GIUSTIZIA INSIEME

Diritto e Processo Amministrativo

Decisione vincolata e garanzie procedimentali

Nota a Cons. Stato, sez. III, 7 novembre 2024, n. 8908

di **Ilaria Genuessi**

Riflessioni sul rapporto tra garanzie partecipative e natura vincolata del provvedimento amministrativo impugnato

14 marzo 2025

Sommario: 1. Il caso concreto in esame. – 2. La ricostruzione operata dal Consiglio di Stato nella fattispecie in questione. – 3. Cenni in chiave diacronica all'odierno sistema di garanzie partecipative in relazione al procedimento amministrativo. – 4. La disciplina di cui all'art. 21-*octies*, comma secondo: un inquadramento della previsione normativa – 5. La natura sostanziale, ovvero processuale, della norma. – 6. La portata dell'articolo in relazione alla natura vincolata del provvedimento. – 7. Alcune riflessioni conclusive: la rilevanza dell'apporto partecipativo del privato.

1. Il caso concreto in esame

La fattispecie concreta in esame vede quale ricorrente una società a responsabilità limitata avente quale attività principale la produzione ed il commercio di prodotti e insaccati a base di carne, la quale otteneva dall'Istituto nazionale di previdenza sociale, per alcuni periodi tra il 2014 e il 2015, l'autorizzazione alla Cassa integrazione guadagni ordinaria in ragione della crisi temporanea di impresa ingenerata dal sequestro giudiziario di un macchinario disposto

dall'autorità in conseguenza di un gravissimo incidente sul lavoro occorso ad un dipendente, oltre che della più generale crisi del settore produttivo e della contrazione delle commesse.

Di seguito, nel 2019, tuttavia, la Direzione provinciale dell'I.N.P.S. di Lecce, disponeva la revoca delle autorizzazioni ritenendo fossero «*venuti meno i presupposti previsti dalle disposizioni vigenti per la concessione degli ammortizzatori sociali*», in particolar modo fondandosi sulle risultanze delle indagini di polizia economico-finanziaria svolte presso il Salumificio medesimo ad opera della Guardia di finanza.

I militari, in dettaglio, ponevano l'accento su di un accordo commerciale sottoscritto dalla società in questione con altra società polacca al fine del trasferimento della produzione all'estero, peraltro contestuale rispetto al periodo di avvio delle procedure per l'accesso ai suddetti ammortizzatori sociali, con il paventato intento di perseguire un significativo abbattimento dei costi di produzione.

A giudizio della Guardia di finanza, in particolare, tale accordo, non sarebbe stato reso noto agli Organi delle procedure, poiché diversamente avrebbe palesato la reale intenzione della società di non riprendere affatto l'attività di produzione in Italia bensì di procedere ad una effettiva delocalizzazione della produzione medesima, mediante il licenziamento di 55 dipendenti dopo aver avuto accesso a tutte le possibili forme di integrazione di integrazione salariale vigenti.

La società ricorrente, pertanto, impugnava la predetta nota di revoca emanata dall'I.N.P.S. innanzi al T.A.R. Puglia – Sezione staccata di Lecce, estendendo poi le medesime censure, mediante motivi aggiunti, avverso la stessa nota informativa della Guardia di finanza a fondamento del provvedimento dell'I.N.P.S.

In primo grado, in particolare, il ricorrente fondava le proprie censure su di una centrale argomentazione avente ad oggetto la frustrazione delle garanzie partecipative ed il difetto istruttorio e motivazionale della nota, rilevando altresì la violazione dell'art. 21-*nonies* della legge n. 241/1990 per l'inosservanza del termine ivi previsto per l'esercizio del potere di annullamento di ufficio.

Il Giudice di primo grado concludeva, tuttavia, respingendo il predetto gravame sull'assunto per cui, a dispetto dell'allegata inosservanza delle prerogative partecipative, l'impugnato provvedimento di annullamento d'ufficio presentava carattere vincolato, tenuto conto anche delle significative circostanze fattuali riscontrate dalla Guardia di Finanza. Le risultanze *de qua*, in particolare, venivano poste dall'Ente previdenziale alla base del provvedimento impugnato, nella forma della motivazione *per relationem*.

Il Giudice di primo grado riteneva che gli esiti dell'attività di indagine – di seguito altresì posti al vaglio della stessa magistratura penale per le gravi ipotesi di reato ipotizzate (art. 640-*bis* c.p.) – fossero stati adeguatamente valutati sul piano amministrativo dall'Ente previdenziale, nei loro elementi di fatto, palesando nella fattispecie l'evidente insussistenza dei requisiti di legge per l'ottenimento della C.I.G.O.

Rispetto alla specifica censura concernente l'inosservanza del termine di diciotto mesi per l'esercizio dell'annullamento d'ufficio, il T.A.R. riteneva inoltre dovesse ravvisarsi, nel caso di specie, l'ipotesi della falsità rappresentativa, con la conseguenza per cui si potesse prescindere dal termine disposto dal secondo comma dell'art. 21-*nonies* l. n. 241/1990.

Insorgeva pertanto la società in sede di appello denunciando l'*error in iudicando* del primo giudice consistente proprio nel non aver ravvisato la violazione delle garanzie partecipative in sede di procedimento di riesame esitato nel suddetto provvedimento di secondo grado.

In particolar modo, la società rilevava l'assenza della comunicazione di avvio del procedimento, così come del contraddittorio endoprocedimentale, lamentando altresì come la motivazione *per relationem*, nella fattispecie concreta, non sarebbe apparsa soddisfacente; rimarcava, in aggiunta, la violazione del termine invalicabile di diciotto mesi per l'esercizio del potere di riesame in autotutela.

Nel dettaglio, l'appellante palesava la non condivisibilità della tesi per cui il provvedimento avrebbe avuto contenuto vincolato e conseguentemente l'esito dell'attività di riesame sarebbe stato necessitato (e immune da censure) in applicazione dell'art. 21-*octies*, comma secondo, della legge n. 241/1990.

2. La ricostruzione operata dal Consiglio di Stato nella fattispecie in questione

Così ricostruita la vicenda in termini di statuizioni di primo e successiva impugnazione in appello, occorre porre in evidenza come il giudizio innanzi al Consiglio di Stato si sia concluso, nel caso di specie, con una declaratoria di fondatezza dell'appello e, dunque, di accoglimento del medesimo, alla luce di una ricostruzione della fattispecie procedimentale ampiamente difforme rispetto a quella operata in prime cure.

In particolar modo, il Supremo Consesso dissente dall'argomentazione centrale esposta dal Giudice di primo grado per cui, nella fattispecie in esame, la comunicazione di avvio del procedimento di secondo grado in questione, in concreto, sarebbe risultata irrilevante, in applicazione del disposto dell'art. 21-*octies*, comma 2 l. 241/90, assumendo il provvedimento di annullamento d'ufficio un carattere vincolato per l'I.N.P.S. in correlazione alle significative circostanze fattuali riscontrate dalla Guardia di Finanza e di seguito comunicate all'Ente previdenziale.

In altri termini e semplificando – a giudizio del T.A.R. adito – il provvedimento dell'Istituto nel caso in esame avrebbe assunto carattere vincolato sottraendosi per l'effetto alle garanzie partecipative previste dalla legge sul procedimento amministrativo.

Ecco che, proprio in relazione a tale specifica questione, il Collegio in sede di appello rileva una fallacia ricostruttiva nel ragionamento operato dal Giudice di prime cure: infatti, se è vero che l'esito del riesame in autotutela è la decadenza**[i]**dal regime di integrazione salariale, all'acclarata insussistenza dei presupposti legalmente previsti e tale esito deve necessariamente considerarsi "vincolato" non essendovi spazio utile per il contraddittorio con la parte interessata, ciò non può parimenti dirsi nell'ipotesi in cui sia revocata in dubbio la sussistenza stessa dei presupposti legittimanti, postulante accertamenti in fatto, rispetto ai quali può risultare utile, o meglio necessario, l'apporto partecipativo del destinatario medesimo del provvedimento.

In tal senso, il Collegio giunge ad affermare nella pronuncia in commento che, laddove l'accertamento dei presupposti di fatto del provvedimento richieda un'istruttoria *ad hoc*, l'apporto partecipativo – a partire dalla comunicazione di avvio del procedimento – deve essere ritenuto rilevante e doveroso, anche laddove si tratti di provvedimenti vincolati, consentendo il confronto procedimentale una più ponderata valutazione dei presupposti sui quali si fonda la determinazione dell'amministrazione.

Ebbene, proprio tale tesi ricostruttiva sostenuta dal Giudice di appello, parimenti adottata in antecedenti pronunce del giudice amministrativo peraltro riprese nella sentenza in commento **[ii]**, consente al medesimo di analizzare la medesima fattispecie concreta oggetto della controversia da altro angolo visuale.

Così, in dettaglio, l'accertamento della carenza dei presupposti per l'accesso al regime di integrazione salariale sarebbe derivato, nel caso di specie, dalla complessa e articolata ricostruzione fattuale operata, in esito alle attività investigative svolte dai militari della Guardia di finanza, di seguito recepita dalla Direzione provinciale dell'I.N.P.S. di Lecce in assenza di

qualsiasi ulteriore approfondimento e, soprattutto, di un confronto partecipativo con la società interessata.

