



6 APRILE 2022

Il preavviso di rigetto ai tempi della semplificazione amministrativa

di Michele Ricciardo Calderaro

Ricercatore di Diritto amministrativo
Università degli Studi di Torino



Il preavviso di rigetto ai tempi della semplificazione amministrativa*

di Michele Ricciardo Calderaro

Ricercatore di Diritto amministrativo
Università degli Studi di Torino

Abstract [It]: L'articolo esamina la partecipazione procedimentale alla luce delle più recenti novità normative volte a semplificare l'attività amministrativa, con particolare riferimento all'istituto del preavviso di rigetto. L'autore valuta quali siano le conseguenze che queste novità normative producono nel rapporto con il cittadino, anche dal punto di vista della tutela giurisdizionale.

Title: The rejection notice at the time of administrative simplification

Abstract [En]: The essay examines the procedural participation in the light of the most recent regulations aimed at simplifying the administrative activity, with particular reference to the notice of rejection institution. The author evaluates the consequences that these new regulations have on the relationship with the citizen, also from the point of view of judicial protection.

Parole chiave: partecipazione procedimentale, preavviso di rigetto, esercizio del potere, tutela giurisdizionale

Keywords: procedural participation, notice of rejection, exercise of power, judicial protection

Sommario: 1. Il d.l. semplificazioni n. 76/2020 e la partecipazione procedimentale. 2. La “necessità” della comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza. 3. La motivazione del preavviso di rigetto. 4. La mancata comunicazione del preavviso di rigetto e la sua lesività. 5. Il preavviso di rigetto sospende (e non interrompe più) i termini del procedimento. 6. Il principio del c.d. *one shot* temperato alla luce della modifica dell'art. 10-*bis*, legge n. 241/1990. 7. Osservazioni conclusive.

1. Il d.l. semplificazioni n. 76/2020 e la partecipazione procedimentale

L'emergenza sanitaria determinata dal Covid-19 ha indotto il legislatore ad intervenire nel campo dell'attività della pubblica amministrazione, al fine di renderla più efficiente, efficace e proattiva rispetto alle mutate esigenze della società.

Il d.l. semplificazioni n. 76/2020, conv. in legge 11 settembre 2020, n. 120, è intervenuto, in particolare, sulla disciplina del procedimento amministrativo, modulo esplicativo dell'attività della pubblica amministrazione, apportando diverse modifiche alla legge di riferimento n. 241 del 1990¹.

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ In relazione alla quale, tra i tanti contributi, cfr., ad esempio, F.G. COCA, A.F. DI SCIASCIO (a cura di), *Il procedimento amministrativo ed i recenti interventi normativi: opportunità o limiti per il sistema paese?*, Napoli, Esi, 2015, 1 ss.; L.R. PERFETTI, *Funzione e compito della teoria delle procedure amministrative. Metateoria su procedimento e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 53 ss.; D.U. GALETTA, *Il procedimento amministrativo nella scienza del diritto amministrativo in Italia: linee generali di sviluppo e critica di alcune recenti “involuzioni”*, in *Foro amm. TAR*, 2011, 3779 ss.; F. MERUSI, *Per il ventennale della legge sul procedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2010, 939 ss.; P.M. VIPIANA, *Il procedimento amministrativo: nella legge 241 del 1990 riformata dalla legge 241 del 1990 riformata dalla legge n. 69 del 2009*, Padova, Cedam, 2010; L. DE LUCIA, *Procedimento amministrativo e interessi materiali*, in *Dir. amm.*, 2005, 87 ss.; M.A. SANDULLI, *La riforma della legge sul procedimento amministrativo*

Così, ad esempio, si è introdotto all'art. 1 di questa legge un comma 2-*bis* ove si esplicita che “*i rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede*”², esplicitazione in realtà non necessaria³ perché fatta propria dalla giurisprudenza amministrativa⁴ e di Cassazione⁵ da oramai molti anni⁶; si è intervenuto sui termini del procedimento e sul perenne problema della digitalizzazione della pubblica amministrazione⁷, nonché si è introdotta una peculiare disposizione, l'art. 21-*decies*, dedicata alla riemissione di provvedimenti annullati dal giudice amministrativo per vizi inerenti ad atti endoprocedimentali⁸.

In questo turbinio di modifiche il d.l. semplificazioni del 2020 ha inciso anche sulla partecipazione procedimentale, con riferimento ad uno specifico aspetto, ovvero quello della comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza, c.d. preavviso di rigetto, di cui all'art. 10-*bis* della legge n. 241 del 1990.

Occorre, però, anzitutto ricostruire il quadro della partecipazione procedimentale nell'ordinamento italiano⁹.

tra novità vere ed apparenti, in *Federalismi*, n. 4-2005, 1 ss.; M. CARTABIA, *La tutela dei diritti nel procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1991, 1 ss.; E. CARDI, *Procedimento amministrativo*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1991, vol. XXIV, 6 ss.

² Su questa novella normativa v. il recente commento di G. GUGLIELMI, *Responsabilità e pubblica amministrazione: nuovi confini tra pubblico e privato?*, in *Resp. civ. e prev.*, 2021, 988 ss.; si v. anche, per un approfondimento sul rapporto tra principio di correttezza e rapporto procedimentale, già S. TARULLO, *Il principio di collaborazione procedimentale*, Torino, Giappichelli, 2008, 64 ss.

³ Concorde l'opinione di M. MACCHIA, *Il decreto “Semplificazioni”. Le misure generali*, in *Giorn. dir. amm.*, fasc. 6 del 2020, che la ritiene una norma “manifesto”, “una norma “buona per la propaganda, ma inefficace nella sostanza”.

⁴ Tra le più recenti, ad esempio, in tema di responsabilità precontrattuale dell'Amministrazione, nel caso di mancata conclusione del procedimento di *project financing*, per non aver osservato i canoni di correttezza e buona fede: Cons. Stato, Sez. V, 12 agosto 2021, n. 5870, in *L'Amministrativista.it*; in tema di prestazioni sanitarie: Cons. Stato, Sez. III, 4 agosto 2021, n. 5758, in *www.giustizia-amministrativa.it*; nel caso di atti di autotutela: T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. IV, 28 giugno 2021, n. 1582, in *www.giustizia-amministrativa.it*; con riferimento all'istituto del soccorso istruttorio: T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 6 maggio 2021, n. 5330, in *www.giustizia-amministrativa.it*; con riferimento all'esercizio del diritto d'accesso da parte del privato: T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VI, 8 aprile 2021, n. 2318, in *www.giustizia-amministrativa.it*; sul principio della chiarezza nella redazione degli atti di gara come esplicitazione del principio di buona fede: Cons. Stato, Sez. III, 3 marzo 2021, n. 1804, in *www.giustizia-amministrativa.it*; con riferimento alla condotta volta al rilascio di un permesso di costruire: Cons. Stato, Sez. II, 17 febbraio 2021, n. 1448, in *Riv. giur. ed.*, 2021, 2, I, 543 ss.

⁵ V., ad esempio, Cass. civ., Sez. Un., 17 giugno 2021, n. 17329, in *ilprocessocivile.it*, 2021; Cass. civ., Sez. Un., 11 maggio 2021, n. 12428, in *Giust. civ. Mass.*, 2021, sulla necessità che la condotta dell'Amministrazione sia improntata ai canoni di correttezza e buona fede.

