amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo (Classe A)

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Rivista di Ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico"

Direzione scientifica
Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile
Gaetano Caputi

Redazione
Giuseppe Egidio Iacovino, Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 4/2021

Estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009
ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Antonio Barone, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Enrico Carloni, Maria Cristina Cavallaro, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Gianfranco D'Alessio, Mariaconcetta D'Arienzo, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Francesco Rota, Josè Manuel Ruano de la Fuente, Leonardo J. Sánchez-Mesa Martínez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Sonia Caldarelli, Giovanni Cocozza, Sergio Contessa, Manuel Delgado Iribarren, Giuseppe Doria, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Marcin Princ, Antonio Saporito, Giuliano Taglianetti, Simona Terracciano, Salvatore Villani.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

La riscossa della partecipazione. Note brevi sulla decadenza dei vizi formali

di Ambrogio De Siano

(Professore associato di Diritto Amministrativo presso l'Università della Campania Luigi Vanvitelli.)

Sommario

1. 1. Premessa. – 2. I vizi cd. formali quale strumento di informalità amministrativa. – 3. Comunicazione di avvio del procedimento e revoche cd. improprie. – 4. Qualche osservazione conclusiva sulla riscossa della partecipazione.

Abstract

In spite of the importance that it is traditionally recognized in the world of law, in the contemporary Italian legal system the form seems to be going through a period that is not exactly happy: this is demonstrated by the fact that, although the legislator continues to be hypertrophic when dealing with the PA, it is all It is quite rare to come across provisions that assign prevalence to the content, leaving the technical-legal formalities to play an altogether marginal role.

* *Il presente saggio, destinato agli Scritti in onore della Professoressa Maria Immordino, è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review.*

ISSN 2036-7821

1. *Premessa.*

A dispetto della rilevanza che nel mondo del diritto tradizionalmente le si riconosce, nell'ordinamento italiano contemporaneo la forma pare attraversare un periodo non proprio felice: lo dimostra il fatto che, malgrado il legislatore perduri ad essere ipertrofico quando si occupa della P.A., è tutt'altro che raro imbattersi in disposizioni che assegnano prevalenza al contenuto, lasciando che le formalità tecnico-giuridiche ricoprano un ruolo tutto sommato marginale.

Il ridimensionamento dell'importanza della forma nel diritto amministrativo degli ultimi lustri è riconducibile a diverse ragioni. Quelle più significative sembrano sostanziarsi, più in generale, nell'atteggiamento critico nei confronti del cd. formalismo giuridico[1], atteggiamento che affonda le proprie radici, tra l'altro, nella convinzione che sia oramai sopravvenuta una certa inadeguatezza del diritto rispetto alle esigenze della società contemporanea; e, più in particolare, nell'affermarsi di una visione efficientistica dell'attività della P.A.[2], tendente a valorizzare (sotto il profilo procedimentale) la semplificazione e (sotto il profilo teleologico) il risultato[3].

Malgrado sia lecito nutrire dubbi sul fatto che un diritto più informale sia maggiormente in grado di assolvere al suo fine ultimo, che – giusta gli artt. 2 e 3 Cost. – (non) è quello (di semplicemente assegnare vantaggi e svantaggi, bensì) di consentire a ciascuno di esprimere la propria personalità garantendo al tempo stesso la sopravvivenza della comunità[4], la legislazione contemporanea, nella dicotomia forma-contenuto, continua a mostrare la propria preferenza per quest'ultimo, non di rado relativizzando l'importanza di quel che sembra potersi qualificare non solo come ciò che lo rende struttura giuridica percepibile e che dunque lo esteriorizza, ma anche come ciò che in qualche misura ne costituisce l'essenza, ossia la forma.