In particolare, nell'ambito della nota informativa del Nucleo di polizia economico-finanziaria della Guardia di finanza di Lecce – sottoposta altresì all'attenzione della magistratura inquirente in sede penale per l'ipotesi di reato di truffa aggravata *ex* art. 640-*bis* c.p. – si opera una precisa ricostruzione dei fatti per la quale la paventata crisi temporanea di impresa, addotta dalla Società a fondamento dell'accesso al regime di integrazione salariale e riconducibile asseritamente al sequestro penale della macchina impastatrice, sarebbe stata invero orientata a dissimulare il reale intento di delocalizzazione dell'intera produzione in Polonia, come sarebbe poi avvenuto in virtù dell'accordo commerciale concluso dalla società con una ditta polacca.

Conseguentemente, l'Istituto appellato si sarebbe poi determinato alla revoca delle autorizzazioni alla cassa integrazione guadagni ordinaria sulla scorta della suddetta circostanziata nota informativa della Guardia di finanza, di fatto, dunque, mediante un provvedimento adottato in assenza di qualsivoglia partecipazione del privato e motivato unicamente *per relationem****[iii]***.

In sede processuale, tuttavia, la tesi sopra esposta e prospettata dagli investigatori, pur profilandosi dettagliata e doviziosamente corroborata da supporti documentali, veniva sconfessata negli esiti, alla luce della discrasia fattuale emersa grazie alle controdeduzioni ed alla ricostruzione degli eventi offerta dalla società, addotte in giudizio proprio al fine di smentire la tesi degli investigatori (la quale peraltro – occorre precisare – non ha avuto alcun seguito in sede penale)**[iv]**.

In definitiva, proprio tale difformità sul piano fattuale, a giudizio del Collegio, avrebbe posto in evidenza come l'omissione delle garanzie partecipative, e così *in primis* la mancata comunicazione di avvio del procedimento, nel caso di specie, non sarebbe stata scriminabile in virtù della peculiare disciplina sui vizi non invalidanti, per la precipua ragione per cui l'accertamento dei presupposti di fatto del provvedimento impugnato – nella fattispecie, in particolare, l'assenza di crisi temporanea di impresa e l'intento fraudolento della Società – si sarebbe palesato come lungi dall'essere di agevole esperimento e, al contrario, si sarebbe manifestata l'ipotesi delle "situazioni peculiari e giuridicamente complesse", al ricorrere delle quali la stessa giurisprudenza amministrativa pretende la piena osservanza delle garanzie partecipative dell'interessato**[v]**.

Pertanto, il Consiglio di Stato, sulla base della dirimente argomentazione predetta, conclude nel senso che la censura che fa leva sull'omissione della comunicazione di avvio del procedimento, nonché sulla frustrazione delle prerogative partecipative, debba ritenersi, nel caso concreto, fondata e assorbente.

A dispetto della disciplina sui vizi non invalidanti, infatti, nella fattispecie in esame il contenuto dispositivo del provvedimento avrebbe potuto (e dovuto) beneficiare dell'apporto partecipativo della società interessata, in particolar modo al fine di chiarire le premesse fattuali strumentali all'accertamento dei presupposti per l'accesso al regime di integrazione salariale (*rectius*, alla connessa revoca o decadenza dallo stesso)**[vi]**.

In concreto, pertanto, la pronuncia in esame, in riforma dell'impugnata sentenza, accoglie il ricorso introduttivo di primo grado, con conseguente annullamento del provvedimento impugnato, fatta salva l'eventuale riedizione del potere, nel rispetto proprio delle summenzionate garanzie partecipative.

3. Cenni in chiave diacronica all'odierno sistema di garanzie partecipative in relazione al procedimento amministrativo

Come noto, l'agire della pubblica amministrazione si è tradizionalmente concretizzato nell'emanazione di determinazioni unilateralmente incidenti sulla sfera del cittadino, secondo una logica evidentemente di tipo autoritativo in virtù della finalizzazione dell'azione pubblica al perseguimento dell'interesse pubblico.

Il medesimo potere imperativo e autoritativo concretizzato nel provvedimento amministrativo disvelava, del resto, la posizione di supremazia dell'amministrazione sul cittadino, avente uno *status*, di fatto, di soggetto "amministrato", in quanto tale titolare di una posizione giuridica soggettiva di interesse legittimo di tipo oppositivo, inteso come interesse ad opporsi alla validità del provvedimento amministrativo lesivo della sua sfera giuridica**[vii]**.

Di conseguenza, alla luce di tale rapporto vigente tra l'autorità amministrativa ed il soggetto amministrato, non risultava evidentemente nemmeno possibile concepire la sussistenza di un interesse del cittadino alla partecipazione al procedimento amministrativo. Quest'ultimo, peraltro, era inteso quale sequenza di atti strumentali rispetto al provvedimento, unico atto fondamentale dotato di rilevanza esterna, ossia idoneo a cagionare lesioni di posizioni soggettive: si assisteva cioè, in altri termini, ad una sostanziale prevalenza del momento

provvedimentale rispetto a quello procedimentale[viii]. In tal senso, gli stessi vizi inficianti gli atti prodromici al provvedimento finale assumevano una rilevanza solamente nel caso di idoneità a compromettere la validità stessa del provvedimento: l'impugnativa del provvedimento necessitava, in altri termini, in tale ipotesi, anche della contestazione dell'atto antecedente, determinante l'invalidità derivata del provvedimento medesimo.

In tale contesto, pertanto, il rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione muta in maniera radicale con l'avvento della legge sul procedimento amministrativo: in dettaglio, il Capo III della l. 241/1990, infatti, introduce una disciplina concernente la partecipazione al procedimento da parte dei soggetti interessati[ix]. Ai sensi dell'art. 10 della suddetta legge, in particolare, è finalmente consentito al cittadino, portatore di interessi connessi al procedimento, di sottoporre all'amministrazione competente circostanze, fatti e, in termini generali, documenti e memorie che lo riguardano e, soprattutto, che l'amministrazione è obbligata a prendere in considerazione nell'ambito dell'istruttoria condotta al fine di addivenire alla determinazione finale e conclusiva del procedimento[x].

Ecco che, in tal senso, si riconosce una duplice valenza dell'istituto della partecipazione. Da un lato e in primo luogo, il medesimo realizza una funzione di garanzia per l'amministrato, assicurando tutela e considerazione agli interessi dei cittadini, i quali possono far valere nell'ambito del procedimento interessi diversamente posti in luce nell'ambito di un eventuale successivo processo amministrativo avverso il provvedimento.

Dall'altro lato, inoltre, l'istituto della partecipazione e gli strumenti al medesimo riconducibili e disciplinati nell'ambito della l. n. 241/1990, si pongono quali strumenti di collaborazione del privato rispetto all'attività dell'amministrazione funzionalizzata alla decisione amministrativa, consentendo peraltro, anche in ottica deflativa del contenzioso, di considerare, ponderare e valutare adeguatamente tutti gli interessi implicati nell'emanazione di un provvedimento, limitando altresì eventuali vizi ed errori.

In tal senso, dunque, il procedimento amministrativo stesso viene ad essere inteso come la sede della comparazione e ponderazione dei diversi interessi coinvolti e non assolve più unicamente – come sopra esposto – una funzione meramente strumentale rispetto al provvedimento finale.

D'altra parte, come posto in evidenza anche dalla dottrina[xi], la partecipazione al procedimento è oggi intesa anche quale strumento di democraticità che ha contributo alla transizione da un'amministrazione intesa quale autorità che impone unilateralmente le decisioni al cittadino, ad una connotata da partecipazione, talvolta financo condivisione e collaborazione, oltre che

trasparenza in relazione all'esercizio dell'azione amministrativa**[xii]**.

Peraltro, il diritto alla partecipazione si è concretizzato, in primo luogo, nella figura del responsabile del procedimento e nella connessa previsione circa l'obbligo stesso per il responsabile, nell'ambito delle sue funzioni, di dare comunicazione in relazione all'avvio del procedimento ai soggetti destinatari (artt. 6 e 7 l. n. 241/1990) ossia ai soggetti rispetto ai quali il provvedimento avrà effetti diretti, coloro che per legge devono intervenire nel procedimento e che siano quindi identificati o identificabili. L'art 8, di seguito, declina contenuto e modalità di invio della comunicazione di avvio del procedimento**[xiii]**.

Ciò posto, un aspetto al centro del dibattito è stato certamente quello concernente le conseguenze della omessa comunicazione di avvio del procedimento, la quale di norma si concretizzerebbe in una violazione di legge determinante potenziale annullamento del provvedimento per violazione di legge.

È, di seguito, mediante la riforma disposta dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15, recante "*Modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241, concernenti norme generali sull'azione amministrativa*" che la previsione di cui all'art. 21-*octies* della medesima legge sul procedimento di fatto introduce un limite rispetto alla suddetta annullabilità del provvedimento, con uno spostamento del focus dall'illegittimità formale del provvedimento ad una di ordine sostanziale, con l'affermazione di quello che è stato pertanto definito un «*principio di prevalenza della correttezza sostanziale dell'atto sulla illegittimità formale*»**[xiv]**.