⁶ Sull'applicazione del principio della buona fede nel diritto amministrativo, con particolare riferimento all'attività dell'Amministrazione, il dibattito è aperto in dottrina già da più di vent'anni: cfr., ad esempio, F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico: dagli anni Trenta all'alternanza*, Milano, Giuffrè, 2001; F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, Esi, 1995; con riferimento specifico ai moduli privatistici dell'attività dell'Amministrazione cfr. altresì R. CARANTA, *Attività contrattuale della pubblica amministrazione, buona fede e tutela dell'affidamento*, in *Urb. e app.*, 2003, 566 ss. V., più di recente, la ricognizione di F. CORTESE, *Costituzione e nuovi principi del diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2020, 329 ss.

⁷ In tema cfr. R. CAVALLO PERIN, D.U. GALETTA (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Torino, Giappichelli, 2020.

⁸ Sulle criticità di questa disposizione e per una sua corretta interpretazione si v. C.E. GALLO, *La riemissione del provvedimento amministrativo*, in *Giustiziainsieme*, 22 ottobre 2021.

⁹ Per un'analisi delle origini della partecipazione procedimentale v. P. PATRITO, *Premesse storiche e comparatistiche per uno studio sulla partecipazione al procedimento amministrativo*, Aracne, 2018.

Il diritto alla partecipazione o diritto al contraddittorio, che ha trovato le sue prime essenziali applicazioni in campo processuale¹⁰, riveste oggi, seppur con differenze rilevanti nei diversi ordinamenti nazionali, un fondamentale ruolo di garanzia dei diritti della persona anche nel procedimento amministrativo¹¹.

Si è, pertanto, realizzato quanto preconizzato dalla più attenta dottrina già alla metà del secolo scorso, allorché si asseriva che il rispetto del contraddittorio, pur imprescindibile con riferimento all'esercizio del potere giurisdizionale, rappresenta un principio giuridico generale, che deve trovare applicazione ogni qual volta la funzione svolta sia retta dal principio di imparzialità e, quindi, inevitabilmente, anche con riferimento al procedimento amministrativo¹².

La legge 7 agosto 1990, n. 241 dedica il capo III alla partecipazione del privato nel procedimento amministrativo prevedendo che ai soggetti direttamente interessati dal provvedimento finale (art. 7), cui si aggiungono coloro che, portatori di interessi pubblici o privati ovvero di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati, possano subire un pregiudizio dal provvedimento (art. 9), sia riconosciuto il diritto di prendere visione degli atti del procedimento, il diritto di presentare memorie scritte e documenti, che l'Amministrazione ha l'obbligo di valutare se pertinenti rispetto all'oggetto del procedimento (art. 10)¹³, nonché, solo per i soggetti nei cui confronti il provvedimento è destinato a produrre effetti diretti, il diritto, sempre ove non sussistano ragioni di impedimento derivanti da particolari esigenze di celerità del procedimento¹⁴, di ricevere la comunicazione d'avvio dello stesso¹⁵.

¹⁰ Si veda, per una ricostruzione generale del principio del contraddittorio, il fondamentale studio di F. BENVENUTI, *Contraddittorio (dir. amm.)*, in *Encicl. dir.*, Milano, Giuffrè, 1961, Vol. IX, 739 ss.; si rinvia in via, inoltre, per l'applicazione del principio in campo anzitutto processuale, a L. MIGLIORINI, *Contraddittorio (principio del)*, in *Encicl. giur. Treccani*, Roma, 1988, Vol. VIII, 1 ss., secondo cui il contraddittorio “*esprime la posizione di eguaglianza che è fatta alle parti nel processo in ordine alla possibilità di elaborazione del contenuto della sentenza*”.

¹¹ F. SATTA, *Contraddittorio e partecipazione nel procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2010, 299 ss., ritiene che, con riguardo al procedimento, occorra distinguere nettamente tra contraddittorio e partecipazione; questa “*non attiene, infatti, al diritto di difendersi contro una pretesa altrui di fronte ad un giudice. Mira, al contrario, a contribuire alla formazione delle decisioni dell'autorità amministrativa affinché meglio si conoscano gli interessi coinvolti e se ne tenga conto. Il punto cruciale per comprendere il significato profondo della partecipazione è che tali interessi non necessariamente si contrappongono all'assetto verso cui si orienta l'amministrazione*”.

¹² Così F. BENVENUTI, *op. loc. ult. cit.*, secondo cui “*la imparzialità, se dal lato negativo indica il disinteresse di chi esercita la funzione, dal lato positivo significa uguale interesse di chi è chiamato ad essere destinatario del suo esercizio: ciò che, appunto, costituisce il fondamento generale dell'istituto del contraddittorio*”. Si ricordi il magistrale insegnamento dello stesso F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 128, che definì il procedimento come “*la manifestazione sensibile della funzione, il modo di esternazione cioè del farsi dell'atto*”; F. FIGORILLI, *Il contraddittorio nel procedimento amministrativo*, Napoli, Esi, 1996, 194, evidenzia come sia solo con “*lo spostamento dell'attenzione dall'atto alla funzione amministrativa che assumono concretezza le nozioni di partecipazione e di contraddittorio*”.

¹³ Sui contenuti di questa disposizione cfr. P. CHIRULLI, *I diritti dei partecipanti al procedimento*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2017, 528 ss.

¹⁴ V., sul punto, A. PUBUSA, *La legge 241 vent'anni dopo*, in *Dir. e proc. amm.*, 2011, 729 ss.

¹⁵ Cfr. R. FERRARA, *La legge sul procedimento amministrativo alla prova dei fatti: alcuni punti fermi...e molte questioni aperte*, in *Dir. e proc. amm.*, 2011, 59 ss., che, riflettendo sulle novelle della legge n. 241 del 1990 intervenute negli ultimi anni, osservava come il capo dedicato alla partecipazione non fosse mai stato interessato da riforme: “*forse perché la partecipazione in quanto tale viene concretamente immaginata e costruita come la classica foglia di fico destinata a schermare e celare processi decisionali in realtà estremamente selettivi e soprattutto elitari, seppure qualificati in senso democratico in ragione della formale apertura della macchina*”.

A ciò si aggiunge quanto previsto dalla legge n. 15 del 2005 con l'introduzione nella legge n. 241 dell'art. 10-*bis*, che ha configurato, nei procedimenti ad istanza di parte, l'obbligo dell'Amministrazione di comunicare agli istanti, prima della formale adozione del provvedimento di diniego, i motivi che ostano all'accoglimento della domanda (c.d. preavviso di rigetto)¹⁶, con conseguente possibilità per gli interessati di presentare al riguardo delle osservazioni scritte funzionali ad un ravvedimento dell'Amministrazione¹⁷. La legge generale sul procedimento prevede, pertanto, un generico capo dedicato, almeno letteralmente, alla partecipazione nel procedimento amministrativo, non facendo riferimento, invece, ad un più specifico diritto al contraddittorio¹⁸.

Non era stata questa la scelta originaria della Commissione, presieduta da Mario NIGRO, incaricata della redazione della legge¹⁹, che aveva espressamente previsto il diritto al contraddittorio per il privato che subiva dal provvedimento una lesione dei propri diritti soggettivi o interessi legittimi, diritto che non si esprimeva nella semplice visione degli atti prodotti dall'Amministrazione nel procedimento e nella successiva presentazione di memorie scritte ove esporre le proprie difese rispetto alle scelte amministrative, ma in un vero e proprio diritto di corrispondere immediatamente, in via orale, con l'Amministrazione.

amministrativa agli influssi ed agli interessi dei privati?". Si rimanda anche a C.E. GALLO, *La legge 7 agosto 1990, n. 241 vent'anni dopo*, in *Dir. e proc. amm.*, 2011, 432, che, invece, constata come la legge in esame, altresì mediante la previsione di una generalizzata partecipazione, abbia modificato profondamente il modo di essere e di agire dell'Amministrazione ed il rapporto che i cittadini hanno con essa; le riforme intervenute successivamente, in particolare con la legge n. 15 del 2005, osserva l'Autore, hanno, tuttavia, in parte, vanificato gli sforzi innovatori del legislatore del 1990.

