla sequenza procedimentale normativamente prevista non pregiudica *tout court* l’attitudine del provvedimento a garantire lo specifico interesse alla cura del quale risulta preordinata la normativa sulla partecipazione, sempre qualora si volesse identificare tale interesse con quello di provocare nel destinatario la conoscenza dell’oggetto della comunicazione stessa<sup>29</sup>.

Sicuramente maggiori preoccupazioni e perplessità ha suscitato in dottrina quell’elaborazione, ancora una volta attuata in sede giurisprudenziale, volta ad enucleare un secondo gruppo di deroghe all’obbligo di cui all’art. 7 della l. 241/1990. L’orientamento in parola – che, in linea con i menzionati precedenti, predilige una lettura c.d. sostanziale degli istituti partecipativi – esclude l’obbligatorietà della comunicazione di avvio del procedimento in tutti quei casi nei quali l’apporto partecipativo dell’interessato non possa, in concreto, aver alcun ascendente sulla determinazione del contenuto finale del provvedimento. Parimenti la comunicazione di avvio del procedimento venne considerata alla

---

<sup>28</sup> In tal senso, R. GIOVAGNOLI, M. FRATINI, *Le nuove regole dell’azione amministrativa al vaglio della giurisprudenza*. Vol. 2: *Invalidità e autotutela*, Giuffrè, 2007, 207 ss. Cfr., *ex multis*, la sentenza del Cons. Stato, Sez. III, 23 febbraio 2015, n. 896, secondo cui – circa il rapporto intercorrente tra diritto di partecipazione ed il secondo comma dell’art. 21-*octies*, l. n. 241 del 1990 - sebbene le garanzie procedurali previste dalla legge sul procedimento amministrativo siano imprescindibili per l’effettività della partecipazione e del contraddittorio, non se ne verifica la violazione qualora, nel concreto, lo scopo avuto di mira dalle disposizioni – ovvero quello di mettere l’interessato nelle condizioni di prendere parte al procedimento amministrativo - sia stato comunque raggiunto e l’interessato poi non abbia saputo o voluto profittarne; in tali circostanze, l’omissione della comunicazione di inizio del procedimento sarebbe giuridicamente irrilevante, sempre qualora non si voglia usare tale onere procedimentale alle stregua di un grimaldello demolitorio.

<sup>29</sup> Secondo G. MORBIDELLI, *Invalidità e irregolarità*, in *Annuario Aipda*, Milano, 2002, 79 ss. Le ipotesi di raggiungimento dello scopo sarebbero espressione della categoria della irregolarità, in particolare della irregolarità “per ragionevolezza della non invalidità”. Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Note critiche in materia di vizi formali degli atti amministrativi*, in *Dir. pubb.*, 2004, 190; G. MANNUCCI, *Il regime dei vizi formali-sostanziali alla prova del diritto europeo*, in *Dir. Amm.*, 2017, 2, 259; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La comunicazione dei vizi formali del procedimento dopo la l. n. 15/2005. Potenziata nel procedimento, dequotata nel processo*, in *Foro amm.*, 2005, 6, 1963 ss.

stregua di un inutile appesantimento procedurale nelle ipotesi di provvedimenti vincolati concretamente nei presupposti di fatto, per un verso, nei casi in cui tale presupposti fossero verificabili in modo immediato ed univoco, nell'altro verso, in quelli in cui gli stessi non fossero contestati dalle parti<sup>30</sup>.

Detto in altri termini, attraverso tali eversive interpretazioni – pure in assenza di un appiglio normativo testuale in tal senso – si finisce, nel peggiore dei casi quasi con una sorta di automatismo, per limitare ulteriormente la portata applicativa degli istituti partecipativi della l. 241/1990, sostenendo che l'apporto partecipativo del privato nel procedimento debba essere considerato imprescindibile solamente qualora lo stesso possa ritenersi fruttuoso ed utile, tanto al privato, quanto alla pubblica amministrazione che procede<sup>31</sup>.

Sulla scorta di tale indirizzo, la logica sottesa alla partecipazione procedimentale sembra essere stata, in sostanza, capovolta: l'interpretazione suggestiva offerta dalla giurisprudenza maggioritaria, ha fatto sì che il coinvolgimento del privato nell'ambito del procedimento, da istituto ad applicazione generale e necessaria, venisse svuotato di significato e degradato a mero onere procedimentale idoneo a trovare concreta applicazione in via residuale ed eventuale, ovvero nelle ipotesi in cui il coinvolgimento del privato potesse essere considerato in qualche modo utile, e sempre che ciò non costituisca intralcio per l'azione amministrativa<sup>32</sup>.