Questa tendenza legislativa si è però talvolta scontrata con una condotta piuttosto prudente da parte della giurisprudenza amministrativa, la quale, soprattutto negli ultimi anni, è parsa ben consapevole del fatto che una eccessiva dequotazione della forma, rendendo molto faticosa la verifica di conformità dell'esercizio del potere della P.A. (anche in considerazione della impossibilità di sindacare il merito in sede giurisdizionale), avrebbe comportato il ridimensionamento della carica garantista del diritto.

Di questa condotta v'è prova nell'elaborazione giurisprudenziale che ha riguardato l'art. 21 *octies*, co. 2, L. 7 agosto 1990, n. 241, il cui declino lascia per certi versi

---

[1] M. JORI, voce *Formalismo giuridico*, in *Dig. disc. priv.*, vol. VIII, 1992, 425 ss.

[2] R. URSI, *Le stagioni dell'efficienza. I paradigmi giuridici della buona amministrazione*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2016, *passim*, spec. 201 ss. e 337 ss.

[3] R. FERRARA, *Interesse pubblico al buon andamento delle pubbliche amministrazioni tra forma e sostanza*, in *Dir. e proc. amm.*, 2010, 31 ss., 52 ss.

[4] Dubbi che si è tentato di esprimere in A. DE SIANO, *Le forme della decisione della P.A.*, a cura di R. URSI - M. RENNA, *La decisione amministrativa*, Napoli, 2021, 11 ss., cui sia consentito rinviare.

ISSN 2036-7821

sorpresi, visto che su di esso erano state riposte significative aspettative affinché contribuisse all'affermazione della informalità amministrativa.

2. *I vizi cd. formali quale strumento di informalità amministrativa.*

Il trattamento giuridico dei vizi cd. formali costituisce una questione molto rilevante per ciascun ordinamento[5], visto che il diritto, in particolare quello amministrativo, è essenzialmente forma[6].

Anche in Italia il dibattito è stato animato, soprattutto a seguito della L. 11 febbraio 2005, n. 15, che ha integrato la L. n. 241/1990 tramite l'art. 21 *octies*, co. 2, il quale contiene due eccezioni all'annullabilità dell'atto[7].

Nel primo periodo del co. 2 è stato previsto 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 contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato».

Il secondo periodo, di raggio più circoscritto, ha disposto che «il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato».

Di recente la portata di quest'ultima disposizione è stata limitata, prevedendosi che essa «non si applica al provvedimento adottato in violazione dell'art. 10 bis»[8].

Con l'introduzione dell'art. 21 *octies*, co. 2, l'area della illegittimità (verrebbe da dire: classica, ossia quella) che genera l'annullabilità è stata ridotta per effetto della presenza di ipotesi relativamente alle quali vi è divieto (per il G.A., ma pure per la P.A.[9]) di annullare il provvedimento, il che, dunque, ha provocato una scissione tra il concetto di illegittimità e quello di annullabilità[10]: recependo l'orientamento giurisprudenziale (radicatosi soprattutto sulla mancanza della comunicazione di avvio del procedimento) che riservava un diverso trattamento ai vizi cd. sostanziali rispetto a quelli cd. formali, il legislatore ha scelto di andare oltre l'impostazione

[5] Una panoramica comparata sul trattamento dei vizi formali la si può rinvenire in D. SORACE, *Il principio di legalità e i vizi dell'atto amministrativo*, in *Dir. pubb.*, 2007, 385 ss., 408 ss.

[6] E. SCHIMDT-ASSMAN, *L'illegittimità degli atti amministrativi per vizi di forma del procedimento e la tutela del cittadino*, in *Dir. pubb.*, 2011, 472 ss., 472.

[7] La bibliografia e la giurisprudenza sull'art. 21 *octies* sono vastissime. Per un quadro d'insieme v. R. VILLATA - M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, 581 ss.

[8] Questa eccezione è stata introdotta dall'art. 12, co. 1, lett. i), D.L. 16 luglio 2020, n. 76 (convertito con modificazioni dalla L. 11 settembre 2020, n. 120).

[9] A proposito della natura sostanziale e/o processuale della disposizione D. SORACE, *Il principio*, cit., 394 ss.