¹⁶ Secondo Cons. Stato, Sez. VI, 1° febbraio 2013, n. 617, in *Foro amm. CdS*, 2013, 490, il preavviso di rigetto e la comunicazione di avvio del procedimento “*costituiscono espressione formale della dimensione garantistica e partecipativa*” che il legislatore ha voluto dare al procedimento amministrativo. Cfr., sul tema, F. SAITTA, *La riforma della "241" tre anni dopo: spunti di riflessione su partecipazione, accordi, d.i.a. e silenzio assenso alla luce delle prime indicazioni dottrinali e giurisprudenziali*, in *Dir. e proc. amm.*, 2009, 56, che, interrogandosi sulla natura dell'art. 10-*bis*, conclude ritenendo, correttamente, che in esso coesistano aspetti garantistici ed aspetti collaborativi, “*atteso che, quando si adopera per rappresentare fatti e/o interessi che contraddicono le conclusioni anticipate dall'amministrazione procedente, l'interessato coopera comunque al migliore esercizio della funzione amministrativa*”.

¹⁷ Sull'effettiva e piena partecipazione procedimentale che deve essere garantita all'interessato cfr., ad esempio, Cons. Stato, Sez. VI, 15 ottobre 2018, n. 5909, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, Sez. VI, 15 ottobre 2018, n. 5909, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, Sez. V, 4 novembre 2014, n. 5447, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁸ C.E. GALLO, *La partecipazione al procedimento*, in P. ALBERTI - G. AZZARITI - G. CANAVESIO - C.E. GALLO - G.B. GARRONE - M.A. QUAGLIA (a cura di), *Lezioni sul procedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 1995, 63, evidenzia le due finalità alle quali la legge n. 241 del 1990 ha inteso rispondere: “*da un lato, la generalizzazione della partecipazione del privato al procedimento amministrativo, dall'altro la collocazione della partecipazione in un momento iniziale del procedimento, o meglio, la formalizzazione della fase dell'iniziativa del procedimento amministrativo, volta ad evidenziare il momento iniziale di formazione della volontà dell'amministrazione, con immediata esternalizzazione del medesimo*”.

¹⁹ Per una ricostruzione del pensiero di Nigro sulla necessità di una legge sul procedimento amministrativo v. R. CHIEPPA, *Mario Nigro e la disciplina sul procedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2010, 667 ss.

Veniva, pertanto, sancito un principio di compresenza ed oralità²⁰ nel procedimento, che è stato, tuttavia, successivamente accantonato²¹.

Le scelte compiute in sede di formulazione della legge n. 241 del 1990 sono il risultato di un risalente dibattito avente ad oggetto il problema della presenza del privato nel procedimento amministrativo²², partecipazione che comporta l'insorgenza di un problema tale da involgere i difficili rapporti esistenti tra il potere di cui è titolare l'Amministrazione e la tutela delle situazioni giuridiche soggettive²³ rientranti nella titolarità del cittadino²⁴, tutela che, se non vuole essere concepita come incompleta e parziale, non può essere prevista solo in un momento successivo all'esercizio del potere da parte dell'Amministrazione e, dunque, esclusivamente in sede processuale²⁵.

²⁰ F. LEDDA, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Dir. amm.*, 1993, 136, osserva come "l'audizione e la diretta discussione dell'affare, indipendentemente dalle modalità di svolgimento, in molti casi possono risultare inefficaci" qualora non vengano adottate adeguate tecniche di formalizzazione.

²¹ Si veda, sul tema, la relazione di uno dei componenti della stessa Commissione, F. PUGLIESE, *Il contraddittorio nel procedimento*, in F. TRIMARCHI (a cura di), *Il procedimento amministrativo tra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1990, 26 ss., ove viene criticata la norma contenuta nell'articolo 7 della legge n. 241 del 1990 sull'obbligo di fornire la comunicazione di avvio del procedimento, solo qualora non sussistano ragioni di impedimento derivanti da particolari esigenze di celerità del procedimento: si evidenzia, giustamente, come non sempre le ragioni di celerità possano configurarsi come ragioni ispiratrici di "una migliore ponderazione degli interessi che sono in gioco a garanzia e tutela del privato".

²² Si pensi allo scritto di E. FAZZALARI, *Diffusione del processo e compiti della dottrina*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 861 ss., ove l'Autore rifletteva sulla possibile trasposizione di modelli processuali, e tra questi quello relativo al contraddittorio, nel procedimento volto all'emanazione di un provvedimento amministrativo. D'altronde, ci si interrogava se già l'art. 3 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, All. E, di abolizione del contenzioso amministrativo, prevedendo la facoltà delle parti interessate di presentare osservazioni e deduzioni all'autorità amministrativa durante la fase procedimentale, avesse introdotto un generalizzato diritto al contraddittorio nel procedimento amministrativo: sul tema l'ampia ricostruzione di G. GHETTI, *Il contraddittorio amministrativo*, Padova, Cedam, 1971, 33 ss.

²³ In tema non si può non rinviare alla fondamentale voce di E. CASETTA, *Diritti pubblici subiettivi*, in *Encicl. dir.*, Milano, Giuffrè, 1964, Vol. XII, 791 ss., che riprende e critica, almeno in parte, S. ROMANO, *La teoria dei diritti pubblici subiettivi*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 1900, Vol. I, 117 ss.; nonché E. CASETTA, *Diritto soggettivo e interesse legittimo: problemi della loro tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 624 ss.; ma poi ancora, per un inquadramento generale, cfr. E. PICOZZA, G. PALMA, E. FOLLIERI, *Le situazioni giuridiche soggettive nel diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 2000, 1 ss.; E. PICOZZA, *Le situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, in G. SANTANIELLO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 1999; C.E. GALLO, *Soggetti e posizioni soggettive nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, Utet, 1999, Vol. XIV, 2864 ss.; A. ROMANO, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili, sono diritti soggettivi*, in *Dir. amm.*, 1998, 1 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive*, in *Encicl. dir.*, Milano, Giuffrè, Aggiornamento, 1998, Vol. II, 966 ss.; L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, Padova, Cedam, 1996, 1 ss.; G. GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, Napoli, Jovene, 1990, 1 ss.; A. ROMANO, *Diritto soggettivo, interesse legittimo ed assetto costituzionale*, in *Foro it.*, 1980, V, 258 ss.; con particolare riferimento al procedimento amministrativo v. altresì M. OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2002, 362 ss.; da ultimo cfr. altresì M. RAMAJOLI, *Pluralismo giurisdizionale e situazioni soggettive sostanziali*, in *Questione giustizia*, n. 1-2021, 86 ss., nonché B. TONOLETTI, *Le situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, in *Quaderni del Seminario di studi e ricerche parlamentari S. Tosi*, n. 20/2010, p. 122 ss.

²⁴ Osserva ancora C.E. GALLO, *La partecipazione*, cit., 68, che l'individuazione di un momento di partecipazione deve essere sempre funzionale ad un arricchimento effettivo apportato alla sfera di conoscenza dell'Amministrazione, non allungando, al contempo, particolarmente i tempi dell'incedere procedimentale.