Ragionando al contrario, se ne ricava che l'omessa comunicazione di avvio del procedimento produrrebbe effetti invalidanti solo quando la partecipazione

---

<sup>30</sup> Nei casi in cui la partecipazione del privato interessato non avrebbe apportato alcun serio ed ulteriore contributo collaborativo sarebbe stata necessaria un'applicazione non formalistica dell'obbligo di comunicazione di avvio del procedimento, in questi termini Cons. Stato, Sez. V, 14 ottobre 2014, n. 5062 e ancora, Cons. Stato, Sez. III, 4 giugno 2013, n. 3048, tutte in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), quando afferma che l'omissione dell'obbligo di comunicazione previsto dall'art. 7, l. n. 241 del 1990 non vizia il procedimento ed il provvedimento finale nelle ipotesi in cui il contenuto di quest'ultimo sia interamente vincolato, pure con riferimento ai presupposti di fatto, nonché tutte le volte in cui la conoscenza sia comunque intervenuta, si da ritenere già raggiunto in concreto lo scopo cui tende la stessa comunicazione. Sulla stessa scia, Cons. Stato, Sez. IV, 23 giugno 2015, n. 3140, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Cons. Stato, Sez. V, 26 settembre 2013, n. 4791, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); TAR Sicilia, Palermo, Sez. II, 21 novembre 2013, n. 2230, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>31</sup> Cfr., TAR Lazio, Roma, Sez. III, 21 dicembre 2018, n. 12481, in *Il Foro Amm.*, 2018, 5, 2279; *ex multis*, TAR Toscana, Sez. I, 29 ottobre 1992, n. 534, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). Con tale pronuncia, superando la portata meramente letterale dell'art. 7 della L. 241/1990, viene ritenuta necessaria un'interpretazione adeguatrice di tale disposizione al principio costituzionale del buon andamento, contemperando - alla luce dell'articolo 97 Cost. - i principi garantisti a tutela del privato con quello del buon andamento e dell'efficienza dell'azione amministrativa.

<sup>32</sup> In questo senso, P. PROVENZANO, *op. cit.* 77 ss.

dell'interessato avrebbe potuto avere una qualche incidenza sul contenuto sostanziale del provvedimento finale: alla luce di tale ricostruzione si iniziò, pertanto, a considerare l'assolvimento di tale onere comunicativo non obbligatorio in tutti i casi nei quali il contenuto precettivo dei provvedimenti fosse rigidamente prefissato dalla legge, ovvero nelle non rare ipotesi di esercizio di poteri vincolati e nelle ipotesi di adozione doverosa il provvedimento<sup>33</sup>.

Gli accennati orientamenti giurisprudenziali più o meno suggestivi, hanno fatto sì che anche l'attenzione degli operatori si rivolgesse maggiormente alle ipotesi in cui la violazione di norme procedimentali non fosse idonea ad incidere sul contenuto della determinazione attizia finale, non influenzando negativamente sulla correttezza sostanziale della sequenza procedimentale e del conseguente provvedimento.

È questo il contesto dottrinario e giurisprudenziale nel quale si colloca l'intervento legislativo del 2005 che, con l'innesto dell'art. 21-*octies* nel tessuto normativo della legge sul procedimento amministrativo, ha proceduto – a detta di molti – alla sostanziale positivizzazione della precedente elaborazione pretoria sul tema, dando ad essa un autonomo statuto normativo in linea con un'ormai consolidata tendenza volta a mitigare il carattere inderogabile delle norme procedimentali.

#### **4. La controversa introduzione dell'art. 21-*octies***

Con la riforma della l. 241/1990, operata con la l. 15 del 2005<sup>34</sup>, il legislatore ha dettato per la prima volta una disciplina organica dell'invalidità del provvedimento amministrativo.

---

<sup>33</sup> Tali orientamenti condussero a giudicare l'obbligo ex art. 7 della l. 241/1990 insussistente ed immotivato, ad esempio, nei procedimenti in materia di inquadramento del personale pubblico, in quelli di espulsione dei cittadini extracomunitari (Cons. Stato, Sez. IV, 12 marzo 2001, n. 1381, in *Giust. Amm.*), e soprattutto nei procedimenti in materia edilizia (TAR Lazio, Sez. II, 31 gennaio 2001, n. 782, in *Riv. Giur. edilizia*, 2001, I, 461; TAR Campania, Napoli, Sez. III, 2 dicembre 2014, n. 6302; TAR Campania, Napoli, Sez. VII, 25 gennaio 2017 n. 515; TAR Campania, Sez. II, 6 luglio 2021, n. 4645; Cons. Giust. Amm. Reg. sic., Sez. I, 16 novembre 2021, n. 1006, tutte in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). In senso conforme, Cons. Stato, Sez. II, 1° settembre 2021, n. 6181, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); TAR Sicilia, Sez. III, 17 settembre 2021, n. 2794, in *Giust. Amm.*. Nella prevalente giurisprudenza in materia la tendenza è quella di ritenere non sussistente l'obbligo ex art. 7 nelle procedure volte all'emanazione di sanzioni contro abusi edilizi, dal momento che detto procedimento sanzionatorio non prevede alcuna valutazione discrezionale, risolvendosi in un mero accertamento tecnico sulla consistenza delle opere abusivamente realizzate.