4. La disciplina di cui all'art. 21-octies, comma secondo: un inquadramento della previsione normativa

Come noto, la sopra menzionata disciplina dei vizi non invalidanti, di cui all'art. 21-*octies*, comma secondo, della legge n. 241 del 1990**[xv]**, esclude l'annullabilità dei provvedimenti adottati in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, risulti palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato e aggiunge che, indipendentemente dalla sua natura vincolata, il provvedimento non sarebbe annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento sarebbe stato ad ogni modo corrispondente rispetto a quanto concretamente disposto**[xvi]**.

In sostanza, dunque, la norma in oggetto esclude l'annullabilità, in primo luogo, del provvedimento amministrativo vincolato affetto da vizi formali, oltre che di qualsiasi provvedimento viziato da omessa comunicazione dell'avvio del procedimento.

La disposizione pertanto si suddivide in due parti, che occorre prendere in esame singolarmente: la prima a carattere generale e avente ad oggetto qualsiasi violazione delle norme sul procedimento amministrativo e sulla forma degli atti, mentre la seconda più specifica e unicamente riferita alla violazione del disposto di cui all'art. 7 della l. n. 241/90.

La prima parte opera, inoltre, un espresso riferimento ai provvedimenti vincolati; di contro, implicitamente, la seconda parte si rivolge ai provvedimenti discrezionali.

Ancora, occorre rilevare come nella prima ipotesi semplicemente debba risultare palese che il contenuto dispositivo del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato, mentre nella seconda incombe altresì sull'amministrazione l'onere di provare l'ininfluenza del vizio.

La portata della norma in questione, pertanto, è apparsa di particolare rilievo considerando, nell'ambito della teoria generale del diritto amministrativo, l'assioma centrale per la materia concernente l'inderogabilità degli effetti delle norme volte a regolare l'attività delle pubbliche amministrazioni, la cui violazione determina automaticamente l'annullabilità del provvedimento amministrativo, in presenza di una seppur minima difformità tra l'atto concretamente adottato ed il relativo modello legale.

Peraltro, occorre precisare come il predetto postulato sia stato, di seguito, posto in dubbio ad opera della stessa più recente dottrina, così come dalla giurisprudenza nella misura in cui si è messo in evidenza come non si ravviserebbe invalidità del provvedimento amministrativo in ipotesi di vizi caratterizzati da uno scarso rilievo della norma violata rispetto agli interessi pubblici implicati nella decisione amministrativa**[xvii]**.

Dovendo brevemente inquadrare l'istituto di cui trattasi in chiave storica si può, in aggiunta, rilevare come in ossequio al principio di legalità, a lungo, il potere amministrativo sia stato riconosciuto in capo all'amministrazione pubblica fintantoché il medesimo si esplicasse nella stretta corrispondenza tra provvedimenti dell'autorità amministrativa e predeterminate previsioni di legge. In particolare, una seppur minima violazione della norma di legge comportava l'illegittimità dell'atto, in assenza, dunque, di una distinzione tra violazione formale e sostanziale delle disposizioni di legge legittimanti l'esercizio del potere amministrativo, considerate in quanto tali vere e proprie norme di ordine pubblico con conseguente sanzione

occorrente nel caso di violazione delle stesse.

Con il tempo, tuttavia, si è anche affermata una concezione volta a distinguere l'entità delle violazioni normative e, dunque, tesa a valorizzare un'interpretazione delle norme in senso teleologico; contestualmente si è accentuato il valore di principi quali quello di buon andamento, così come si è sempre più attribuito rilievo al c.d. modello di amministrazione di risultato**[xviii]**.

A tale riforma sul piano normativo concernente l'azione dell'amministrazione, si è peraltro accompagnata una rivoluzione anche sul fronte giurisdizionale implicante un sostanziale spostamento del sindacato del giudice verso il risultato dell'azione amministrativa e nel senso dell'affermazione di una giurisdizione di risultato. Così, in particolare, la medesima dovrebbe essere, da un lato, effettivamente in grado di garantire alla parte tutto quanto spettante sulla base del diritto sostanziale e, dall'altro lato, chiamata a ricomprendere nell'oggetto della cognizione, nel rispetto del principio della domanda, non soltanto l'atto impugnato, bensì la stessa pretesa al bene della vita che il ricorrente mira a conseguire o a conservare e ciò anche al di là della sequenza di atti impugnati.

Ecco dunque che, nell'ambito di tale evoluzione – nella presente sede evidentemente delineata per cenni – l'art. 21-*octies*comma 2 può essere letto quale approdo anche nel senso del passaggio da un giudizio sull'atto amministrativo ad un giudizio inerente al rapporto, con l'attribuzione al giudice amministrativo in sede di scrutinio della prerogativa volta a vagliare la funzione amministrativa al di là dell'atto formalmente adottato, potendo il medesimo non procedere all'annullamento, nella misura in cui al ricorrere di determinati presupposti, sia accertata la conformità tra l'atto e la funzione in capo all'autorità amministrativa in senso sostanziale.

In altri termini, in tal senso, si è approdati ad una riconfigurazione del sindacato di legittimità del giudice amministrativo non limitato al singolo provvedimento bensì riferito al potere ed alla complessiva attività dell'amministrazione in riferimento agli interessi perseguiti. D'altra parte, tale concezione consente di evitare che all'annullamento in sede giurisdizionale di un provvedimento per vizio formale consegua una riedizione del potere amministrativo mediante l'adozione di un nuovo atto del medesimo tenore.

Alla base della specifica previsione, del resto, può ravvisarsi il principio – di rilevanza costituzionale – di buon andamento, il quale ulteriormente e più specificamente può declinarsi, con ricadute in ambito sostanziale, bensì anche processuale, nei principi – tra gli altri – di efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa, di conservazione degli effetti giuridici e di raggiungimento dello scopo**[xix]**.

In particolare, sul piano strettamente sostanziale, la previsione di cui trattasi può essere intesa quale norma che di fatto conduce ad una prevalenza del principio di buon andamento stesso su quello di legalità, oltre che di consolidamento della legalità sostanziale, rispetto a quella formale **[xx]**.

Ancora, la norma, sempre in ottica di diritto sostanziale, comporta una rilettura del rapporto tra fattispecie legale ed astratta e provvedimento, quale fattispecie concreta, e conduce pertanto ad una rimeditazione del medesimo schema norma-potere-effetto**[xxi]**, laddove è stabilito che una violazione di una norma di azione non determina l'invalidità del provvedimento adottato.

5. La natura sostanziale, ovvero processuale, della norma

Ebbene, nella presente sede mette conto rilevare altresì come, nel corso del tempo, si sia originato un vivace dibattito in dottrina, oltre che in giurisprudenza, circa la natura sostanziale, ovvero processuale del suddetto comma secondo dell'art. 21-*octies* l. n. 241/90.

In primo luogo, ponendo l'attenzione sulla disposizione di cui al primo periodo del secondo comma, occorre notare come la norma non tratti espressamente di illegittimità, bensì di non annullabilità dell'atto. Ne è conseguita, pertanto, un'interpretazione della previsione in senso processuale, secondo la quale il provvedimento sarebbe ad ogni modo illegittimo, sebbene al giudice amministrativo sarebbe precluso annullarlo, con contestuale possibilità pertanto di accordare al privato la tutela risarcitoria.

Secondo tale orientamento giurisprudenziale, in particolare, la norma – in ossequio al principio di legalità inteso in accezione sostanziale e conformemente ai principi di efficacia ed economicità dell'azione amministrativa, così come al più generale principio costituzionale di buon andamento – sarebbe orientata a favorire l'interesse pubblico alla conservazione degli atti amministrativi, dando prevalenza al suddetto interesse, rispetto a quello dell'annullamento di provvedimenti dell'amministrazione pubblica non conformi al relativo modello legale**[xxii]**.

I sostenitori di tale tesi, ancora, hanno posto in rilievo come la volontà del legislatore in rapporto alla norma *de qua* fosse quella di limitare il potere di annullamento del giudice, pur in presenza di un atto adottato in violazione di norme, nello specifico procedimentali.

Il suddetto orientamento, tuttavia, è stato di seguito superato da una successiva ricostruzione adottata dal giudice amministrativo**[xxiii]**, di stampo sostanzialista a proposito dell'invalidità dell'atto amministrativo, tesa a valorizzare la novella del 2005, quale riforma sistematica del

compendio normativo in tema di procedimento amministrativo**[xxiv]**. Tale impostazione sostanzialista risulterebbe poi ulteriormente supportata dalle innovazioni introdotte dal legislatore sul tema nel 2014, nel senso dell'espressa limitazione del rinvio recato dall'art. 21-*nonies* al solo primo comma del 21-*octies****[xxv]***.

In tal senso, in dettaglio, il secondo comma dell'art. 21-*octies* è stato interpretato quale espressione di vizi non incidenti sul contenuto dell'atto e, pertanto, non determinanti l'invalidità del medesimo.

Così, il provvedimento amministrativo adottato in violazione di norme relative alla forma (come nell'ipotesi di mancata comunicazione di avvio), ovvero al procedimento, risulterebbe processualmente non annullabile e legittimo sul piano sostanziale.

Tale effetto è stato fondato da taluni basandosi sull'argomentazione della "dequotazione" del vizio di legittimità a mera irregolarità**[xxvi]**; mentre altri autori, sempre nell'ambito del filone "sostanzialista", hanno fatto riferimento al meccanismo della c.d. sanatoria *ex lege*, secondo la quale la disposizione di cui all'art. 21-*octies*, comma secondo, farebbe discendere dal dato della sostanziale correttezza del provvedimento l'effetto sanante dell'illegittimità procedimentale, così in qualche maniera privilegiando il momento provvedimentale rispetto all'*iter* procedimentale **[xxvii]**.