[10] D. SORACE, *Il principio*, cit., 396 s. Diversa è la posizione di G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2015, 346 s., per il quale non esiste una violazione di legge che non determina invalidità. Secondo l'A. l'art. 21 *octies* deve essere letto dalla prospettiva del privato, al quale l'annullamento dell'atto per motivi formali non servirebbe perché non gli consentirebbe di raggiungere il risultato sperato: per cui, applicando il principio giurisprudenziale della cd. prova di resistenza, il suo ricorso sarebbe dichiaro inammissibile; perciò il legislatore vieta l'annullamento per vizi procedimentali e di forma.

ISSN 2036-7821

tradizionale che attribuiva la stessa rilevanza ai vizi di legittimità, ridimensionando il peso di alcuni di loro, i quali, pur segnalando una difformità dell'atto dalla norma di riferimento, non ne comportano per forza l'annullamento.
Se è chiaro che all'interno della categoria dei vizi di legittimità ve ne sono alcuni che hanno una diversa valenza rispetto ad altri, viceversa la disposizione si è dimostrata oscura sotto numerosi punti di vista. Con ogni probabilità la principale ambiguità del comma 2 dell'art. 21 *octies* risiede nella difficoltà di individuarne la *ratio*, ciò che ha reso ancor più problematico trovare un criterio ermeneutico uniforme per comprenderne con sufficiente precisione l'ambito di applicazione.
La scelta legislativa è stata diversamente interpretata.
Nella ricostruzione giurisprudenziale la categoria delle difformità che non sfocia nell'annullamento viene ritenuta fondata sul principio generale di cui all'art. 156, co. 3, c.p.c. che contiene la regola del cd. raggiungimento dello scopo[11].
La maggior parte della dottrina, invece, ha sostenuto che la disposizione in esame tende a valorizzare il risultato (ovviamente quando questo è 'sostanzialmente' in linea con la legge), facendo recedere le garanzie procedurali e formali[12]. Altri hanno invece ritenuto che la soluzione legislativa sarebbe rispettosa del principio di ragionevolezza/proporzionalità, il quale verrebbe violato se si annullasse un provvedimento in grado di fornire un adeguato bilanciamento degli interessi in gioco[13].
Di maggiore interesse appare l'opinione secondo cui il nuovo regime dell'invalidità dell'atto amministrativo risponde ad una logica di semplificazione, per assecondare la quale il legislatore avrebbe privato di sostanziale rilevanza (ritenendo comunque preferibile non abrogare) una disciplina giudicata per certi versi culturalmente superata[14].
Ad ogni modo, è evidente che le norme procedurali e quelle riguardanti la forma vengono avvertite come non coinvolte nella tutela del bene giuridico che l'ordinamento intende (sostanzialmente) proteggere: solo ragionando così, ossia riconoscendo al percorso procedimentale e alle modalità di manifestazione formale

[11] Per l'orientamento giurisprudenziale in parola v. A. ROMANO TASSONE, *Contributo sul tema dell'irregolarità degli atti amministrativi*¸ Torino, 1993, 55 ss., il quale si mostra scettico sul fatto che l'irregolarità possa farsi discendere dalle regole sulla invalidità di cui al diritto processuale civile (59 ss.). Che la *ratio* dell'art. 21 *octies*, co. 2, risieda nell'art. 156, co. 3, c.p.c., è escluso anche da D. SORACE, *Il principio*, cit., 404.

[12] In questo senso, sebbene con sfumature interpretative diverse, tra i vari autori, A. POLICE, voce *Annullabilità e annullamento (diritto amministrativo)*, *Enc. dir.*, *Annali*, vol. I, 2007, 49 ss.; e, prima della L. n. 15/2005, V. CERULLI IRELLI, *Note critiche in materia di vizi formali degli atti amministrativi*, *Dir. pubb.*, n. 1, 2004, 187 ss., 187.