<sup>34</sup> Cfr. l. 11 febbraio 2005, n. 15. "Modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241, concernenti norme generali sull'azione amministrativa". Tra i numerosi contributi sul tema si veda F. SATTA, *La riforma della legge 241/1990: dubbi e perplessità*, in *giustizia amministrativa*, 2005, 4; G. BACOSI – F. LEMETRE, *La legge n. 15 del 2005: ecco il nuovo volto della "241"*, in *Giust. Amm.*;

Ciò che ai fini della presente analisi viene in rilievo è, come anticipato, l'art 21-*octies* della l. 241/1990 che – dopo aver qualificato come annullabili i provvedimenti amministrativi affetti dai tradizionali vizi di legittimità – introduce al secondo comma un modello innovativo di annullabilità, che frantuma l'ideale equilibrio intercorrente tra il riscontro del vizio di legittimità e la sanzione dell'annullamento. In particolare, la disposizione in esame, per un verso, statuisce che non è annullabile il provvedimento adottato in violazione delle norme sul procedimento o sulla forma qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere

diverso da quello in concreto adottato; e per altro verso, si prevede che il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per omessa comunicazione dell'avvio del procedimento *semperché*, in questa ipotesi, l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso rispetto a quello in concreto adottato<sup>35</sup>.

Sebbene la norma avrebbe potuto essere formulata in maniera ancora più chiara, la *voluntas legis* non sembra aver dato adito ed eccessivi dubbi: con tale previsione il legislatore ha voluto ribadire, positivizzandolo, il principio di prevalenza della sostanza sulla forma, con il risultato di rendere sterili le mere irregolarità formali prive di riflessi sul contenuto dispositivo del provvedimento<sup>36</sup>; eppure una compiuta ricostruzione della portata sistematica della disposizione è da subito risultata problematica.

---

A. TRAVI, *La Legge n. 15/2005: verso un nuovo diritto amministrativo?*, in *Corr. Giur.*, 2005, 4, 449.

<sup>35</sup> Con l'opportuna precisazione che mentre con riguardo alla prima parte del comma secondo [dell'art. 21-octies](#), deve essere "palese" che il contenuto dei provvedimenti (vincolati) non poteva essere diverso, per la seconda parte della disposizione, dedicata alla violazione [dell'art. 7 della l. n. 241/90](#), è richiesta all'amministrazione una prova particolarmente rigorosa che il provvedimento non poteva essere diverso, con l'unico limite consistente nell'impossibilità di sottoporre al giudice amministrativo il contenuto di valutazioni discrezionali, rientranti nel merito insindacabile dell'attività amministrativa.

<sup>36</sup> F.G. SCOCA, *op. cit.*

L'introduzione dell'art. 21-*octies* – la cui ratio è in linea con la tendenza manifestatasi a livello comunitario<sup>37</sup> e negli ordinamenti di alcuni stati europei<sup>38</sup> – ha portato con sé una serie di questioni interpretative. Basti pensare, a titolo meramente esemplificativo, alla tormentata individuazione di quelli che potessero essere qualificati vizi formali e procedurali; alla problematica relativa al potere del giudice amministrativo di accertare che il provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato; alla possibilità di estendere l'ambito applicativo della disposizione anche all'attività discrezionale<sup>39</sup>.

Volendo limitare il campo di indagine al rapporto intercorrente tra l'art. 21-*octies* ed i precedenti giurisprudenziali richiamati, con particolare riferimento al vizio di omessa comunicazione di avvio del procedimento, sembrano opportune alcune precisazioni. Come accennato poc'anzi, in dottrina è dilagata l'opinione secondo cui la previsione in esame abbia codificato quegli orientamenti pretori maturati in ordine alla irrilevanza della mancata comunicazione di avvio del procedimento; tuttavia ad una più attenta lettura della norma sembra possibile rinvenire identità di *ratio* tra a stessa e la casistica giurisprudenziale relativa alle sole ipotesi in cui