In dottrina, pertanto, considerando proprio la disciplina delle invalidità e le relative novità introdotte in proposito dalla menzionata l. n. 15/2005, ci si è domandati se non siano state poste dal legislatore le basi per un ripensamento dell'impostazione propria della l. 241/90 evidentemente fondata sulla centralità del momento procedimentale rispetto a quello provvedimentale, anche in ottica di trasparenza, partecipazione e democraticità. In relazione alle modifiche disposte dalla novella del 2005 – si pensi ad esempio alla specifica ipotesi della mancata comunicazione di avvio al procedimento – sarebbe cioè sorto il dubbio circa la sussistenza o meno di una tendenza volta a riconoscere la prevalenza del momento provvedimentale, della validità del provvedimento e della tutela del suo contenuto, a discapito delle garanzie partecipative in relazione al procedimento**[xxviii]**.

Non si può inoltre non considerare che aderire ad una o all'altra delle tesi sopra prospettate determina poi conseguenze non certo trascurabili anche sul fronte giurisdizionale in termini di pronunce, di merito o di rito, che il giudice amministrativo potrà essere chiamato a rendere per definire il relativo giudizio.

6. La portata dell'articolo in relazione alla natura vincolata del provvedimento

La stessa questione della natura e della portata della norma in oggetto appare anche strettamente legata a quella dell'ampiezza degli effetti della previsione, in relazione all'esercizio del potere dell'amministrazione che si esplichi in attività vincolata, ovvero discrezionale.

Ecco che, in quest'ottica, l'approdo fondamentale della pronuncia in commento pare in particolare legato alla questione della rilevanza del confronto procedimentale con l'interessato, giudicato in tal senso necessario e imprescindibile, agli effetti della legittimità del provvedimento, anche laddove si tratti di provvedimenti vincolati, nella misura in cui l'apporto partecipativo sia utile per giungere ad un accertamento dei presupposti di fatto del provvedimento stesso che richieda un'istruttoria specifica.

La sentenza, in altri termini, esplicita come la natura vincolata del provvedimento amministrativo non valga ad esimere dall'osservanza delle garanzie partecipative, a partire proprio dalla comunicazione di avvio del procedimento, nell'ipotesi di situazioni peculiari e giuridicamente complesse**[xxix]**.

L'obbligo dell'inoltro della comunicazione dell'avvio del procedimento opererebbe anche nell'ipotesi di provvedimenti a contenuto totalmente vincolato, posto che la pretesa partecipativa del privato riguarderebbe l'accertamento e la valutazione dei presupposti fattuali sui quali si deve comunque fondare la determinazione amministrativa**[xxx]**.

Si consideri inoltre che a tale approdo giurisprudenziale si è evidentemente pervenuti, anche sulla scia del menzionato filone interpretativo**[xxxi]**, considerando in particolare la portata dell'art. 21-*octies*, comma secondo, della l. sul procedimento amministrativo.

Nel dettaglio, il primo periodo del comma secondo del suddetto articolo in commento opera un riferimento ad una fattispecie generale, con riguardo ad ogni tipologia di vizio che rientri nella categoria delle norme sul procedimento o sulla forma degli atti, fondata, in particolare, sui tre elementi seguenti: la natura formale della norma violata («*norme sul procedimento o sulla forma degli atti*»); l'ininfluenza del vizio sul contenuto dispositivo del provvedimento e la natura vincolata del provvedimento medesimo.

Rispetto a quest'ultimo profilo, in particolare, occorre precisare se la natura vincolata dell'atto debba essere intesa in senso totale e assoluto, quale provvedimento privo di alternative, in fatto oltre che in diritto, ovvero in senso solo parziale (quale atto vincolato solo nell'*an* o solo nel *quid*)

e relativo (quale provvedimento con margini di scelta in fatto o in diritto).

In tal senso, al fine di evitare una sproporzionata applicazione della norma *de qua*, parte della dottrina ha adottato una ricostruzione nel senso predetto maggiormente restrittivo. Così, si è ricondotta la formulazione «*natura vincolata del provvedimento*» alle fattispecie di provvedimento vincolato nell'emanazione e nel contenuto, nonché a quelli discrezionali quanto ad emanazione, sebbene vincolati in relazione al contenuto. La natura vincolata del provvedimento, in particolare, si riferirebbe all'assenza di alternative giuridiche al provvedimento stesso.

La stessa giurisprudenza amministrativa ha inquadrato in tal senso i provvedimenti vincolati quali atti emanati dall'autorità amministrativa in presenza di presupposti dettati dalla legge, sottratti alla disponibilità delle parti e aventi natura dichiarativa di un effetto direttamente scaturente dalla legge. Tipicamente, tali provvedimenti sarebbero riconducibili a procedimenti: di espulsione di cittadini extracomunitari dal territorio nazionale; di repressione di abusi edilizi; relativi al collocamento a risposo di pubblici dipendenti per raggiunti limiti di età; di inquadramento dei pubblici dipendenti**[xxxii]**.

In giurisprudenza si è posto in evidenza come di fatto tale specifica parte del comma 2 dell'articolo 21-*octies* avrebbe codificato il depotenziamento dei vizi formali e procedimentali: in tal senso, l'illegittimità non invalidante del provvedimento risulta specificamente subordinata alla sussistenza dei due aspetti della natura vincolata del provvedimento, oltre all'evidenza che il suo contenuto dispositivo non poteva essere difforme da quello adottato, tuttavia, tali elementi possono essere considerati in senso non eccessivamente restrittivo.

Gli stessi provvedimenti vincolati presentano un apprezzamento discrezionale rispetto al *quando* e al *quomodo*, con la conseguenza per cui il concetto medesimo di provvedimento vincolato parrebbe flessibile e tale aspetto andrebbe considerato in relazione all'applicazione della disciplina della c.d. illegittimità non invalidante.

In aggiunta, l'ulteriore presupposto individuato dalla norma di cui trattasi, corrispondente all'essere palese che la determinazione adottata non avrebbe potuto essere diversa, implicherebbe un giudizio che non potrebbe che essere emesso a posteriori, peraltro sulla base di una valutazione connotata da evidente opinabilità.

Dalla disposizione, in altri termini, emergerebbe un asservimento delle norme di natura procedimentale rispetto al concreto perseguimento dell'interesse di cui è portatore il privato, connesso al bene della vita che intende conservare od acquisire: in altri termini, laddove nel caso

concreto la norma di natura formale o procedimentale non palesi un'efficacia rispetto al raggiungimento del peculiare interesse fatto valere, non vi sarebbe conseguentemente ragione per procedere all'annullamento dell'atto viziato.

In sede giurisdizionale il giudice è pertanto chiamato, in primo luogo ad accertare l'esistenza del vizio di legittimità, qualificando il medesimo come violazione di legge sul procedimento, ovvero sulla forma; di seguito, ad identificare il tipo di funzione e, perciò, la natura vincolata del provvedimento e quale ultimo passaggio occorre valuti se la predetta acclarata violazione abbia interessato il contenuto sostanziale dell'atto impugnato. L'applicazione della norma, dunque, si svolge d'ufficio, nella misura in cui ricompresa tra i motivi del ricorso avverso un provvedimento di natura vincolata una censura formale dell'ordine di quelle esplicitate, al fine di valutare se accoglierla, il giudice amministrativo è chiamato a verificare la concreta incidenza della violazione formale o procedimentale di cui trattasi sul contenuto del provvedimento.

Il secondo periodo del comma 2 dell'articolo 21-*octies*, invece, individua un'ipotesi specifica, concernente il peculiare vizio della mancata comunicazione dell'avvio del procedimento, fondata su tre presupposti: la mancata comunicazione di avvio e, dunque, la tipicità della norma violata; l'onere della prova in capo all'amministrazione pubblica e l'irrilevanza del vizio rispetto al contenuto del provvedimento.

Certamente, in quest'ultimo caso si tratta di una previsione speciale rispetto a quella di cui al primo periodo del comma, posto che evidentemente l'obbligo di comunicazione di avvio si inserisce tale altre disposizioni normative sul procedimento, prevista in generale all'art. 7 e rientrante nel *genus* delle violazioni di legge di cui all'art. 21-*octies*, comma secondo, prima parte **[xxxiii]**.

Tuttavia, i due periodi potrebbero essere inquadrati nel senso di una specialità reciproca: la prima parte del comma poc'anzi presa in esame, infatti, sarebbe a sua volta speciale proprio in ragione dello specifico riferimento ai provvedimenti amministrativi vincolati, mentre la seconda parte ricomprenderebbe anche i provvedimenti discrezionali. Di conseguenza, nel caso di omessa comunicazione di avvio del procedimento, laddove il medesimo presenti natura vincolata, si applicherebbe la prima parte del 2° comma dell'art. 21-*octies* e non sarebbe disposto l'annullamento dell'atto qualora sia palese che il suo contenuto (sostanziale) non avrebbe potuto essere diverso da quello concretamente adottato; mentre, ove il procedimento abbia natura discrezionale, si procederebbe ad applicare la seconda parte del predetto comma e l'atto non

risulterebbe annullabile se l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello concretamente adottato.