²⁵ M. NIGRO, *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazioni dell'amministrazione (a proposito di un recente disegno di legge)*, in F. TRIMARCHI (a cura di), *Il procedimento amministrativo tra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione*, cit., 12, osserva come, per l'inevitabile mutamento del rapporto tra Stato e società, la "scelta amministrativa non è più monopolio dell'elemento burocratico, ma diventa prodotto di questo e dell'elemento partecipativo".

Il fondamento di una partecipazione del cittadino che si collochi già nel momento in cui l'Amministrazione decide di agire è rinvenibile, in realtà, nelle stesse norme costituzionali e, in primo luogo, nell'art. 97, che, come noto, detta i canoni dell'imparzialità e del buon andamento cui deve essere ispirata tutta l'organizzazione e l'attività amministrativa²⁶.

Ed è proprio l'imparzialità correttamente intesa, come affrancazione dell'Amministrazione da tutte le pressioni esterne ma anche da una sopravvalutazione dell'interesse pubblico di cui è portatrice, che spinge a ritenere che una corretta valutazione degli interessi in gioco, pubblici e privati, primari e secondari, necessiti di una corretta impostazione del rapporto tra Amministrazione e cittadini (che non sono semplicemente amministrati).

Questo si verifica solamente laddove si preveda il diritto dei cittadini di rappresentare le proprie posizioni non solo a seguito dell'adozione del provvedimento ma già nella fase del procedimento amministrativo preposta alla corretta ricostruzione della realtà di fatto da parte dell'Amministrazione procedente, ovvero l'istruttoria, atteso che la pretesa partecipativa del privato²⁷, se correttamente intesa, non è soltanto funzionale alla difesa dei diritti e degli interessi di quest'ultimo, come sarebbe nella tradizionale ricostruzione del diritto al contraddittorio, ma altresì alla correttezza dell'azione dell'Amministrazione affinché agisca nel modo più coerente possibile rispetto alla realtà di fatto esistente²⁸.

Le scelte che possono compiersi in tema di modalità di intervento del privato nel procedimento amministrativo sono inevitabilmente condizionate dal modello che si ritiene preferibile adottare nella disciplina del rapporto amministrativo²⁹.

²⁶ Cfr. la voce di F. GIGLIONI, S. LARICCIA, *Partecipazione dei cittadini all'attività amministrativa*, in *Encicl. dir.*, Milano, Giuffrè, 2000, IV agg., 946 ss.

²⁷ Si tratta di espressione riconducibile allo studio di A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1996, 9 ss., che, interrogandosi sulla natura giuridica di tali pretese del cittadino, conclude, in esito ad un processo di contemperamento tra le esigenze di garanzia del privato e l'esigenza di un'azione amministrativa che sia retta dai principi di economicità ed efficacia, per l'esistenza di diritti soggettivi di partecipazione.

²⁸ In questo senso già G. BARONE, *L'intervento del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1969, 62 ss., che, in merito alla natura del procedimento, osserva che "per una piena realizzazione del principio di imparzialità, il problema si puntualizza tosto nell'esigenza che, nell'ambito del procedimento, avvenga una completa prospettazione delle ragioni che, secondo la norma, depongono a favore dei soggetti privati, cui l'atto in formazione si riferisce, e, del pari, emerge la necessità che ad operare tale prospettazione siano gli stessi soggetti titolari degli interessi coinvolti. La loro partecipazione al procedimento amministrativo, in quanto determina la possibilità di una acquisizione completa delle loro ragioni, è il mezzo più idoneo per assicurare un giudizio imparziale"; concorde è anche l'opinione di A. CERRI, *Difesa e contraddittorio nel procedimento amministrativo*, in *Giur. cost.*, 1971, 2731 ss., secondo cui la garanzia del contraddittorio nel procedimento amministrativo sia enucleabile dal principio di imparzialità ex art. 97 Cost.; cfr. anche C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, Utet, 1982, 794. Più di recente cfr. M. RAMAJOLI, *L'intervento nel procedimento*, in M.A. SANDULLI, *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2017, 597 ss.; B. GAGLIARDI, *Intervento nel procedimento amministrativo, giusto procedimento e tutela del contraddittorio*, in *Dir. amm.*, 2017, 373 ss.

²⁹ Si rimanda al saggio di U. ALLEGRETTI, *Procedura, procedimento, processo. Un'ottica di democrazia partecipativa*, in *Dir. amm.*, 2007, 779 ss., ove l'Autore, sulla base delle esperienze che si stanno diffondendo specialmente in altri Paesi, teorizza una partecipazione che vada oltre quella procedimentale dei titolari di interessi giuridicamente qualificati e quella organica dei soggetti associativi, per coinvolgere tutte le opinioni e gli interessi in qualche modo coinvolti dall'azione considerata: è la c.d. "democrazia partecipativa".

Prevedere una partecipazione che sia dialogica, ampia ed aperta a tutti i cittadini, e non solo ai diretti destinatari dei provvedimenti amministrativi, sembra richiamare l'idea di un'Amministrazione democratica, che rifugge il carattere di unilateralità del potere amministrativo, coinvolgendo i cittadini in tutte le decisioni pubbliche³⁰.

La partecipazione, tuttavia, può limitarsi all'attuazione concreta del diritto di difesa dei destinatari delle decisioni amministrative³¹, che non può essere riservato al solo momento processuale, attesa la funzionalità della ricostruzione operata dal privato rispetto alle scelte compiute dell'Amministrazione³².

Questa è stata la scelta del legislatore del 1990³³.

La legge generale sul procedimento, pur essendo il capo III espressamente dedicato alla partecipazione, ha compiuto una scelta limitativa, nell'ottica di una ricostruzione tradizionale del rapporto tra Amministrazione e cittadini, garantendo anzitutto il diritto al contraddittorio, in modo, peraltro, diverso, in quanto solo scritto, rispetto a quelle che erano le proposte della Commissione NIGRO³⁴.

³⁰ G. GHETTI, *Il contraddittorio amministrativo*, cit., 24 ss., differenzia le modalità di intervento del privato nel procedimento amministrativo, privato che può assumere la qualità di parte o partecipante a seconda dell'incisione della decisione amministrativa sulla sua sfera giuridica, con la conseguenza di una differente funzione, a seconda dei casi, svolta dal principio del contraddittorio; secondo l'Autore, difatti, "nei procedimenti ove l'interveniente agisce come parte, il contraddittorio amministrativo si presenta precipuamente come strumento di garanzia sostanziale; al contrario, ove vi sono partecipanti al procedimento, il contraddittorio ha soprattutto funzione di collaborazione con l'amministrazione, per l'introduzione e la valutazione, attraverso l'acquisizione degli elementi di fatto e di diritto, di tutti gli interessi che nella loro visione di insieme vengono a costituire l'interesse pubblico concreto cui si deve provvedere".

³¹ F. SAIJA, *Contraddittorio e partecipazione nel procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2010, 307 ss., evidenzia, diffusamente, le differenze intercorrenti tra contraddittorio e partecipazione: mentre il primo, che si svolge necessariamente tra posizioni antagoniste, si concretizza nel diritto di difendersi contro una pretesa altrui, la partecipazione "è il veicolo attraverso il quale gli interessati possono contribuire all'esercizio della discrezionalità da parte della pubblica amministrazione" nell'ambito di un procedimento, il cui ruolo fondamentale è quello di condurre a decisioni per quanto possibile condivise per la tutela di interessi comuni.