---

<sup>37</sup> Quanto ai rapporti tra la formulazione dell'art. 21-*octies* e la normativa sovranazionale, può dirsi che, se da un lato la nuova disciplina delle irregolarità procedurali si colloca nella prospettiva di più ampio respiro dovuta alla generale spinta comunitaria verso una dequotazione dei vizi formali, G. BACOSI – F. LEMETRE, *op. cit.* gli autori evidenziano la valorizzazione del "processualistico" principio del c.d. raggiungimento dello scopo, espressione della più generale esigenza di conservazione del provvedimento, dando peraltro seguito a precise indicazioni di ascendenza sovranazionale, per gli atti comunitari l'art. 230 comma 2° del Trattato, laddove parla di violazione delle forme "sostanziali"; dall'altro è stato rilevato che essa si pone in contrasto con alcune previsioni comunitarie più specifiche, tendenti, invece, ad una maggiore considerazione del rispetto, anche formale, delle garanzie procedurali. Cfr., G. MANNUCCI, *op. cit.*; sul punto, 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*, in *www.giustamm.it*; gli autori prospettano una difformità tra il contenuto della direttiva 2003/35/CE (che recepisce i contenuti della Convenzione di Åarhus, sottoscritta il 25 giugno 1998 e ratificata dalla l. 108/2001), ratificata dal d. lgs. 372/1999, e la previsione contenuta nell'ultima parte dell'art. 21-*octies*, relativa all'omessa comunicazione di avvio del procedimento. Il superamento dell'obbligo assoluto di tale comunicazione rappresenterebbe una violazione dei principi espressi nella suddetta direttiva, volti a garantire al massimo grado la partecipazione del pubblico.

<sup>38</sup> Il riferimento è all'ordinamento tedesco e a quello spagnolo: il legislatore italiano sembra essersi ispirato all'art. 46 della legge tedesca sul procedimento amministrativo del 1976 (VwVfG). Una particolare attenzione alla tematica relativa ai formali ha avuto ed ha ancora luogo anche in Spagna, ove l'articolo 63 della Legge sul procedimento amministrativo (LRJPAC) 30/1992,...Cfr. P. PROVENZANO, *op. cit.*; D. SORACE, *op. cit.*

<sup>39</sup> S. VACCARI, *Atti vincolati, vizi procedurali e giudicato amministrativo*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 2019, 2, 481; D. SORACE, "Il principio di legalità e i vizi formali dell'atto amministrativo", in *Dir. Pubbl.*, 2007, 419; F. FRACCHIA, M. OCCHIENA, *op.cit.*, P. PROVENZANO, *op. cit.*

l'apporto partecipativo del privato all'interno del procedimento si dimostri, in concreto, ininfluyente, a nulla rilevando i casi in cui l'obbligo di comunicazione venga assolto altrimenti o ritenuto insussistente, per i quali, a stretto rigore, nemmeno si ricade nell'ambito applicativo della previsione in esame<sup>40</sup>.

Delimitato in tal modo il campo di indagine è inevitabile compiere una serie di considerazioni: mentre l'applicazione della regola del raggiungimento dello scopo presuppone che – nonostante l'omessa comunicazione di avvio – lo scopo perseguito dalla normativa si ritenga raggiunto quando il privato abbia ricevuto un atto equipollente, o abbia comunque partecipato o, perlomeno, avuto la possibilità di partecipare al procedimento, l'art. 21-*octies* – nel quale la matrice efficientistica è ancora più evidente – sembra piuttosto rifarsi al principio del raggiungimento del risultato, prendendo in considerazione la diversa ipotesi in cui il contenuto dispositivo del provvedimento "non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato", anche in assenza della violazione dell'obbligo comunicativo<sup>41</sup>. In definitiva, attraverso una tale concezione – fatta

---

<sup>40</sup> Si veda a tal proposito il T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, Sez. II, 6 novembre 2006, n. 2875, in *Comuni Italia*, 2007, 1-2 «...la previsione di cui all'art. 21-*octies* l. n. 241 del 1990, come novellata dalla l. n. 15 del 2005» appare coerente «... con l'indirizzo giurisprudenziale che ritiene inutile la comunicazione dell'avvio del procedimento in caso di attività vincolata quanto la partecipazione dell'interessato non avrebbe potuto, comunque, apportare elementi di valutazione eventualmente idonei ad incidere sul provvedimento finale». In tal senso, *ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. VI, 18 settembre 2006, n. 5419, in *Foro amm.*, 2006, 2601; Cons. Stato, Sez. VI, 20 maggio 2004 n. 3269; *Id.*; in tal senso si esprime chiaramente il TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 4 aprile 2007, n. 1396, in *Foro amm.* 2007, 4, 1240: «In relazione al vizio procedimentale di mancata comunicazione dell'avvio del procedimento è necessario distinguere tra le ipotesi in cui lo scopo della partecipazione del privato sia stato in ogni caso raggiunto anche in difetto della suddetta comunicazione, o vi sia comunque un atto equipollente alla formale comunicazione, nel qual caso va esclusa l'esistenza stessa, sul piano sostanziale, del vizio procedimentale, in applicazione del criterio del raggiungimento dello scopo dalle diverse ipotesi in cui, invece, trova applicazione l'art. 21-*octies* comma 2, l. n. 241 del 1990, che concerne la non annullabilità di atti, che comunque rimangono viziati, ove sia fornita la prova che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere differente da quello in concreto adottato».