7. Alcune riflessioni conclusive: la rilevanza dell'apporto partecipativo del privato

In definitiva, mediante la specifica previsione di cui all'art. 21-*octies* della l. 241/90 il legislatore non avrebbe inciso sull'art. 7 della medesima legge esentando dall'obbligo di comunicazione di avvio l'amministrazione pubblica laddove vengano in rilievo provvedimenti vincolati, in altri termini, rendendo legittimi gli atti vincolati non preceduti dalla suddetta comunicazione, ma avrebbe invece escluso la possibilità di annullamento dei predetti provvedimenti, ad opera del giudice, nel caso in cui il contenuto dispositivo «*non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato*», ponendo in evidenza peraltro la necessità di una specifica valutazione sul punto.

Nel caso di attività vincolata il giudizio è vero che potrebbe presentarsi agevole: alla luce di un quadro normativo di riferimento chiaro e riscontrato l'espletamento di un'istruttoria sui fatti completa, infatti, parrebbe ragionevole desumere che la partecipazione del privato non avrebbe comunque potuto influire sull'esito del procedimento e dunque sul contenuto del provvedimento stesso.

Tuttavia, si ritiene opportuno porre in evidenza anche che, nel caso di attività vincolata, ragionevolmente, l'apporto partecipativo del privato non avrebbe rilevanza sull'esito del procedimento qualora la valutazione dei presupposti di fatto e di diritto sia stata compiuta in maniera completa e corretta dall'amministrazione, così come peraltro direttamente desumibile dalla stessa motivazione dell'atto impugnato.

In tal senso, rileva proprio quanto espresso sul punto dal Collegio nel caso concreto in esame, ovverosia che l'apporto partecipativo del privato – a partire dalla comunicazione di avvio del procedimento – dovrebbe essere ritenuto rilevante e doveroso, anche laddove si tratti di provvedimenti vincolati, consentendo il confronto procedimentale una più ponderata valutazione dei presupposti sui quali si fonda la determinazione dell'amministrazione.

Nel caso di specie – come posto in evidenza nell'apparato motivazionale della pronuncia in commento – il contenuto dispositivo del provvedimento, infatti, avrebbe potuto (*rectius*, dovuto) beneficiare dell'apporto partecipativo del privato interessato, in particolar modo al fine di

chiarire le premesse fattuali necessarie per giungere ad una ponderata determinazione e ciò a maggior ragione ove, come nella fattispecie in questione, il provvedimento sia stato, non soltanto adottato in assenza di qualsivoglia partecipazione del privato, ma altresì motivato unicamente *per relationem* rispetto alle risultanze dell'attività investigativa svolta.

Così, rispetto allo specifico profilo della comunicazione di avvio**[xxxiv]**, quale istituto ricompreso tra le altre garanzie partecipative annoverate dalla legge sul procedimento, si ritiene condivisibile quanto affermato dalla pronuncia in esame e dal filone giurisprudenziale nell'ambito del quale si inserisce, per cui sussisterebbe l'obbligo di invio della comunicazione di avvio anche nelle 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 deve comunque fondare la determinazione amministrativa**[xxxv]**. In tal senso, come rilevato, non sarebbe rinvenibile alcun principio di ordine logico o giuridico che possa impedire al privato, destinatario di un atto vincolato, di rappresentare all'amministrazione l'inesistenza dei presupposti ipotizzati dalla norma, esercitando preventivamente sul piano amministrativo quella difesa delle proprie ragioni che altrimenti sarebbe costretto a svolgere unicamente in sede giudiziaria**[xxxvi]**.

In definitiva, non si pone in dubbio la rilevanza del principio generale di buon andamento, oltre che dell'art. 21-*octies*, comma secondo, della l. 241/90 che, nel dettare una disciplina circa i c.d. vizi non invalidanti – come esposto sopra – afferma chiaramente la necessità di dare prevalenza allo scopo ed al risultato, laddove in caso di attività vincolata, il provvedimento adottato non avrebbe potuto essere differente rispetto a quello emesso in violazione di norme sulla partecipazione al procedimento.

Inoltre, si intende altresì porre in evidenza il valore del – parimenti generale – principio di non aggravamento del procedimento correlato alla inevitabile garanzia dei principi di efficienza dell'azione amministrativa e del risultato, cui la questione in oggetto – dell'omissione di garanzie partecipative nell'ipotesi di attività amministrativa vincolata – potrebbe essere ricondotta **[xxxvii]**.

Rammentati i fondamentali principi cardine, essenzialmente finalizzati allo svolgimento di un efficace procedimento amministrativo, tuttavia, si intende sottolineare come la recente pronuncia in oggetto, collocandosi nel solco di un coerente orientamento della giurisprudenza sul punto, assume un particolare valore ed appare condivisibile nella misura in cui, adottando un approccio che conferisce preminenza alla forma, ma soprattutto nel senso della tutela delle istanze del privato, attribuisce alle garanzie partecipative un'importanza determinante

nell'adozione di un provvedimento esente da errori dell'amministrazione nella valutazione dei presupposti di fatto, specialmente ove si versi in fattispecie concrete connotate da particolare complessità e con specifico riguardo all'accertamento dei presupposti fattuali**[xxxviii]**.

Come a dire che, nella valorizzazione dei principi suddetti, non pare si possa espandere la portata dalla dell'art. 21-*octies*, comma secondo, prescindendo dalla natura derogatoria del meccanismo di dequotazione previsto dalla norma rispetto alla regola generale per la quale l'azione amministrativa, orientata alla cura concreta dell'interesse pubblico, deve comunque espletarsi all'interno del perimetro legislativo individuato dalle norme di azione**[xxxix]**. Con la conseguenza per cui le ipotesi in cui il principio del raggiungimento del risultato venga elevato a canone guida avente prevalenza rispetto alle anzidette norme si ritiene debbano risultare casi limitati, rispetto ai quali si possa sostenere che l'effettività della tutela del privato non venga sacrificata in ragione della prevalenza accordata alla conservazione dell'attività amministrativa compiuta**[xl]**. La portata di tale tesi interpretativa si ritiene, del resto, potrebbe e dovrebbe essere estesa a tutte le tipologie di procedimento anche particolarmente complesse e delicate**[xli]**.

[i] *Rectius,* più che di revoca si tratterebbe di annullamento d'ufficio, secondo la configurazione accolta nel giudizio di prime cure e non censurata in appello.

[ii] Si v. specialmente: Cons. Stato, sez. V, 22 dicembre 2014, n. 6235; sez. III, 14 settembre 2021, n. 6288; sez. VI, 23 aprile 2024, n. 3710.

[iii] Sul punto si v. la giurisprudenza, e così tra le altre Cons. Stato, sez. II, 6 maggio 2020 n. 2860, che ha precisato come la motivazione rappresenti contenuto insostituibile della decisione amministrativa, anche in ipotesi di attività vincolata, risultando pertanto in tal senso « *inammissibile un'integrazione postuma effettuata in sede di giudizio, mediante atti processuali, o comunque scritti difensivi*». Tra le pronunce più recenti sul tema v. Cons. Stato, sez. IV, 1° ottobre 2024, n.7880; sez. V, 25 ottobre 2024, n. 8527. In senso contrario, tra le altre, Cons. Stato, sez. II, 29 aprile 2024, n.3873; sez. V, 20 giugno 2024, n. 5520; sez. V, 23 settembre 2024, n.7724.

[iv] In tal senso, la società ha sconfessato la tesi per cui l'intento sarebbe stato maliziosamente quello di delocalizzare stabilmente l'intera produzione in Polonia avvantaggiandosi, nelle more, del conveniente regime di integrazione salariale: in tal caso, infatti, non si spiegherebbe, a dispetto di quanto rilevato nella nota dalla Guardia di finanza, il dato dei livelli occupazionali della società, tornati agli stessi livelli del 2014, se non superiori, una volta che l'accordo

commerciale con la società polacca era giunto alla naturale scadenza, senza esser stato peraltro prorogato.

[v] Per un'analisi di tale orientamento giurisprudenziale si v., in partic., Cons. Stato n. 396 del 2004. Nell'ambito della sentenza, in particolare, conformemente a quanto statuito nella stessa pronuncia in esame, si ritiene fondata ed assorbente la doglianza relativa alla violazione dell'art. 7 della L. n. 241/90 per mancato avviso dell'avvio del procedimento finalizzato alla irrogazione della sanzione nel caso di specie. In particolare, sul punto, i giudici precisano che «*Non vi sono, infatti, ragioni per escludere l'applicabilità della norma generale sul procedimento amministrativo di cui all'art.7 della legge n.241/1990 che prevede la comunicazione dell'inizio del procedimento, con le modalità del successivo art. 8, ai soggetti nei confronti dei quali il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti; siffatto onere è escluso nella sola ipotesi di esigenze di particolare celerità di cui va, comunque, dato atto (e nel caso insussistenti atteso che il nulla osta paesaggistico risale al 1994). La norma stessa è inoltre applicabile anche agli vincolati (fra le tante, C.d.S., Sez. V°, 23/2/2000 n.948) in quanto la partecipazione del privato agli accertamenti che precedono siffatto genere di atti può far emergere circostanze ed elementi tali da indurre la P.A. a recedere dall'emanazione del provvedimento finale ovvero a modificarne il contenuto. [...] detta fase procedimentale potrebbe diventare superflua solo quando l'adozione del provvedimento finale sia doverosa per l'amministrazione (oltre che vincolata), quando i presupposti fattuali risultino assolutamente incontestati dalle parti, quando il quadro normativo di riferimento non presenti margini di incertezza sufficientemente apprezzabili, oppure nel caso in cui l'eventuale annullamento del provvedimento finale, per accertata violazione dell'obbligo formale di comunicazione, non privi l'Amministrazione del potere (o addirittura del dovere) di adottare un nuovo provvedimento di identico contenuto (anche in relazione alla decorrenza dei suoi effetti giuridici). E nella specie vanno considerati anche il lungo tempo trascorso dal momento iniziale dell'illecito e la complessità del procedimento, nel corso del quale è anche prevista una perizia per la valutazione del danno; e non vi è dubbio, quindi, che la partecipazione del destinatario della sanzione al relativo procedimento avrebbe potuto, in ipotesi, inserire nella valutazione fatta dall'Amministrazione elementi tali da determinare un suo diverso contenuto, quanto meno sotto il profilo del* quantum».