³² M.E. SCHINAIA, *Profili evolutivi della problematica del procedimento amministrativo*, in *Foro amm.*, 1987, 386 ss., osserva come il contraddittorio sia il cuore del procedimento funzionalizzato alla valutazione di interessi contrapposti; "esso non significa solo possibilità di esporre punti di vista, ma implica che quei punti di vista siano presi in considerazione in modo che risulti come l'amministrazione dialetticamente sia pervenuta al provvedimento assunto".

³³ Sulla contrapposizione tra un modello di partecipazione di tipo giurisdizionale, tipico della disciplina anglo-americana, e modelli amministrativi in cui la partecipazione degli interessati è meramente eventuale e non si svolge comunque nella forma del contraddittorio di tipo giurisdizionale cfr. E. PALICI DI SUNI PRAT, *I diritti al procedimento*, Torino, Giappichelli, 1994, 25 ss., che, comparando le varie esperienze nazionali, ritiene l'ordinamento italiano certamente non assimilabile al primo modello: non è così, perché, pur in assenza del carattere dell'oralità, il contraddittorio previsto dalla legge generale sul procedimento è, anzitutto, esplicitazione del diritto di difesa.

³⁴ Proposte che, come detto, avrebbero voluto introdurre il principio dell'oralità del contraddittorio; non è così secondo la disciplina oggi vigente dettata dalla legge generale sul procedimento, cfr., difatti, al riguardo, Cons. Stato, Sez. V, 27 maggio 2014, n. 2752, in www.giustizia-amministrativa.it, che ha escluso l'esistenza di un diritto al contraddittorio orale ai fini della legittimità di un provvedimento amministrativo, diritto che non può essere desunto neanche, in via interpretativa, dall'art. 1 della legge n. 241 del 1990, che impone il rispetto "dei più generali principi di imparzialità, parità di trattamento, trasparenza e proporzionalità, oltre che di economicità ed efficienza"; sul tema anche Cons. Stato, Sez. III, 22 aprile 2013, n. 2241, in www.lexitalia.it.

Certo, la legge n. 241 del 1990 ha generalizzato il diritto di difesa rispetto alle previsioni settoriali e specifiche che si rinvenivano nella legislazione precedente³⁵ e questa generalizzazione, che rappresenta un notevole passo avanti quanto alle garanzie che circondano l'esercizio del potere pubblico, merita una lettura dei contenuti del diritto al contraddittorio che non sia limitata al dato formale di quanto previsto espressamente dalla legge³⁶.

Ed invero, i diritti riconosciuti al privato dall'art. 10 della legge generale sul procedimento³⁷ possono costituire un ottimo punto di partenza per l'implementazione di un rapporto collaborativo tra Amministrazione e cittadini ma non pare pienamente condivisibile l'opinione di chi ritiene che, attraverso una interpretazione sostanziale degli istituti di partecipazione previsti dal legislatore del 1990, si possa giungere a sostenere che oggi la partecipazione nel procedimento garantisce una generalizzata facoltà di concorrere a conformare il potere di cui l'Amministrazione è titolare, perché, lo si deve ricordare, l'apporto collaborativo di concreta incidenza sulle decisioni amministrative è riconosciuto dalla legge solamente ai diretti interessati dal provvedimento adottato³⁸.

³⁵ Si pensi alle previsioni del d.p.r. 10 gennaio 1957, n. 3, Testo unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato, in materia di procedimento disciplinare a carico dei dipendenti pubblici: ad esempio, gli articoli 100 e seguenti, dedicati al procedimento di irrogazione della sanzione disciplinare della censura, avevano già previsto la necessaria contestazione per iscritto degli addebiti nonché l'assegnazione di un termine minimo, pari a 10 giorni, per la presentazione, da parte dell'impiegato pubblico, di giustificazioni scritte a propria difesa.

³⁶ Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 22 dicembre 2012, n. 6235, in www.giustizia-amministrativa.it, che ha affermato la necessità del contraddittorio con riferimento ai procedimenti amministrativi che sfociano in provvedimenti non solo discrezionali ma altresì vincolati: difatti, l'audizione dell'amministrato direttamente coinvolto nel procedimento "è utile anche per giungere ad un accertamento dei presupposti di fatto del provvedimento, quindi anche laddove la P.A. non ha poteri discrezionali nel determinare il contenuto del provvedimento finale, ma comunque deve svolgere un'istruttoria per giungere ad un accertamento e l'apporto del privato può essere necessario per definire la situazione di fatto". In senso concorde, da ultimo, cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 18 marzo 2019, n. 1759, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 3 dicembre 2019, n. 2566, *ivi*.

³⁷ Cons. Stato, Sez. V, 21 aprile 2015, n. 2019, in www.giustizia-amministrativa.it, ha osservato come l'obbligo di esaminare le memorie ed i documenti difensivi presentati in riscontro alla comunicazione di avvio del procedimento amministrativo non impone all'Amministrazione una formale ed analitica confutazione di ogni argomento esposto, essendo sufficiente una motivazione che renda percepibili le ragioni del mancato adeguamento alle deduzioni partecipative; così anche T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 11 marzo 2015, n. 4054, in www.giustizia-amministrativa.it.

³⁸ Cfr. quanto sostenuto da F. TRIMARCHI, *Considerazioni in tema di partecipazione al procedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 627 ss., secondo cui "va escluso, quindi, che la partecipazione procedimentale si risolva in un mero apporto conoscitivo del privato alle scelte o alle decisioni dell'amministrazione, essa, invece, spiegando una incidenza significativa sulle scelte della p.a., influenza i contenuti di queste"; l'Autore, sulla base di queste considerazioni, ritiene che le garanzie partecipatorie conferiscano nuove connotazioni al potere dell'Amministrazione che risulta dimensionato o quanto meno condizionato. Sul tema cfr. altresì N. LONGOBARDI, *La legge sul procedimento amministrativo tra ostacoli e ambiguità*, in *Dir. e proc. amm.*, 2011, 706, che parla di una "trasformazione dei connotati autoritativi dell'amministrazione ad opera della disciplina del procedimento": non si può, tuttavia, pensare che i caratteri tradizionali del potere dell'Amministrazione, che da sempre esistono perché funzionali al suo esercizio, siano venuti completamente meno; M. BELLAVISTA, *Giusto processo come garanzia del giusto procedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 596 ss., osserva che "la mera previsione della partecipazione, in ogni modo, non è di per sé sufficiente a conformare il procedimento al processo; non per carenza normativa, ma per il contenuto che a tale norme può dare l'interprete (sia in sede di elaborazione scientifica sia in sede operativa), il quale spesso è troppo condizionato dalle forme di precomprensione tipiche dello stato moderno. L'aver legato, però, le garanzie procedurali alla tutela delle posizioni giuridiche soggettive incide profondamente su qualsiasi forma di precomprensione dell'interprete. Infatti, una volta di più è stato precisato dal legislatore che il contraddittorio è elemento centrale e conformante della procedura amministrativa".

D'altronde, l'orientamento maggioritario della giurisprudenza amministrativa italiana si muove proprio in questa direzione: si afferma, con riferimento alla comunicazione d'avvio del procedimento, istituto che costituisce la prima garanzia, anche dal punto di visto cronologico, delle pretese partecipative del privato, che l'individuazione, in concreto, da parte dell'Amministrazione, dei destinatari della stessa comunicazione deve essere effettuata con particolare discernimento e sempre nel rispetto del principio di buon andamento dell'azione amministrativa³⁹ e, quindi, seguendo un criterio di economicità tale da non allargare a dismisura la platea dei soggetti realmente interessati a partecipare al singolo procedimento amministrativo ed alla conformazione del potere dell'Amministrazione⁴⁰.