<sup>41</sup> Si veda Cons. Stato, Sez. VI, 17 ottobre 2006, n. 6194, in *Giust. Amm.*. Con tale pronuncia il Consiglio di Stato ha in tal senso circostanziato il legame intercorrente tra l'art 21-*octies* ed il principio del raggiungimento dello scopo: attraverso una puntuale argomentazione logico-giuridica il Collegio ritiene che il criterio della portata non invalidante dei vizi procedurali o formali, nonché del vizio della violazione dell'art. 7 della l. n. 241/90, non possa essere rinvenuta nella regola del raggiungimento dello scopo, quanto piuttosto nella circostanza che il contenuto dispositivo dell'atto "non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato". Sull'argomento si rinvia a R. FERRARA, *Procedimento amministrativo, semplificazione e realizzazione del risultato: dalla «liberazione dall'amministrazione» alla libertà dell'amministrazione?*, in *Diritto e società*, 2000, 1, 101 ss.; G. MORBIDELLI, *op. cit.*, 92 ss.

propria anche dall'amministrazione resistente nel giudizio in esame – la *ratio* sottesa al secondo comma dell'art. 21-*octies*, da un lato pare confliggere con il corredo di garanzie partecipative tutelate dagli artt. 7 ss. della l. 241/1990, dall'altro sembra porsi in antitesi rispetto al complesso di innovazioni introdotte dalla stessa l.15/2015<sup>42</sup>.

Occorre, a questo punto, interrogarsi brevemente sulla reale portata di tale affermazione e, in particolar modo, sull'assolutezza del supposto insanabile conflitto tra le menzionate disposizioni; si tenterà, allora, di mettere in luce una possibile interpretazione dell'art. 21-*octies* che, lungi dal condurre all'inevitabile sacrificio della partecipazione procedimentale, sia capace di porsi in linea di continuità con la necessaria democratizzazione del rapporto tra privato ed amministrazione. Una tale interpretazione, già da tempo presente in una giurisprudenza nettamente minoritaria, è stata recentemente fatta propria dal Consiglio di Stato con la sentenza in commento.

### **5. Riflessioni conclusive. Art. 7 della L. 241/1990 e dequotazione dei vizi formali: contrasto inevitabile o solo potenziale?**

Le prospettazioni pretorie fin qui esaminate – ed ancora sostenute da una certa parte della giurisprudenza amministrativa<sup>43</sup> – nel bilanciare istanze partecipative e principi di efficienza e speditezza dell'azione amministrativa, tendendo meramente al raggiungimento del risultato finale, sembrano peccare di eccessivo sostanzialismo. Probabilmente sono state proprio tali interpretazioni

---

<sup>42</sup> Con la novella in esame, il legislatore ha considerevolmente accresciuto i presidi di garanzia del soggetto privato nei confronti dell'amministrazione. Si pensi all'introduzione dell'art. 10 bis che, nello scorporare l'incedere del contraddittorio endoprocedimentale, impone alla parte pubblica, prima di adottare un provvedimento sfavorevole per l'istante, di comunicargli le ragioni ostative alla sua richiesta, al fine di rendere possibile un'integrazione dell'istruttoria tramite la presentazione di osservazioni e documenti. Sulla medesima lunghezza d'onda si innestano le previsioni di cui all'art. 21-*septies*, che disciplina – generalizzandola – la categoria della nullità provvedimentale, così come l'art. 21-*bis*, ai sensi del quale il provvedimento sfavorevole al privato acquista efficacia solo in seguito alla comunicazione all'interessato nelle modalità previste dalla legge. Sul tema, seppur nell'ambito un'opera di più ampio respiro, si rinvia a S. TUCCILLO, *Contributo allo studio della funzione amministrativa come dovere*, Napoli, 2016, 86 ss; G. BACOSI, F. LEMETRE, *op. cit.*

<sup>43</sup> Sulla non rilevanza della omessa comunicazione di avvio del procedimento nelle ipotesi di attività vincolata si rimanda alle recenti pronunce del TAR Sicilia, Palermo, Sez. II, 18 gennaio 2016, n. 161; TAR Piemonte, Torino, Sez. II, 09 giugno 2016, n. 765; TAR Sardegna, Cagliari, Sez. I, 6 settembre 2016, n. 715; Cons. Stato, Sez. V, 23 maggio 2017, n. 2403; TAR Campania, Napoli, Sez. VI, 07 novembre 2018, n. 6476; TAR Valle d'Aosta, Aosta, Sez. I, 15 ottobre 2018, n. 49; TAR Campania, Napoli, Sez. I, 10 aprile 2019, n. 1997; TAR. Emilia-Romagna, Parma, Sez. I, 26 giugno 2020, n. 124; TAR Campania, Napoli, Sez. VI, 11 novembre 2021, n. 7181. In materia di abusi edilizi TAR Emilia-Romagna, Bologna, Sez. I, 28 giugno 2016, n. 655; TAR Marche, Ancona, Sez. I, 28 settembre 2017, n. 750; TAR Campania, Napoli, Sez. VI, 10 aprile 2018, n. 2313.

dell'art. 21-*octies* ad acuire i pregiudizi e le perplessità che una parte della dottrina ha mostrato verso tale previsione.