[vi] In un caso analogo lo stesso Consiglio di Stato si è espresso nel senso della necessità di assicurare le garanzie partecipative al procedimento, tenuto conto, in particolare, della complessità della situazione e della gravità degli effetti derivanti dal provvedimento di decadenza. Nella fattispecie il Collegio, in particolare, ha posto in evidenza come l'appellante abbia fornito in giudizio elementi che avrebbero dovuto essere valutati dall'Amministrazione nel

corso del corretto procedimento, prima di addivenire all'adozione del provvedimento di decadenza. Tra le garanzie partecipative, in particolare, si pone in luce come dovesse essere rispettata la comunicazione dell'avvio del procedimento ai sensi dell'art. 7 della l. 241/90, così come le medesime garanzie partecipative dovessero essere osservate ed assicurate prima del diniego di autorizzazione, quale provvedimento implicato nel caso di specie. In aggiunta, il Collegio giudicante esplicita che la natura vincolata degli atti impugnati non costituisce valido motivo per omettere il rispetto delle garanzie partecipative in situazioni peculiari e giuridicamente complesse come quella analizzata (cfr. Cons. Stato n. 6288/2021).

Si collocano nel medesimo filone interpretativo anche, tra le altre: Cons. Stato, sez. VI, 20 aprile 2000 n. 2443; n. 2953/2004 e n. 2307/2004.

[vii] In argomento, a fronte della sterminata dottrina sull'argomento si v. i fondamentali contributi di: E. Cannada Bartoli, *Interesse,* in *Enc. dir.,* XXII, Milano, 1972, p. 9; M. Nigro, *Ma che cos'è questo interesse legittimo? Interrogativi vecchi e nuovi spunti di riflessione,* in *Foro it.,* 1987, p. 478; A. Romano Tassone, *Situazioni giuridiche soggettive (diritto amministrativo),* in *Enc. dir., Aggiorn.,* II, Milano, 1998, p. 978; A. Travi,*Introduzione a un colloquio sull'interesse legittimo,* in *Dir. amm.,* 2013, 1-2, pp. 1 ss.; F.G. Scoca, *L'interesse legittimo. Storia e teoria,* Torino, 2017; N. Paolantonio, *Centralità del cittadino ed interesse legittimo (oltre le categorie, per una tutela effettiva: l'insegnamento di Franco Gaetano Scoca),* in *Dir. proc. amm.,* 2018, 4, p. 1536.

[viii] Su tale aspetto cfr.; F.G. Scoca, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento, Dir. amm.,* 1995, 1 ss., 33.

[ix] Per un'analisi della tematica a partire dal pensiero dei padri fondatori si v. senza pretesa di esaustività: A.M. Sandulli, *Il procedimento amministrativo,* Milano, 1940; M.S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione,* Milano, 1939; F. Benvenuti, *Funzione amministrativa, procedimento, processo,* in *Riv. trim. dir. pubbl.,* 1952, II, pp. 118 ss.; M.S. Giannini, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa,* in *Riv. trim. dir. proc.,* 1963, pp. 1 ss. e pp. 522 ss. con particolare riferimento all'emersione dei cc.dd. interessi procedimentali; M. Nigro, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo),* in *Riv. dir. proc.,* 1980, pp. 261-262; G. Pastori, *La disciplina generale del procedimento amministrativo*, in *Atti del convegno di Varenna,* Milano, 1986.

Si v., inoltre, E. Cardi, *Procedimento amministrativo,* in *Enc. giur. Treccani,* XXIV, Roma, 1991, pp. 3 e ss.; M. Cartabia, *La tutela dei diritti nel procedimento amministrativo: la legge n. 241 del 1990*

alla luce dei principi comunitari, Milano, 1991, pp. 51 ss.; F. Fracchia, *Manifestazioni di interesse del privato e procedimento amministrativo, in Dir. amm.*, 1996, 11 ss.; M.A. Sandulli, (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017.

[x] Sull'art. 10 l. 241/90 v. F. Ledda, *La partecipazione all'azione amministrativa,* in G. Berti – G.C. De Martin (a cura di), *Gli istituti della democrazia amministrativa*, Milano, 1996, 29 ss. Sempre in tema di partecipazione v., *ex multis,* S. Cognetti, *Quantità e qualità della partecipazione*, Milano, 2000; A. Zito, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1996; per una completa panoramica sugli istituti concretizzanti la partecipazione, anche in ottica comparata, cfr. M. D'Alberti, *La 'visione' e la 'voce': le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2000, p. 1.

Sulla partecipazione al procedimento in senso più generale si v. inoltre R. Ferrara, *La partecipazione al procedimento amministrativo: un profilo critico*, in *Dir. amm.*, 2, 2017, pp. 209 ss.

[xi] Cfr. in merito F. Benvenuti, *Il nuovo cittadino*, Venezia, 1994; si v. anche sul tema, A. Luce, *Il procedimento amministrativo ed il «diritto di partecipazione» nella legge n. 241/90*, in *Dir. proc. amm.*, 3, 1996, pp. 552 ss.; L.R. Perfetti, *Pretese procedimentali come diritti fondamentali. Oltre la contrapposizione tra diritto soggettivo ed interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 3, pp. 850 ss.

[xii] In argomento si v. tra i contributi più recenti M. Dell'Omarino, *La funzione democratica della partecipazione al procedimento: alcune considerazioni a partire dalle recenti riforme in materia di dibattito pubblico,* in *federalismi.it*, 11/2024, pp. 1-23. Per un'analisi circa il dibattito originatosi sul tema della partecipazione del cittadino ai procedimenti amministrativi, già prima dell'entrata in vigore della l. 241/1990, si v., inoltre: G. Pastori, *La procedura amministrativa,* Milano, 1964; U. Allegretti, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965; S. Cassese, *Il privato e il procedimento amministrativo*, in *Arch. Giur.*, 1970, 25; M. Chiti, *Partecipazione popolare e pubblica amministrazione*, Pisa, 1977; M. Nigro, *Il nodo della partecipazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, 225; E. Cardi, *La manifestazione di interessi nei procedimenti amministrativi*, Rimini, 1984; S. Cassese, *Il cittadino e l'amministrazione pubblica,* in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 1015 ss.; C.E. Gallo, voce *Soggetti e posizioni soggettive nei confronti della p.a.*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1999.

[xiii] Per una disamina sul sistema di garanzie partecipative, con riferimento ai diversi ambiti di operatività dell'amministrazione, cfr. tra gli altri: A. Sandulli, *La comunicazione di avvio nei procedimenti di tutela del patrimonio storico-artistico*, commento a Cons. Stato, sez. VI, 3 gennaio 2000, n. 29, in *Giorn. dir. amm.*, 6, 2000, pp. 583 ss.; F. Saitta, *Garanzie partecipative ed 'ansia' di provvedere*, Intervento al convegno sul tema: 'Il ruolo dei privati nelle nuove amministrazioni:

verso l'emersione di una cittadinanza amministrativa?', Torino, 14-15 giugno 2002, in *Nuove autonomie*, 3, 2002 pp. 319-336; N. Paolantonio, *Autotutela e garanzie partecipative*, Nota a Cons. Stato sez. V 3 marzo 2004, n. 1018, in *Giust. amm.*, 2, 2004, pp. 395 ss.; D. Chinello, *Adozione del P.R.G. e garanzie partecipative dei privati: quando l'accoglimento di un'osservazione impone la ripubblicazione del piano*, in *Riv. giur. edilizia*, 1, 2004, pp. 195-211; M. Poto, *Autorità amministrative indipendenti e garanzie partecipative*, in *Resp. civ. e prev.*, 5, 2007, pp. 1143 ss.; F. Castiello, *Trasferimento di militari, garanzie partecipative e obbligo di motivazione*, in *Rivista amministrativa della Repubblica Italiana*, 1-2 2008, pp. 63-91; A. Lupo, *L'annullabilità del provvedimento amministrativo tra tutela dell'efficenza dell'azione amministrativa e rispetto delle garanzie partecipative*, nota a Cons. St., sez. VI, 4 febbraio 2010 n. 520, in *Il Foro amm. – CdS*, 3, 2010, pp. 667-694; E. Maschietto, *Consiglio di Stato e T.A.R. Campania unanimi nella conferma della pienezza delle garanzie partecipative in materia di ordinanze di rimozione rifiuti: i Sindaci sono avvertiti*, nota a Cons. Stato, sez. IV, 1 aprile 2016, n. 1301; TAR Salerno, sez. I, 2 aprile 2016, n. 488, in *Riv. giur. dell'ambiente*, 2, 2016, pp. 299-303; E. Frediani, *Le garanzie partecipative nella valutazione di impatto ambientale: strumenti tradizionali e dibattito pubblico*, in *Le istituzioni del federalismo*, 3, 2020, pp. 657-677.