L'operazione posta in essere dai giudici amministrativi è chiara: se il fondamento della partecipazione procedimentale è rinvenibile nel principio di imparzialità dettato dall'art. 97 Cost., è la stessa norma costituzionale, attraverso il complementare canone del buon andamento dell'azione amministrativa, ad imporre che la cerchia dei soggetti chiamati a conformare il potere dell'Amministrazione sia ristretta soltanto a coloro che siano realmente interessati⁴¹, quanto ad incidenza sulle loro situazioni giuridiche, dall'esercizio dello stesso⁴².

Non si deve mai dimenticare che il potere come figura soggettiva è attribuito all'Amministrazione per il perseguimento di un fine pubblico⁴³, che nella comparazione degli interessi in gioco è stato ritenuto di

³⁹ Peraltro, Cons. Stato, Sez. V, 27 gennaio 2016, n. 265, in www.giustizia-amministrativa.it, inserendosi in questo filone, ha evidenziato come la comunicazione di avvio del procedimento amministrativo è superflua, con prevalenza dei principi di economicità e speditezza dell'azione amministrativa, quando l'interessato è venuto comunque a conoscenza di vicende che conducono all'apertura di un procedimento con effetti lesivi nei suoi confronti.

⁴⁰ Cfr. T.A.R. Piemonte, Sez. I, 13 giugno 2014, n. 1034, in *Riv. giur. ed.*, 2014, 865, che, relativamente al procedimento di approvazione di un'opera pubblica, ha così statuito: "*La partecipazione allo svolgimento dell'attività amministrativa, attraverso l'instaurazione del contraddittorio, è garantita a quei soggetti che possono prevedibilmente subire gli effetti diretti pregiudizievoli dagli atti, al precipuo scopo di offrire a tutti gli interessati, individuati o facilmente individuabili, la concreta possibilità di esprimere le rispettive ragioni e di sollecitarne la collaborazione, nonché l'eventuale opposizione all'azione intrapresa dall'amministrazione procedente. Tale obbligo di comunicazione si fonda sulla duplice esigenza, da un lato di porre i destinatari dell'azione amministrativa in grado di far valere i propri diritti di accesso e di partecipazione, e dall'altro di consentire all'amministrazione di meglio comparare gli interessi coinvolti e di meglio perseguire l'interesse pubblico principale a fronte degli altri interessi pubblici e privati eventualmente coinvolti*". Sul punto v., altresì, T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. II, 21 agosto 2018, n. 811, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 17 novembre 2017, n. 11363, *ivi*.

⁴¹ Sul punto, poiché la comunicazione di avvio del procedimento, mira a garantire l'instaurazione di un contraddittorio procedimentale tra le parti, cfr. T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. II, 3 giugno 2021, n. 1810, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴² Cfr. S. COGNETTI, "*Quantità*" e "*qualità*" della partecipazione, Milano, Giuffrè, 2000, 66 ss., che pone una netta differenza tra la "*nozione politica*" e la "*nozione giuridica*" di partecipazione: la prima è quella relativa alla capacità generale di ogni cittadino di esprimere il proprio punto di vista all'Amministrazione competente a decidere, la seconda è quella che non si limita alla mera facoltà di esprimersi nel corso del procedimento, concernendo soprattutto "*le conseguenze giuridicamente rilevanti che il concreto esercizio di tale facoltà necessariamente produce*"; ne deriva, secondo l'Autore, che "*l'utilità e la funzionalità della partecipazione viene ottenuta non tanto favorendo quantitativamente comunicazione e dialogo lungo la direttrice privato-amministrazione, quanto, piuttosto, favorendo qualitativamente comunicazione e dialogo lungo la direttrice amministrazione-privato, ove le circostanze lo richiedano con riferimento al grado di pertinenza dell'interesse manifestato all'oggetto del procedimento (art. 10, lett. b, legge 241 del 1990)*".

⁴³ Cfr. A. ROMANO, *Potere amministrativo e situazioni giuridiche soggettive*, in A. CONTIERI, F. FRANCIARIO, M. IMMORDINO, A. ZITO (a cura di), *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010, vol. II, 408 ss., che evidenzia l'attuale sottovalutazione del potere dell'Amministrazione, derivante dalla nuova configurazione proposta della posizione con la quale questa si atteggierebbe nei confronti dei privati: "*posizione, che, ora, si presenterebbe come tendenzialmente paritaria rispetto a quella loro*"; ma in un ordinamento nel quale esistono interessi pubblici, che sono affidati, quanto alla

rilevanza primaria⁴⁴ e che, fermo restando l'imprescindibile rispetto delle garanzie partecipative dei privati, rimane l'obiettivo cui deve tendere l'azione amministrativa⁴⁵.

Garanzie partecipative che, nell'ottica del giudice amministrativo, sono funzionali all'implementazione del principio di democraticità del procedimento amministrativo, la cui attuazione deve essere assicurata nella sostanza e non nella mera forma, con la conseguenza che ogni qualvolta il privato interessato sia stato informato dell'esistenza di un procedimento diretto ad incidere sulla propria sfera giuridica - non si deve trattare quindi di un mero *quisque de populo* - e sia stato messo nella condizione di rappresentare

loro cura, all'Amministrazione, è inevitabile che a questa si riservi un nucleo di poteri unilaterali, ovvero di quei poteri, "che a fronte di interessi pubblici inderogabili, essa possa eventualmente esercitare per soddisfarli", a prescindere dal consenso prestato dai privati. Ciò rimane valido anche a fronte del riconoscimento di un ampio diritto di partecipazione nel procedimento amministrativo; sul punto v. anche A. ROMANO TASSONE, *A proposito del potere, pubblico e privato, e della sua legittimazione*, in *Dir. amm.*, 2013, 559 ss.

⁴⁴ Sul punto si rinvia a F.G. COCCA, *Il coordinamento e la comparazione degli interessi nel procedimento amministrativo*, in AA. VV., *Convivenza nella libertà. Scritti in onore di Giuseppe Abbamonte*, Napoli, Jovene, 1999, vol. II, 1270 ss. Il tema si intreccia inevitabilmente all'esercizio della discrezionalità da parte dell'Amministrazione su cui non si può non rinviare, quantomeno, a M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione: concetto e problemi*, Milano, Giuffrè, 1939; C. MORTATI, *Discrezionalità*, in *Nss Dig. it.*, Torino, Utet, 1960, Vol. V, 1098 ss.; A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Encicl. dir.*, Milano, Giuffrè, 1963, Vol. XIII, 65 ss.; L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, Cedam, 1986; A. ANGIULI, *Studi sulla discrezionalità amministrativa nel quando*, Bari, Cacucci, 1988; G. AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere: la prima scienza del diritto amministrativo in Italia e le qualificazioni teoriche del potere discrezionale*, Padova, Cedam, 1989; A. PUBUSA, *Merito e discrezionalità amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, Utet, 1994, Vol. IX, 401 ss.; F. LEDDA, *Determinazione discrezionale e domanda di diritto*, in AA. VV., *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, Modena, Mucchi Editore, 1996, 955 ss.