[13] R. CHIEPPA, *Il nuovo regime dell'invalidità del provvedimento amministrativa*, *www.giustamm.it*, n. 12, 2015.

[14] D. SORACE, *Il principio*, cit., 405, il quale in precedenza aveva posto in evidenza come in astratto sia possibile distinguere i vizi riguardanti l'attività di produzione dell'atto e quelli riguardanti il prodotto, ossia l'atto, o meglio la decisione che in esso è contenuta (391). Sostanzialmente in linea è quanto sostenuto da G. CORSO, *Manuale*, cit., 347, secondo cui alla base dell'art. 21 *octies* vi sarebbero questioni di economia processuale – consistenti segnatamente nella cd. prova di resistenza – e di economia dell'attività amministrativa.

ISSN 2036-7821

dell'atto un ruolo (essenzialmente) servente rispetto al contenuto della decisione, si può spiegare la scelta legislativa, che comunque in generale è stata ritenuta conforme al principio di legalità, al diritto europeo e alla Costituzione[15], sebbene non sia mancato chi abbia etichettato come «inquietanti» le sue possibili implicazioni[16].

È dunque innegabile che la disposizione in parola abbia una vocazione efficientistica[17], rivolta com'è a rendere in qualche modo recessiva la legalità formale, intesa come mera conformità alla legge[18].

E proprio ragionando in questa ottica, tenendo altresì in considerazione la sua formulazione letterale – dalla quale è evidentissima la diversità dei piani su cui operano contenuto della decisione, da un lato, e forma/procedimento, dall'altro –, era a prima vista sembrato che il legislatore tramite il co. 2 dell'art. 21 *octies* avesse compiuto una vera e propria sterilizzazione delle regole riguardanti il procedimento e la forma degli atti.

Sterilizzazione che però di fatto non c'è mai stata, essenzialmente grazie al lavorio della giurisprudenza, che via via ha reso sempre più minuto l'ambito di applicazione della disposizione, aiutata dal fatto che la non annullabilità andrebbe a configurarsi solo nel caso in cui non vi sia il minimo dubbio sul contento della decisione, il che è obiettivamente piuttosto raro che accada.

Concentrandosi per un attimo solamente sul primo periodo del co. 2, a ben pensarci esso avrebbe potuto effettivamente contribuire alla informalità amministrativa soltanto se ritenuto applicabile alla motivazione. Ciò che attualmente è escluso dalla giurisprudenza amministrativa maggioritaria[19], la quale ha peraltro ricevuto l'avallo di quella costituzionale, che ha aderito all'orientamento secondo cui il difetto di motivazione «non può essere in alcun modo assimilato alla violazione di norme procedimentali o ai vizi di forma»[20].

Insomma, il tentativo di deformalizzare l'attività amministrativa ha ricevuto tutto sommato una spinta piuttosto modesta dall'art. 21 *octies*, co. 2, soprattutto dal primo periodo di quest'ultimo, il cui impatto è stato probabilmente un po' sopravvalutato.

---

[15] D. SORACE, *Il principio*, cit., 418 ss.

[16] L'espressione è di G. CORSO, *Manuale*, cit., 347, secondo cui l'art. 21 *octies*, se portato a conseguenze estreme, potrebbe finire per legittimare la rinuncia a qualsiasi garanzia formale visto che il risultato sarebbe comunque lo stesso.

[17] Si è provato a dimostrarlo (all'interno di un quadro concettuale più ampio) in A. DE SIANO, *Spunti di riflessione sul concetto di efficienza dell'attività amministrativa*, *Dir. e proc. amm.*, n. 2, 2017, 711 ss., 725 ss.

[18] Le critiche rivolte alla inversione del rapporto tra esigenze di legalità e di efficienza non sono mancate. Le si trova riassunte in P. LAZZARA, *Articolo 21* octies. *Annullabilità del provvedimento*, a cura di A. ROMANO, *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, 838 ss., 851 ss.