[xiv] Così, in partic., R. Garofoli, *Manuale di diritto amministrativo*, 2017.

[xv] La norma, come noto, testualmente dispone che «*Non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Il 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*».

[xvi] Sull'art. 21-*octies* v., *ex multis*, F. Luciani, *Il vizio formale nella teoria dell'invalidità amministrativa*, Torino, 2003; G. Bergonzini, *Art. 21-octies della legge n. 241 del 1990 e annullamento d'ufficio dei provvedimenti amministrativi*, in *Dir. amm.*, 2007, 2, pp. 231 ss.; R. Ferrara, *La partecipazione tra «illegittimità» e «illegalità». Considerazioni sulla disciplina dell'annullamento non pronunciabile*, in *Dir. amm.*, 2008, 103 ss.; P. Lazzara, *Contributo alla discussione sui vizi di forma e di procedimento di cui all'art. 21-octies, l. 241 del 1990*, in *Foro amm.-CdS*, 2009, 190 ss.; F. Trimarchi, *Rilevanza condizionata dei vizi di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 1117 ss.

[xvii] Si fa riferimento, in particolare, alla teoria della c.d. «*irregolarità per minimalità*». In dottrina v. sul punto F. G. Scoca, *I vizi formali nel sistema delle invalidità dei provvedimenti amministrativi*, in V. Parisio (a cura di), *Vizi formali, procedimento e processo*, Milano, 2004, laddove si è posto in evidenza che «*La garanzia della posizione giuridica del privato non poteva essere più affidata alla regolarità formale dell'azione amministrativa*»; V. Cerulli Irelli, *Innovazioni del diritto amministrativo e riforma dell'amministrazione. Introduzione*", in *Annuario 2002*, Milano 2003, p. 14.

Nella giurisprudenza cfr. Cons. Stato, sez. V, 5 luglio 1991, n. 999, per cui «*le violazioni delle norme che disciplinano il procedimento per l'emanazione di un certo provvedimento producono l'illegittimità del provvedimento finale solo se ledono gli interessi sostanziali alla tutela dei quali, la disciplina del procedimento è preordinata; pertanto, non sono ammissibili motivi di censura del provvedimento con i quali si alleghino mere irregolarità procedurali, senza alcuna derivata lesione della normativa sostanziale del settore*».

[xviii] In proposito si v. la rilevanza che ad oggi ha assunto il principio del risultato rispetto all'azione amministrativa, anche in specifici settori e ambiti nei quali il medesimo è stato particolarmente valorizzato e codificato: così nel recente d.lgs. 36/2023 e s.m.i. recante "*Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici*", ove all'art.1, nella prima parte specificamente dedicata ai principi ed in senso innovativo anche rispetto al Codice previgente, si dispone al comma 1 che «*Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti perseguono il risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza*». Inoltre, è esplicitato che «*Il principio del risultato costituisce attuazione, nel settore dei contratti pubblici, del principio del buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità. Esso è perseguito nell'interesse della comunità e per il raggiungimento degli obiettivi dell'Unione europea*» (comma 3). Ancora, «*il principio del risultato costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto, nonché per: a) valutare la responsabilità del personale che svolge funzioni amministrative o tecniche nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti; b) attribuire gli incentivi secondo le modalità previste dalla contrattazione collettiva*» (comma 4).

[xix] Su cui cfr., a titolo esemplificativo, Cons. Stato, sez. II, 2 novembre 2023, n. 9407, con specifico riferimento, nel caso di specie, al procedimento elettorale.

[xx] In argomento cfr. F. Francario, *Garanzia degli interessi protetti e della legalità dell'azione amministrativa*, Napoli, 2019, 317 ss.

[xxi] Per un'analisi della relativa teoria generale sul punto si v. E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, a cura di F. Fracchia, 2024, pp. 339 ss.

[xxii] Cfr. in dottrina sul tema M.R. Spasiano, *Il principio di buon andamento: dal metagiuridico alla logica del risultato in senso giuridico*, in*www.ius-publicum.com*, 2011, p. 33.

[xxiii] V. tra le altre pronunce in merito Cons. Stato n. 1307/2007.

[xxiv] Si fa riferimento alla legge 11 febbraio 2005, n. 15. In proposito si v., nell'ambito della sterminata dottrina sulla questione, tra gli altri: R. Chieppa, *Il nuovo regime dell'invalidità del provvedimento amministrativo*, in *www.giustamm.it;* 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.i*t, 2005, p. 1 ss; E. Follieri, *L'annullabilità dell'atto amministrativo*, in *Urb. e app*., n. 6/2005, 625 e ss; D.U. Galetta, *Notazioni critiche sul nuovo art. 21-octies della l. n. 241/90*, in *www.giustamm.it*, 2005, p. 4 ss.; C. Giacchetti – S. Giacchetti, *Una novità nel settore degli OGM: l'illegittimità invalidante/non invalidante creata dall'art. 21 octies della legge n. 241/1990*, in *Cons. Stato*, 9/2005, II, P. 1627; M. Ramajoli, *Lo statuto del provvedimento amministrativo a vent'anni dall'approvazione della legge n. 241/90, ovvero del nesso di strumentalità triangolare tra procedimento, atto e processo*, in *Dir. proc. amm*., 2010, 2, pp. 459 ss.

[xxv] Così l'art. 25, comma 2, lett. b) *quater* del d.l. 12 settembre 2014, n. 133, conv. con modif. dalla l. 11 novembre 2014, n. 164, mediante il quale si è stabilito che il potere di autotutela riconosciuto ai sensi dell'art. 21-*nonies* della l. 241/90 possa essere esercitato esclusivamente nei confronti dei provvedimenti amministrativi illegittimi ai sensi del primo comma dell'art. 21-*octies*, dovendo pertanto ritenersi esclusa la possibilità di adottare provvedimenti in autotutela in relazione ad un atto rientrante nelle ipotesi di cui al successivo comma secondo.

[xxvi] Sia la dottrina, che la giurisprudenza, nel momento di entrata in vigore della novella del 2005, si sono interrogate circa la reale portata innovativa della medesima, ovvero se la legge del 2005 di riforma della l. 241 del 1990 sul punto avesse di fatto unicamente codificato la distinzione, già invalsa nella prassi da tempo, tra vizi del provvedimento e mere irregolarità. La posizione prevalente ha inteso le statuizioni in senso innovativo, alla luce della distinzione operata tra mere irregolarità e vizi non invalidanti: così, infatti, nell'ipotesi di irregolarità verrebbe in evidenza, *ex ante*, la rilevanza marginale delle stesse, in quanto tali non inficianti la validità dell'atto, mentre nel caso dei vizi non invalidanti, la difformità rispetto al paradigma

legale di riferimento sarebbe valutabile unicamente *ex post*, potendo l'attività essere considerata non illegittimità soltanto ove risulti palese che il risultato raggiunto non avrebbe potuto essere differente.

V., inoltre, in dottrina, G. Corso, voce *Validità* (diritto amministrativo), in *Enc. dir*., vol. XLVI, Milano, 1993, pp. 103-105, il quale esplicita che «*L'interesse del privato, le ragioni della sua tutela vengono (....) richiamati per delimitare la rilevanza del vizio: non l'astratto scostamento dal modello normativo determina l'illegittimità dell'atto, ma solo la difformità che danneggia la parte che lo denunci. La giurisprudenza utilizza in questo caso la nozione di irregolarità o mera irregolarità per escludere che il vizio comporti annullabilità dell'atto*».

[xxvii] Cfr. in partic. sulla questione della possibilità di assimilare il difetto di motivazione ad un vizio formale, sanabile *ex* art. 21-*octies,* V. Parisio, *Motivazione postuma, qualità dell'azione amministrativa e vizi formali,* in *Foro amm. Tar,* 2006, 9, pp. 3087 ss. V., inoltre, in giurisprudenza Cons. Stato, sez III, 30 aprile 2014, n. 2247; T.A.R. Basilicata, I, 23 aprile 2016, n. 431; T.A.R. Sicilia, Catania, III, 5 aprile 2017, n. 711; T.A.R. Puglia, Lecce, III, 23 ottobre 2017, n. 1674.

[xxviii] Così G. Bernardi, *Partecipazione al procedimento amministrativo e vizi non invalidanti,* in *salvisjuribus.it,* 2019.

[xxix] Cfr. Cons. giust. amm. Sicilia sez. giurisd., 26 agosto 2020, n. 750, nell'ambito della quale si è precisato che «*sarebbe illegittimo il provvedimento vincolato emesso senza che sia stata offerta al destinatario dello stesso provvedimento la preventiva "comunicazione di avvio del procedimento", ai sensi dell'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*».