Vale, allora, la pena di porre l'accento su un virtuoso orientamento giurisprudenziale – nel cui solco, sicuramente più moderato, pare innestarsi anche la recente sentenza del Consiglio di Stato 14 settembre 2021, n. 6288 – che sembra offrire un'interpretazione più consapevole e garantista delle disposizioni in esame, idonea a fugare i dubbi di compatibilità con i principi generali dell'ordinamento, a partire dalla legge sul procedimento amministrativo e, prim'ancora, col diritto europeo. In definitiva, tale filone giurisprudenziale, in merito alla possibilità di omettere le garanzie partecipative ed in particolare l'avviso di avvio del procedimento, ha affermato il permanere della sussistenza di tale obbligo in capo all'amministrazione anche nell'ipotesi di provvedimenti a contenuto totalmente vincolato, sulla scorta della considerazione che la pretesa partecipativa del privato riguarda anche l'accertamento e la valutazione dei presupposti sui quali si dovrà comunque fondare la determinazione provvedimento conclusiva<sup>44</sup>.

Una lettura del dato normativo come quella appena descritta – evitando di far dire alla norma più di quanto essa effettivamente dica – ridimensiona di molto il paventato conflitto tra il nuovo volto maggiormente garantista e democratico assunto dal procedimento amministrativo e la regola enunciata dall'art. 21-*octies*. Il legislatore, con tale norma, non ha assolutamente scalfito la portata dell'art. 7 della l. n. 241/90, rendendo *tout court* legittimi i provvedimenti vincolati non preceduti dalla comunicazione di avvio del procedimento, ma – codificando un principio di ordine logico prima che giuridico – ha semplicemente esonerato il giudice dall'annullare provvedimenti vincolati nel caso in cui il contenuto dispositivo "non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato", rendendo così doverosa una specifica valutazione al riguardo<sup>45</sup>. In

---

<sup>44</sup> Cons. St., sez. IV, 7 novembre 2001, n. 5718; Cons. St., Sez. VI, 20 aprile 2000, n. 2443; n. 2953 del 2004; più recenti TAR Campania, Napoli, Sez. II, 19 ottobre 2006, n.8683; TAR Umbria, Perugia, Sez. I, 17 novembre 2016, n. 708; TAR Lazio, Roma, Sez. II, 23 febbraio 2016, n. 2490; Cons. Stato, Sez. IV, 20 settembre 2005, n. 4836; Cfr. Cons. Stato., Sez. V, 22 dicembre 2012, n. 6235, in *Giust. Amm.*.

<sup>45</sup> Come rilevato in dottrina, G. MANNUCCI, *op. cit.*, ciò non consentirebbe al giudice di sovrapporre il proprio giudizio a quello dell'autorità, ma solo di dichiarare il non annullamento nelle ipotesi di incontrovertibilità del risultato, contraendo la discrezionalità del giudice. Sul tema, in un'ottica di superamento della partecipazione del privato al procedimento declinata in chiave meramente funzionale alla corretta instaurazione del contraddittorio, osserva S. TUCCILLO, *op. cit.* «... l'affermazione della non utilità dell'apporto partecipativo non è sufficiente ad esautorare l'amministrazione dall'adempimento del dovere. E ciò proprio per la considerazione secondo la

linea con la progressiva trasformazione del processo amministrativo da giudizio "sull'atto" a giudizio "sul rapporto", il compito del giudice adito sarà quello di calarsi nelle peculiarità del caso concreto e di verificare nel merito l'inutilità "sostanziale" di una pronuncia di annullamento, che rappresenterebbe per l'istante una "vittoria di Pirro", meramente processuale.

D'altronde, sarebbe contraddittorio sul piano eziologico interpretare la regola astratta introdotta al secondo comma dell'art. 21-*octies* alla stregua di un mero automatismo, essendo essa stessa una disposizione introdotta nell'ottica di evitare approcci connotati da eccessivo formalismo.