[19] Tar Lazio - Roma, Sez. I, 6 febbraio 2020, n. 1572. Non manca però qualche sentenza in senso opposto, come Tar Toscana - Firenze, Sez. III, 7 gennaio 2020, n. 9, benché il numero sia ormai molto limitato, a differenza di quel che accadeva nel primo lustro successivo alla introduzione dell'art. 21 *octies*.

[20] Sentenziando proprio sull'art. 21 *octies*, co. 2, la Corte cost., 17 marzo 2017, n. 58, ha qualificato la motivazione come «un presidio di legalità sostanziale insostituibile».

ISSN 2036-7821

3. *Comunicazione di avvio del procedimento e revoche cd. Improprie.*

Un destino parzialmente diverso ha riguardato il secondo periodo del co. 2, anche perché la disposizione trovava origine nella giurisprudenza del G.A., il quale, a seguito di un decennio di applicazione dell'art. 7, L. n. 241/1990, ebbe a maturare la convinzione che fosse indispensabile individuare un punto di equilibrio fra le esigenze garantistiche e l'efficace svolgimento dell'attività amministrativa[21].

A tutt'oggi sono ancora molte le pronunce in cui il G.A. ritiene non annullabile il provvedimento impugnato nonostante sia stata omessa la comunicazione di avvio del procedimento: accade ad esempio in materia di abusi edilizi, in quanto, data la natura vincolata dei relativi provvedimenti, sarebbe da escludere la necessità della partecipazione dei soggetti interessati[22].

Eppure, anche il secondo periodo del co. 2 dell'art. 21 *octies* pare essere entrato in una fase di recessione, com'è dimostrato dalla giurisprudenza che si è occupata di recente della sua applicazione agli atti di natura vincolata.

Per il vero, all'inizio del nuovo secolo, accanto alla giurisprudenza ad avviso della quale la illegittimità formale assumerebbe rilievo ai fini dell'annullamento solo quando riverbera i propri effetti sul contenuto del provvedimento, si era fatto strada l'orientamento secondo cui l'obbligo di inviare la comunicazione di avvio sussiste anche nella ipotesi di provvedimenti dal contenuto totalmente vincolato, ciò sulla scorta della considerazione che la pretesa partecipativa andrebbe a riguardare non solo la fase di comparazione degli interessi, ma anche l'accertamento dei presupposti sui quali la decisione deve fondarsi[23].

Salvo che non si trattasse di accertamenti tecnici particolarmente complessi[24], questo orientamento tendeva a tenere esenti le revoche cd. improprie[25], ossia quegli atti che «solo approssimativamente le disposizioni chiamano revoche, trattandosi piuttosto di atti di decadenza, di rimozione e soprattutto di atti sanzionatori». Atti, dunque, «il cui presupposto è di volta in volta l'inattività o, meglio, un inadempimento, del destinatario del provvedimento revocando, rispetto all'esercizio di una facoltà o di un obbligo, posti dallo stesso provvedimento o dalla normativa di settore, oppure il venire meno di quei requisiti o di quelle condizioni alle quali era subordinata dalla legge la continuazione del rapporto, o la violazione di norme o di prescrizioni tecniche che il destinatario dell'atto era tenuto ad osservare, o, infine, la violazione di doveri istituzionali»[26].

---

[21] Consiglio di Stato, Sez. V, 22 maggio 2001, n. 2823.

[22] Tar Campania - Napoli, Sez. III, 2 agosto 2021, n. 5388; Consiglio di Stato, Sez. IV, 12 aprile 2021, n. 2965.

[23] Consiglio di Stato, Sez. VI, 20 aprile 2000, n. 2443; Sez. V, 22 aprile 2004, n. 2307.

[24] Tar Campania - Napoli, Sez. II, 14 aprile 2005, n. 5226.

[25] Tar Lazio - Roma, Sez. II, 1 aprile 2016, n. 4015, in tema di decadenza dell'autorizzazione per l'apertura di sale cinematografiche.