[xxx] In merito, si v. tra le antecedenti pronunce sul punto del Supremo consesso: Cons. Stato, sez. VI, 23 aprile 2024, n. 3710; sez. III, 14 settembre 2021, n. 6288; sez. V, 22 dicembre 2014, n. 6235. V. altresì T.A.R. Campania, Napoli, sez. II, 19 ottobre 2006, n. 8683, ove in senso non dissimile da quanto affermato dalla sentenza in commento, si è esplicitato come non sarebbe rinvenibile alcun principio di ordine logico o giuridico che possa impedire al privato, destinatario di un atto vincolato, di rappresentare all'amministrazione l'inesistenza dei presupposti ipotizzati dalla norma, esercitando preventivamente sul piano amministrativo quella difesa delle proprie ragioni che altrimenti sarebbe costretto a svolgere unicamente in sede giudiziaria.

[xxxi] In tal senso si v. già Cons. Stato n. 396/2004, ove si è palesato come la natura vincolata degli atti impugnati non rappresenti, ad ogni modo, valido motivo per omettere il rispetto delle garanzie partecipative in situazioni peculiari e giuridicamente complesse. Così, del pari, si è rammentato come la giurisprudenza ammetta la sussistenza dell'obbligo di invio della comunicazione di avvio anche nella 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.

Occorre del resto dar conto anche di un opposto orientamento, facente capo ad una sezione del Consiglio di Stato, volta a sostenere che, nel caso di attività vincolata non renderebbe necessaria la formalizzazione di garanzie partecipative, quale la comunicazione di avvio del medesimo procedimento, considerando altresì che la stessa partecipazione del privato non contribuirebbe a determinare un esito differente. In tale ottica si v., tra le altre, Cons. Stato n. 2707/2022 ove si è evidenziato che «*l'attività di repressione degli abusi edilizi, mediante l'ordinanza di demolizione, avendo natura vincolata, non necessita della previa comunicazione di avvio del procedimento ai soggetti interessati, ai sensi dell'art. 7 l. n. 241/1990, considerando che la partecipazione del privato al procedimento comunque non potrebbe determinare alcun esito diverso*».

Nello stesso senso, tra le pronunce più recenti, T.A.R. Napoli, Campania, sez. IV, 21 marzo 2024, n.1847; T.A.R. Trieste, Friuli-Venezia Giulia, sez. I, 24 luglio 2024, n.244; si segnala, inoltre, come nell'ambito del medesimo filone interpretativo si siano pronunciate di recente le stesse sezioni unite (Cass. civ., sez. un., 13 dicembre 2023, n. 34961) rilevando – rispetto ad un provvedimento con il quale il Consiglio dell'Ordine degli avvocati aveva respinto l'iscrizione all'albo ordinario, previa dispensa dalla prova attitudinale, in quanto l'istante non aveva dimostrato il possesso dei requisiti all'uopo richiesti dalla legge per ottenere l'esonero dalla suindicata prova – che «*un provvedimento si ritiene vincolato allorché, non soltanto la scelta dell'emanazione o meno dell'atto, ma anche il suo contenuto, siano rigidamente predisposti da una norma o da altro provvedimento sovraordinato, sicché all'Amministrazione non residui alcuna facoltà di scelta tra determinazioni diverse, non essendo invece ravvisabile nel caso in cui l'emanazione del provvedimento sia collegata ad un atto negoziale proveniente da soggetti privati estranei all'apparato amministrativo, avente forza di legge esclusivamente tra le parti che lo hanno stipulato*».

[xxxii] Cfr. a titolo esemplificativo: Cons. Stato, sez. V, 16 novembre 1998, n. 1615; sez. IV, 12 marzo 2001, n. 1382; T.A.R. Lazio, sez. II, 31 gennaio 2001, n. 782.

[xxxiii] V. in partic., tra le altre, T.A.R. Lazio Roma, sez. I, 1° agosto 2006, n. 6693.

[xxxiv] Su cui si v. in dottrina Di Nitto, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1999, III, 731 ss.

[xxxv] In senso conforme, nella giurisprudenza più recente v. anche Cons. giust. amm. Sicilia sez. giurisd., 8 agosto 2024 n. 649. In senso contrario nella dottrina si segnala la posizione di M. Ramajoli, *Sulla non occorrenza della comunicazione di avvio del procedimento in caso di adozione di provvedimenti vincolati (nel caso di specie provvedimento sanzionatorio di sospensione immediata della attività di carpenteria),* in *Giust. amm.*, 2/2008, pp. 274-279.

[xxxvi] V. in merito, oltre alla pronuncia in commento, T.A.R. Campania Napoli, sez. II, 19 ottobre 2006, n. 8683, ove si è posto in luce che «*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*».

[xxxvii] In una prospettiva sostanzialistica, fondata sulla necessità di mediare tra esigenze di garanzia e di risultato nella prospettiva di un'efficienza pubblica si v. nella giurisprudenza Cons. Stato, sez. V, 22 maggio 2001, n. 2823. In dottrina cfr. M. R. Spasiano, *La partecipazione al procedimento amministrativo quale fonte di legittimazione dell'esercizio del potere: un'ipotesi ricostruttiva*, in *Dir. amm.*, 2, 2002, p. 283, ove in senso parzialmente contrastante rispetto a quanto posto in evidenza nella pronuncia in commento, si ritiene la suddetta ricostruzione giurisprudenziale in grado di raggiungere un equilibrato «*punto di raccordo tra le differenti esigenze indicate, muovendosi in una direzione decisamente sostanzialistica, fondata su una concreta rappresentazione sia delle possibili fattispecie sia delle relative e differenziate problematiche configurabili nell'ipotesi di mancata comunicazione dell'avvio del procedimento amministrativo, sia, infine, delle conseguenze che a ciascuna di esse può riconnettersi. Tutto ciò evidentemente, si fonda su un non comune sforzo ermeneutico, chiaramente ispirato dalla preoccupazione dell'esigenza di ricerca di soluzioni giuste e adeguate, ossia conformi ai principi di cui alla l. 241 del 1990 ed alla successiva evoluzione legislativa di efficacia ed efficienza dell'azione amministrativa, di semplificazione dell'istruttoria, di divieto di aggravio del procedimento, di valorizzazione del risultato concreto perseguito dal titolare della potestà pubblica, di tutela effettiva della posizione sostanziale del soggetto interessato*».

Il medesimo A. nell'ambito del contributo rileva del pari come la partecipazione ad ogni modo « *non può certo essere considerata come elemento di intralcio ad una presunta efficienza, costituendo invece essa un'esigenza prioritaria di qualificazione della volontà preposta all'esercizio di una funzione pubblica. Ciò che occorre è dunque non solo semplificare, ma rendere più efficaci e moderne le regole partecipative, evitando una loro eccessiva formalizzazione. [...] Pare dunque opportuno sia spostare la partecipazione procedimentale alle fasi che precedono l'adozione di provvedimenti aventi natura esecutiva, sia probabilmente non articolarla in forme normativamente predefinite in modo rigido e molte volte inadeguato, ma riconoscere la libertà delle forme, magari con il rispetto di standard minimi che si pongano, anche a tutela delle responsabilità dei funzionari pubblici e in particolare dei responsabili del procedimento. Libertà di forme naturalmente non implica che le stesse non debbano poi essere passibili di verifica atteso che esse comunque debbono garantire il rispetto sostanziale delle prerogative delle parti e dei principi che regolano l'esercizio dell'attività amministrativa. Occorre peraltro considerare che il rapporto di necessaria presupposizione tra procedimento e partecipazione è soltanto quello che risulta dal Capo III della l. 241 del 1990. Più ampia è la gamma delle possibili forme partecipative e soprattutto [...] sempre più diversificate sono le modalità attraverso le quali un'amministrazione democratica può ricevere il necessario contributo partecipativo e di codeterminazione proveniente dalla comunità sottostante o dall'utenza*».

[xxxviii] Sul tema in senso generale si v. le osservazioni di A. Romano, *Il cittadino e la pubblica amministrazione*, in *Studi in memoria di V. Bachelet*, I, Milano, 1987, 557 ss.

[xxxix] Di diverso avviso un filone giurisprudenziale recente, nell'ambito del quale si sostiene che la dequotazione dei vizi formali, cristallizzata nell'art. 21-*octies* della legge n. 241 del 1990, consenta, in un'ottica di efficienza dell'azione amministrativa, la non annullabilità del provvedimento per vizi formali ininfluenti sulla sua legittimità sostanziale, laddove il riesercizio del potere non avrebbe comunque condotto all'attribuzione del bene della vita richiesto dall'interessato. In tal senso si v. anche Cons. Stato, sez. II, 12 febbraio 2020, n. 1081, che pone in evidenza come le norme in materia di partecipazione procedimentale, non debbano essere lette in senso formalistico, bensì avendo riguardo all'effettivo e oggettivo pregiudizio che la sua inosservanza abbia causato alle ragioni del soggetto privato nello specifico rapporto con la pubblica amministrazione e Cons. Stato, sez. IV, 16 marzo 2023, n. 2757, ove si rileva che le norme in materia di partecipazione procedimentale andrebbero interpretate in chiave sostanzialistica e non formalistica.

[xl] V. in merito D. Profili, *Vizi non invalidanti del provvedimento amministrativo e discrezionalità tecnica: un connubio plausibile?*, in *ildirittoamministrativo.it.*

[xli] Così, a titolo esemplificativo, nell'ambito dei procedimenti antimafia, laddove le garanzie partecipative ad oggi risultano sostanzialmente assenti.