Il menzionato orientamento, del tutto condivisibile, è stato puntualizzato, ma – in un certo senso – smorzato dalla sentenza in commento: con particolare riferimento alle ipotesi in cui la situazione di fatto sia caratterizzata dalla complessità degli accertamenti da effettuare<sup>46</sup>, anche nel caso di attività vincolata e, a maggior ragione, ove questa incida sfavorevolmente sulla posizione del destinatario<sup>47</sup>, la partecipazione dell'interessato continua a rivelarsi imprescindibile, tanto sul piano del contraddittorio, al fine di garantire allo stesso la possibilità di manifestare all'amministrazione le proprie ragioni, quanto in un'ottica collaborativa, funzionale a rappresentare all'autorità competente circostanze o elementi dalla stessa ignorati o non agevolmente acquisibili<sup>48</sup>.

---

quale il dovere è anche di rendere noto al destinatario che è in corso un procedimento che lo riguarda.»

<sup>46</sup> Cfr. *Cons. Stato, Sez. VI, 7 febbraio 2002, n. 686*. Per un riferimento al tema della complessità dell'accertamento, si segnala *Cons. Stato, Sez. VI, 18 marzo 2019, n. 1759*, in *Giust. Amm.*, in cui si afferma che l'avvio del procedimento sanzionatorio per lottizzazione abusiva non può prescindere dalla comunicazione di avvio del procedimento. Pur trattandosi di attività vincolata, infatti, "l'accertamento della lottizzazione abusiva è caratterizzato da un'indubbia complessità fattuale, rispetto alla quale l'aspetto partecipativo del privato ben può rivelarsi non solo utile, ma altresì idoneo a portare ad una differente valutazione dell'amministrazione". In questa ipotesi, tuttavia, la valutazione circa la "complessità" della fattispecie, più che presupposto da accertare caso per caso, sembra essere inteso quale connotato ontologico dei procedimenti volti all'accertamento di una lottizzazione abusiva.

<sup>47</sup> *Cons. Stato, Sez. VI, 9 maggio 2002, n. 2516*

<sup>48</sup> D'altronde, oggi, a ben vedere, la comunicazione d'avvio può forse sganciarsi da esigenze difensive (procedimentali o giudiziali) per essere semplicemente ricondotta al principio di trasparenza. La mancanza di concrete alternative, dunque, è ininfluente giacché ciò che conta non è tanto che l'intervento del privato possa modificare il contenuto provvedimento finale, quanto ch'esso sia preannunciato, così da poterne qualificare «trasparente» l'esercizio. Cfr. A. PUBUSA, *Forma e sostanza nel procedimento. Considerazioni sull'art. 21 octies della legge n. 241 del 1990*, in *Diritto pubblico*, 2006, 2; in questo senso anche E. FOLLIERI, *La giurisdizione del giudice amministrativo a seguito della sentenza delle Corte costituzionale 6.7.2004 n. 204 e dell'art. 21 octies della L. 7.8.1990 n. 241*, su [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it). Sull'emersione di tale nozione giuridica di partecipazione si rinvia a F. GIGLIONI, S. LARICIA, *Partecipazione dei cittadini all'attività amministrativa (voce)*, in *Enc. Dir.*, Agg. IV, Milano, 2000, 944.

Sembra, ad una prima lettura, in buona parte condivisibile la soluzione prospettata da Consiglio di Stato, il quale, ha scelto un'interpretazione "debole" dell'art. 21-*octies*, comma secondo, ed ha mostrato uno dei possibili utilizzi equilibrati della norma, funzionale a trarre dalla stessa quelle utilità che è capace di apportare in termini di economicità ed efficacia, restando coerente con i principi generali ed il rispetto delle garanzie partecipative.

Eppure, nonostante la chiara volontà di aderire al filone giurisprudenziale sopra richiamato, la pronuncia in esame contiene un *quid pluris* rispetto ai sopracitati orientamenti. Il riferimento è, in particolare, al concetto di "complessità" della situazione concreta, dirimente ai fini dell'applicazione o meno del secondo comma dell'21-*octies*, e di conseguenza elemento attraverso il quale vagliare la possibile utilità dell'apporto conoscitivo che il privato avrebbe potuto fornire in sede procedimentale.

Sotto questo aspetto la statuizione del Consiglio di Stato appare opinabile, sempreché non si voglia credere che il legislatore, con l'introduzione del 21-*octies*, abbia in un certo senso inteso sottovalutare la questione di legittimità di un provvedimento vincolato, ritenendola risolvibile dall'amministrazione "a prima vista", quasi in maniera automatica ed incontrovertibile<sup>49</sup>.

Ci si chiede, allora, quanto sia stato opportuno subordinare l'annullamento del provvedimento adottato in difetto delle garanzie partecipative all'accertamento della sussistenza di un puro concetto giuridico indeterminato, quello della "complessità della fattispecie". Se da un lato – in ossequio ad ovvie esigenze di economicità e deflazione del contenzioso – è intuitivo che un tale accertamento debba essere rimesso in primo luogo all'amministrazione competente durante la fase procedimentale, si finisce, in tal modo, per introdurre un momento di discrezionalità non contemplato dalla legge attributiva del potere, onerando l'amministrazione – nell'ambito di un procedimento vincolato – di una valutazione da compiere 'a monte' dagli esiti tutt'altro che scontati.