[26] La definizione degli atti di revoca cd. impropri è tratta da M. IMMORDINO - A. CONTIERI, *L'omessa comunicazione di avvio del procedimento di revoca*, in *Foro amm. TAR*, 2006, 2783 ss., 2785.

ISSN 2036-7821

Nondimeno, più di recente, la giurisprudenza pare essersi convinta della indispensabilità della comunicazione di avvio del procedimento per tutti i provvedimenti di secondo grado, compresi quelli in cui non si intravede spazio discrezionale per la P.A.

Nell'ambito di un ripensamento nell'interpretare l'art. 21 *octies*, co. 2, si è sostenuto che «l'emanazione di un atto di secondo grado, annullamento d'ufficio, revoca o decadenza, incidente su posizioni giuridiche originate da un precedente atto, deve essere preceduta dalla comunicazione di avvio del procedimento, salve ragioni di urgenza, adeguatamente motivate e salvi i casi in cui all'interessato sia stato consentito di evidenziare i fatti e gli argomenti»[27].

Che le esigenze partecipative garantite dalla comunicazione di avvio del procedimento siano (nuovamente) percepite come difficilmente eludibili si induce altresì da una giurisprudenza che, quantomeno a prima vista, si presenta con contenuti meno radicali rispetto a quella appena riportata.

La fattispecie sulla quale il G.A. ha avuto l'occasione di esprimersi ha ad oggetto un provvedimento di decadenza dell'autorizzazione all'apertura di una farmacia[28].

A seguito di un'articolata vicenda conclusasi con una sentenza di fallimento, la società titolare della farmacia è risultata priva dell'unico socio accomandatario e dell'amministratore unico, nonché legale rappresentante e, per ciò, impossibilitata ad agire.

L'ASL competente, dopo aver dettato disposizioni al fine di garantire l'assistenza farmaceutica e le prestazioni sanitarie connesse, ha dichiarato la decadenza dell'autorizzazione a causa della chiusura dell'esercizio per un periodo superiore a quindici giorni, ai sensi dell'art. 113, co. 1, lett. d, R.D. 27 luglio 1934, n. 1265.

La vicenda è giunta in Consiglio di Stato, davanti al quale la parte appellante ha dedotto la violazione dell'art. 7, L. n. 241/1990, sostenendo che l'ASL non avrebbe consentito il contraddittorio: ciò avrebbe viziato in maniera irrimediabile il provvedimento di decadenza, poiché avrebbe impedito al destinatario di evidenziare profili utili ai fini dell'adozione di atti aventi un contenuto diverso.

L'ASL si è difesa sostenendo che si sarebbe trattato di un provvedimento di natura vincolata per il quale avrebbe potuto omettersi sia la comunicazione dell'avvio del procedimento, sia il preavviso di rigetto: l'appellante, infatti, avrebbe chiuso la farmacia senza ottemperare alle prescrizioni che le imponevano di tenerla aperta; sicché l'esito del procedimento non avrebbe potuto mutare a seguito della partecipazione procedimentale.

Il Consiglio di Stato ha accolto l'appello, ritenendo che la vicenda avrebbe reso necessario un approfondimento in contraddittorio tra le parti: l'appellante ha

[27] Consiglio giust. amm., Sez. giurisd., 5 ottobre 2020, n. 884.
[28] Consiglio di Stato, Sez. III, 14 settembre 2021, n. 6288.