⁴⁵ Cfr., per un rigoroso orientamento, Cons. Stato, Sez. III, 23 febbraio 2015, n. 896, in www.giustizia-amministrativa.it, secondo cui, nell'ottica del rapporto intercorrente tra diritto di partecipazione ed art. 21-octies, legge n. 241 del 1990, quantunque le garanzie procedurali previste dalla legge sul procedimento amministrativo siano essenziali per l'effettività della partecipazione e del contraddittorio, non se ne verifica la violazione quando, nei fatti, lo scopo della partecipazione del privato sia stato comunque raggiunto e l'interessato poi non abbia saputo o voluto profittarne, nel qual caso la deduzione sull'obbligo di previo avviso d'inizio del procedimento sarebbe inteso come un mero cavillo demolitorio e la relativa omissione sarebbe giuridicamente irrilevante, come nel caso in cui sia altrimenti comprovato che nessun serio ed ulteriore apporto collaborativo sarebbe stato in grado di offrire il privato interessato; afferma la necessità di un'applicazione non formalistica dell'obbligo di comunicazione di avvio del procedimento Cons. Stato, Sez. V, 14 ottobre 2014, n. 5062, in www.giustizia-amministrativa.it; condivisibile è Cons. Stato, Sez. III, 4 giugno 2013, n. 3048, in www.lexitalia.it, quando afferma che l'omissione dell'obbligo di comunicazione previsto dall'art. 7, legge n. 241 del 1990 non vizia il procedimento ed il provvedimento finale solo nelle ipotesi in cui il contenuto di quest'ultimo sia interamente vincolato, pure con riferimento ai presupposti di fatto, nonché tutte le volte in cui la conoscenza sia comunque intervenuta, sì da ritenere già raggiunto in concreto lo scopo cui tende la stessa comunicazione. Sul punto, ancora di recente, v. T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. II, 12 maggio 2020, n. 352, in www.giustizia-amministrativa.it.

utilmente le sue deduzioni, così da integrare la nozione di partecipazione, non può ritenersi violato alcun canone del giusto procedimento⁴⁶, di cui la partecipazione costituisce parte essenziale⁴⁷.

Il rispetto delle garanzie procedimentali, difatti, non può essere inteso in senso meramente formalistico, dovendo piuttosto interpretarsi in senso sostanziale, in quanto le garanzie partecipative non assolvono soltanto ad una funzione difensiva in favore del destinatario dell'atto conclusivo, ma sono finalizzate anche a consentire all'Amministrazione l'acquisizione di eventuali (ulteriori e diversi, rispetto a quelli già posseduti) elementi di valutazione adeguati per la formazione di una volontà completa e mediata⁴⁸.

Tutto ciò, condivisibilmente, nell'ottica di un contemperamento dei diversi interessi in gioco, non potendo la mera forma costituire una barriera all'azione dell'Amministrazione⁴⁹ che deve risultare in ogni caso efficace ed efficiente nel raggiungimento dell'obiettivo prefissato⁵⁰.

⁴⁶ Su questo principio si rinvia allo scritto di E.M. MARENGHI, *Giusto procedimento e processualprocedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 961 ss.; M.C. CAVALLARO, *Il giusto procedimento come principio costituzionale*, in *Foro amm.*, 2001, 1829 ss.; G. ROEHRSEN, *Il giusto procedimento nel quadro dei principi costituzionali*, in AA. VV., *La disciplina generale del procedimento amministrativo (Atti del XXXII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna-Villa Monastero, 18-20 settembre 1986)*, Milano, Giuffrè, 1989, 51 ss.; nonché, per una sua lettura con riferimento al diritto europeo, M. COCCONI, *Il giusto procedimento come banco di prova di un'integrazione delle garanzie procedurali a livello europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2010, 1136 ss.; per una trattazione dell'applicazione del principio nell'Unione europea si permetta il rinvio a M. RICCIARDO CALDERARO, *L'integrazione amministrativa e la tutela dei diritti*, Torino, Giappichelli, 2020.

⁴⁷ Così T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 2 aprile 2014, n. 864, in *Foro amm.*, 2014, 1172; Cons. Stato, Sez. V, 13 settembre 2013, n. 4532, in *Foro amm. CdS*, 2013, 2505 e Cons. Stato, Sez. IV, 8 gennaio 2013, n. 32, in *Foro amm. CdS*, 2013, 150; di recente, v. T.A.R. Campania, Salerno, Sez. II, 12 ottobre 2020, n. 1369, in *Foro amm.*, 2020, 1944 ss.

⁴⁸ Sul punto, v., ad esempio, T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 17 luglio 2017, n. 3781, in www.giustizia-amministrativa.it; da ultimo cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 10 maggio 2021, n. 5450, *ivi*.

⁴⁹ Cfr. G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2020, 223 ss., che evidenzia il rischio di come la creazione di un articolato sistema di regole procedurali possa finire "per sottoporre l'assunzione delle decisioni pubbliche a vincoli rigorosi che possono essere anche svantaggiosi per la collettività. Un eccesso di vincoli e garanzie procedurali, infatti, può determinare una complicazione e un rallentamento dell'azione amministrativa. Il rischio, poi, è quello di rafforzare la posizione giuridica dei soggetti avversi all'attuazione di una determinata legge".

⁵⁰ Cfr., al riguardo, Cons. Stato, Sez. V, 9 ottobre 2013, n. 4969, in *Foro amm. CdS*, 2013, 2798, secondo cui "il principio generale del giusto procedimento, che si realizza anche con l'obbligo per la Pubblica amministrazione di consentire la partecipazione procedimentale, incontra, infatti, il limite della razionalità e del buon andamento e, quindi, della concreta utilità di detta partecipazione, onde evitare inutili o pretestuose lungaggini procedimentali; pertanto, solo nel caso in cui non sia certa ed evidente la totale inutilità della partecipazione al procedimento, l'Amministrazione è tenuta ad osservare le disposizioni di cui agli artt. 7 e seguenti della l. n. 241/1990 e il giudice, qualora sia palese che l'atto non avrebbe potuto avere un contenuto diverso, può superare il vizio procedimentale, facendo applicazione dell'art. 21 octies della stessa legge". L'applicazione dell'art. 21-octies, in relazione alla mancata comunicazione d'avvio del procedimento, deve essere però ponderata, correndosi il rischio di una dequotazione della stessa partecipazione procedimentale: cfr. E.M. MARENGHI, *C'era una volta la partecipazione*, in *Dir. e proc. amm.*, 2007, 52 ss., che osserva come "la dequotazione delle irregolarità, ritenute ininfluenti, non produce solo l'effetto di determinare la virtuale conversione di un atto da illegittimo a legittimo (atteso che la partecipazione rimane negata in funzione della presunzione che la partecipazione del privato non avrebbe potuto incidere sulla decisione dell'amministrazione), ma, contestualmente, fa degradare la partecipazione al procedimento da cardine della processualità partecipata ad un disvalore improduttivo"; contra, l'opinione di L. FERRARA, *La partecipazione tra "illegittimità" e "illegittimità". Considerazioni sulla disciplina dell'annullamento non pronunciabile*, in *Dir. amm.*, 2008, 120, secondo cui l'inversione dell'onere della prova, previsto dal secondo alinea del secondo comma, art. 21-octies, legge n. 241 del 1990, costituisce un trattamento privilegiato, di favore e non di sfavore, del privato: "consentendo al ricorrente, tanto in presenza di atti vincolati che di atti discrezionali, di dedurre meramente il vizio della partecipazione, il legislatore ha, infatti, instaurato una sorta di meccanismo presuntivo sull'influenza che ha la partecipazione sul buon esito del procedimento".

È una lettura coerente con il principio del giusto procedimento, il cui carattere di principio generale dell'ordinamento a fondamento costituzionale, applicabile anche all'azione amministrativa, è stato riconosciuto, ancora nel corso degli ultimi anni dalla giurisprudenza della Corte costituzionale⁵¹.