Paradossalmente è proprio il caso concreto da cui origina la pronuncia in commento ad evidenziare i limiti di un approccio basato su sindacato *ex ante*, peraltro fondato su un parametro così sfuggente. Invero, la fattispecie sottoposta all'amministrazione competente nel caso in esame – trattandosi di un

---

<sup>49</sup> Cfr. D. CORLETTI, *Vizi formali e i "poteri" del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 33 ss, il quale pone efficacemente in evidenza che "In verità pare che l'ingenuo legislatore ritenga che per tutti i provvedimenti vincolati possa risultare "palese" se abbiano o no alternative: ossia se il provvedimento adottato sia o no legittimo. Lo fa pensare la formula "per la natura vincolata, sia palese che ...". (...) Inutile dire che non è proprio sempre così".

provvedimento fondato sulla sussistenza o meno di un dato di fatto tipizzato dalla legge e di facile constatazione – non dava adito a particolari incertezze; eppure dalla pronuncia in commento si evince che, a seguito di un approfondimento in concreto operato solo *ex post*, l'opinione dei giudici sui fatti di causa è risultata diametralmente opposta<sup>50</sup>.

Il semplice riferimento al tema della "complessità" della situazione concreta, ha fatto sì che con tale pronuncia il Collegio si assestasse, più o meno consapevolmente, in una posizione *latu sensu* mediana: da un lato - confutando le controdeduzioni dell'amministrazione appellata - ha superato l'indirizzo giurisprudenziale maggioritario in un'ottica più garantista; dall'altro - introducendo un parametro indeterminato strumentale ad individuare i provvedimenti da attrarre nell'orbita dell'art. 21-*octies* - ha compiuto qualche passo indietro rispetto alle pronunce, dalla stessa sentenza richiamate<sup>51</sup>, che ritengono necessaria l'applicazione delle le garanzie partecipative indipendentemente dalla natura o dalla complessità degli accertamenti che l'amministrazione dovrà effettuare. Si ritiene che solo aderendo *in toto* a tale ultima interpretazione la partecipazione del privato al procedimento, lungi dall'essere intesa quale possibile fattore appesantimento dell'azione amministrativa, verrebbe piuttosto valorizzata soprattutto nel suo versante

---

<sup>50</sup> Un caso ontologicamente analogo – seppur relativo all'omessa comunicazione del preavviso di rigetto - si rinviene in una pronuncia relativa al diniego del rinnovo del permesso di soggiorno, nella quale la "complessa documentazione prodotta da parte ricorrente" – la cui allegazione e valutazione nel corso del procedimento era stata di fatto impedita - è stata considerata ostativa all'applicazione del primo alinea dell'art. 21-*octies*: data la necessità di svolgere approfondimenti istruttori sulla base della nuova documentazione prodotta in giudizio, il Collegio ha ritenuto che l'accertamento della legittimità sostanziale del diniego e, quindi, dell'assenza di alternative decisorie, si sarebbe potuto svolgere "solo al compiuto esame" della suddetta documentazione da parte dell'amministrazione, "da effettuarsi nella naturale sede procedimentale" Cfr. TAR Emilia Romagna, Parma, Sez. I, 15 marzo 2016, n. 92.

<sup>51</sup> Si pensi, ad esempio al recente TAR Campania, Napoli, Sez. II, 19 ottobre 2006, n. 8683, in *Foro amm.*, 2006, 10, 3290, "La necessità della comunicazione di avvio del procedimento ai destinatari dell'atto finale è stata prevista in generale dall'art. 7, l. n. 241 del 1990 non soltanto per i procedimenti complessi che si articolano in più fasi (preparatoria, costitutiva ed integrativa dell'efficacia), ma anche per i procedimenti semplici che si esauriscono direttamente con l'adozione dell'atto finale, i quali comunque comportano una fase istruttoria da parte della stessa autorità emanante. La suddetta fase procedimentale, pertanto, non può essere omessa o compressa per il fatto che si sia in presenza di un provvedimento a contenuto vincolato, atteso che è stata affermata dalla giurisprudenza più recente la sussistenza dell'obbligo di avviso dell'avvio anche nell'ipotesi di provvedimenti a contenuto totalmente vincolato, sulla scorta della condivisibile considerazione che la pretesa partecipativa del privato riguarda anche l'accertamento e la valutazione dei presupposti sui quali si deve comunque fondare la determinazione amministrativa."

collaborativo, diventando al contempo baluardo di garanzia e possibile strumento volto al raggiungimento della stessa efficienza amministrativa<sup>52</sup>.

---

<sup>52</sup> In tal senso, M.R. SPASIANO, *op. cit.*