ISSN 2036-7821

rappresentato che la decadenza dalla qualità di socio accomandatario e legale rappresentante avrebbe avuto ripercussioni sulla sua condizione di direttore tecnico della farmacia e sulla possibilità di provvedere alla nomina di un suo sostituto. In altre parole, gli atti con i quali l'ASL aveva ordinato di tenere aperta la farmacia si scontravano con la specifica condizione dell'*ex* socio accomandatario, il quale era impossibilitato ad ottemperarvi.
Insomma, tenuto conto della complessità della situazione e della gravità degli effetti derivanti dal provvedimento di decadenza, dovevano essere assicurate le garanzie partecipative, a cominciare dalla comunicazione d'avvio del procedimento.
Secondo il Collegio la natura vincolata degli atti impugnati non costituisce valido motivo per omettere il rispetto delle regole sulla partecipazione in situazioni peculiari e giuridicamente complesse: a suo avviso «non è rinvenibile alcun principio di ordine logico o giuridico che possa impedire al privato, destinatario di un atto vincolato, di rappresentare all'amministrazione l'inesistenza dei presupposti ipotizzati dalla norma, esercitando preventivamente sul piano amministrativo quella difesa delle proprie ragioni che altrimenti sarebbe costretto a svolgere unicamente in sede giudiziaria».
A ben vedere, la pronuncia in parola, negli effetti, non si presenta dissimile dall'orientamento più radicale prima riportato.
È vero che essa subordina l'indispensabilità della partecipazione alla complessità dell'istruttoria da svolgere. Tuttavia, l'unico modo per la P.A. di comprendere effettivamente se una vicenda sia complessa o meno è far partecipare il privato.
A ben riflettere, anche per una questione di economia processuale e procedimentale – e dunque per evitare di dover ripetere il procedimento a seguito di una sentenza che accerti che la fattispecie meritava di essere istruita con la partecipazione del privato – , una giurisprudenza simile non può che indurre le PP.AA. a comunicare l'avvio del procedimento molto frequentemente, se non addirittura sempre. Solo in questo modo si potrà appurare se per l'istruttoria da compiere sia realmente utile il coinvolgimento del privato, a fini non solo difensivi, ma anche collaborativi.
Pare così che pure il secondo periodo del co. 2 abbia subito un ridimensionamento in favore della partecipazione. D'altra parte, la recente modifica legislativa che ha introdotto la sua inapplicabilità qualora il provvedimento sia stato adottato in violazione dell'art. 10 *bis* sta lì a dimostrarlo.

4. *Qualche osservazione conclusiva sulla riscossa della partecipazione*
Insomma, sembrerebbe che la tendenza antiformalistica che bene o male continua a caratterizzare la legislazione italiana sulla P.A. di fatto si sia radicata meno di quanto si potesse pensare.

ISSN 2036-7821

Ed invero, negli ultimi anni si sta assistendo ad una sorta di riscossa della partecipazione, della quale nella giurisprudenza amministrativa viene valorizzata soprattutto la carica collaborativa.

Alle modalità di manifestazione formale del potere amministrativo viene riconosciuta particolare rilevanza anche dalla Corte costituzionale, che sempre più spesso si trova a vagliare la legittimità di leggi utilizzate per provvedere in luogo della P.A.

Tutti i casi recenti sono accomunati dal fatto che, nel sanzionare l'intervento legislativo, la Consulta non si sia limitata a prendere atto del contrasto con la legge statale – la quale prevedeva che si facesse uso dell'atto amministrativo –, dando piuttosto particolare risalto al ruolo svolto dal procedimento nella formazione della decisione finale.

Ad esempio, nella sentenza n. 28/2019 la Consulta si è occupata di una legge della Regione Abruzzo con cui è stato adottato il piano regionale di gestione integrata dei rifiuti *ex* art. 199, D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152.

A riguardo la Corte ha rilevato che «le norme statali che rimettono la definizione di interventi regionali ad atti di pianificazione devono intendersi prescrittive della forma dell'atto amministrativo»; solo così è possibile assicurare «le garanzie procedimentali per un giusto equilibrio tra i vari interessi in gioco, […] con conseguente divieto per la regione di ricorrere ad una legge-provvedimento».

La preferenza mostrata per l'atto amministrativo è collegata al fatto che esso «costituisce il punto di approdo di un'adeguata attività istruttoria svolta nella sede procedimentale, aperta al coinvolgimento degli enti territoriali e dei soggetti privati interessati, e quindi preordinata all'apprezzamento e alla sintesi delle plurime istanze coinvolte».

Alle modalità formali tipiche dell'azione amministrativa viene assegnato significativo valore anche nella giurisprudenza successiva, come nella sentenza n. 116/2020, relativa all'art. 34 *bis*, D.L. 24 aprile 2017, n. 50, con cui è stato approvato il programma operativo straordinario in materia sanitaria per la Regione Molise.

Pure questa volta l'utilizzo dell'atto legislativo ha comportato il pregiudizio delle garanzie partecipative, che – ad avviso della Corte – nella materia sanitaria sono indispensabili: le «scelte da effettuare, destinate a riverberarsi sulla salute dei cittadini molisani, richiedevano […] al massimo grado un'adeguata conoscenza di dati di fatto complessi e di non facile lettura, dati che solo una istruttoria amministrativa approfondita, e arricchita dalla partecipazione degli enti interessati, poteva garantire».

Peraltro – aggiunge la Consulta – il ricorso all'atto amministrativo implica un rafforzamento della tutela per i soggetti pregiudicati dalla pianificazione: «se è vero che in linea di principio la tutela giudiziaria non viene meno per il trasferimento del contenzioso alla giurisdizione costituzionale […], è anche vero che non può non

ISSN 2036-7821

considerarsi che in casi come quello in esame vengano in rilievo mancanze, quali il difetto di partecipazione degli interessati, che non si potrebbero addebitare all'atto legislativo, in quanto fisiologicamente estranee al relativo procedimento»[29].

Insomma, la netta presa di posizione in favore della forma è tutt'altro che legata solo ad esigenze di mera conformità alla legge: le disposizioni che disciplinano le modalità formali di adozione di un atto amministrativo hanno una inevitabile e molto significativa ricaduta tanto nella fase di formazione della decisione, quanto nella fase successiva alla sua esternazione. In altre parole, esse stanno lì a garantire la sostanza.

Concludendo, pare proprio che la giurisprudenza (amministrativa e costituzionale) stia progressivamente prendendo le distanze dalla filosofia della legislazione contemporanea (quella propria – per intendersi – della L. n. 15/2005) riavvicinandosi a quella contenuta nella proposta della Commissione Nigro, la quale focalizzava l'attenzione fondamentalmente sull'*iter* di formazione della decisione[30], di cui parte significativa era il «contraddittorio»[31]. In questa ottica, l'atto amministrativo assume importanza non come elemento formale in sé per sé, bensì come espressione della decisione assunta all'esito di un peculiare processo formativo il cui momento decisivo è rappresentato dall'istruttoria. Nell'idea della Commissione Nigro, dunque, quel che più conta è regolare il farsi della decisione: le formalità del procedimento, di cui è parte il contraddittorio tra la P.A. e il destinatario dell'atto, avrebbero infatti assicurato tanto la giustizia della decisione, quanto la sua giustiziabilità.

[29] Secondo la Corte il controllo operato dal G.A. è di certo peculiare rispetto a quello condotto dal Giudice delle leggi, in quanto «centrato sul rispetto delle regole proprie del procedimento amministrativo e sulle relative mancanze».

[30] Per M. NIGRO, *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazioni dell'amministrazione (a proposito di un recente disegno di legge)*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 5 ss., 17, «il procedimento si rivela come strumento di mediazione fra il fine di garanzia (realizzazione della imparzialità) e il fine di buona amministrazione (realizzazione dell'efficacia), entrambi propri della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.)».

[31] Al quale nella proposta della Commissione presieduta da Nigro veniva dedicato il Titolo III. Per quel che attiene alla «comunicazione agli interessati», la proposta conteneva due testi. Nel secondo era stato previsto che qualora l'iniziativa procedimentale provenisse da un soggetto diverso dal destinatario dell'atto, la comunicazione di avvio nei confronti di quest'ultimo costituiva condizione di procedibilità dell'iniziativa stessa.

ISSN 2036-7821