Esaminando le pronunzie dei giudici costituzionali, si trovano, difatti, censure di incostituzionalità, per violazione del principio del giusto procedimento, di norme di legge che non hanno previsto il diritto dell'interessato di intervenire nel corso del procedimento che si conclude con l'adozione da parte dell'Amministrazione di una misura sfavorevole nei confronti dello stesso, come, ad esempio, un provvedimento di rimozione dall'incarico ricoperto⁵² dal dirigente pubblico in posizione non apicale attraverso un meccanismo di decadenza automatica.

Siamo dinnanzi, pertanto, all'affermazione di un principio di rango costituzionale, che è sempre riferito a procedimenti amministrativi individuali in cui la partecipazione, che in questo caso è diritto al contraddittorio, deve essere riconosciuta ai diretti interessati dal provvedimento amministrativo e non a tutti i privati⁵³, con lo scopo di garantire un intervento che sia, al contempo, difensivo, in quanto rivolto alla salvaguardia delle posizioni soggettive, ma anche collaborativo e, quindi, volto a fornire

⁵¹ Il principio è un punto fermo sin da Corte cost., 2 marzo 1962, n. 13, in *Giur. cost.*, 1962, 126 ss., secondo cui “*la regola che il legislatore normalmente segue è quella di enunciare delle ipotesi astratte, predisponendo un procedimento amministrativo attraverso il quale gli organi competenti provvedano ad imporre concretamente tali limiti, dopo avere fatto gli opportuni accertamenti, con la collaborazione, ove occorra, di altri organi pubblici, e dopo avere messo i privati interessati in condizioni di esporre le proprie ragioni sia a tutela del proprio interesse, sia a titolo di collaborazione nell'interesse pubblico*”. In dottrina, per un commento a questa sentenza, cfr. V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e giusto procedimento*, in *Giur. cost.*, 1962, 130 ss.

⁵² Corte cost., 25 febbraio 2014, n. 27, in *Foro amm.*, 2014, 1372 ss., che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 34, co. 1, della legge Regione Molise, 17 gennaio 2013, n. 4, nella parte in cui non ha escluso i direttori generali delle ASL dalla decadenza, alla fine della legislatura, di tutte le figure nominate dal Presidente della Giunta, dalla Giunta Regionale o dal Consiglio Regionale; Corte cost., 21 giugno 2013, n. 152, in *Foro amm. Cds*, 2013, 3296 ss., sempre in materia di decadenza automatica dei direttori generali delle ASL prevista dall'art. 18-bis, co. 5, dalla legge Regione Campania, 3 novembre 1994, n. 32; nonché, sempre in materia di *spoils system*, Corte cost., 5 febbraio 2010, n. 34, in *Giur. cost.*, 2010, 415, Corte cost., 28 novembre 2008, n. 390, in *Ragiusan*, 2009, 297 ss. e Corte cost., 23 marzo 2007, n. 103, in *Foro amm. Cds*, 2007, 1353 ss., con nota di C. CHIAPPINELLI, *Spoils System, procedure di bilancio e disegno amministrativo: la sentenza n. 103 del 2007 della Consulta ed i problemi ancora aperti*. Quest'ultima sentenza ha aperto un nuovo filone giurisprudenziale della Corte costituzionale con l'affermazione dell'esistenza di un principio generale del giusto procedimento: si è, difatti, affermato che “*l'esistenza di una preventiva fase valutativa si presenta essenziale anche per assicurare, specie dopo l'entrata in vigore della legge 7 agosto 1990, n. 241 (Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi), come modificata dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15, il rispetto dei principi del giusto procedimento, all'esito del quale dovrà essere adottato un atto motivato che, a prescindere dalla sua natura giuridica, di diritto pubblico o di diritto privato, consenta comunque un controllo giurisdizionale. Ciò anche al fine di garantire - attraverso la esternazione delle ragioni che stanno alla base della determinazione assunta dall'organo politico - scelte trasparenti e verificabili, in grado di consentire la prosecuzione dell'attività gestoria in ossequio al precetto costituzionale della imparzialità dell'azione amministrativa*”.

⁵³ Sul tema del riconoscimento del principio del giusto procedimento nel procedimento amministrativo da parte della Corte costituzionale cfr. F.G. SCOCA, *Amministrazione pubblica e diritto amministrativo nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Dir. amm.*, 2012, 21 ss., nonché sulla possibile estensione di tale principio al procedimento espropriativo F. SAIITA, *Verso un "giusto" procedimento espropriativo*, in *Dir. amm.*, 2013, 627 ss., che ricostruisce il giusto procedimento come “*garanzia di piena ed efficace partecipazione del privato al procedimento amministrativo*”; sempre sul principio del giusto procedimento in materia espropriativa cfr. altresì A. PORPORATO, *Il principio del giusto procedimento nell'espropriazione per pubblica utilità*, in *Dir. e proc. amm.*, 2009, 309 ss.

all'Amministrazione elementi di giudizio che concorrano alle valutazioni che la stessa deve effettuare relativamente delle decisioni da adottare in ordine alla soluzione della fattispecie⁵⁴.

A questo punto si può pervenire ad una conclusione sulla tipologia di partecipazione riconosciuta agli interessati nel procedimento di formazione della decisione amministrativa.

Si è dato conto del difficile percorso intrapreso nell'ordinamento italiano per un riconoscimento generalizzato della partecipazione⁵⁵, che, secondo quanto detto, è, tuttavia, essenzialmente, riconoscimento di un diritto al contraddittorio⁵⁶.

Quest'ultimo, così come strutturato dalla legge n. 241 del 1990⁵⁷, è un contraddittorio complesso, anche se solo scritto, che si concretizza in un'interazione continua tra Amministrazione procedente e privato interessato, che, attraverso l'esercizio dei diritti di "visione" e di "voce" di cui il contraddittorio si compone⁵⁸, ha la possibilità di incidere sull'azione amministrativa⁵⁹.

Certo, il generalizzato riconoscimento del diritto di difesa non ha posto su una posizione di perfetta parità il soggetto pubblico e quello privato, proprio perché il profilo dell'unilateralità del potere, seppur attenuato, non è venuto meno⁶⁰.

⁵⁴ Si rimanda, sul tema, all'ampio contributo di G. ROEHRSEN, *Il giusto procedimento nel quadro dei principi costituzionali*, in AA.VV., *La disciplina generale del procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1989, 61 ss., ove l'Autore evidenzia che i principi del giusto procedimento e del diritto di difesa in sede procedimentale non devono essere necessariamente accompagnati dallo stesso apparato di garanzie previste per questi due principi dal diritto processuale in sede giurisdizionale; secondo l'Autore, "quel che conta, anche nel diritto amministrativo sostanziale, è che al cittadino nei cui confronti la P.A. ritenga di dover adottare un provvedimento che lo tocchi sia offerta e garantita la possibilità giuridica di rappresentare e far valere le proprie ragioni tanto per quel che attiene all'accertamento dei fatti e delle situazioni quanto per quel che riguarda la interpretazione ed applicazione delle disposizioni di legge delle quali la P.A. intende avvalersi nel caso".

⁵⁵ Sul difficile inquadramento della partecipazione del privato nell'azione amministrativa cfr. F. LEVI, *Partecipazione e organizzazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1977, 1635, secondo cui "la partecipazione può essere considerata come la presenza nell'amministrazione del non professionista".

⁵⁶ Secondo R. VILLATA, *Riflessioni in tema di partecipazione al procedimento e legittimazione processuale*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, 172 ss., la legge n. 241 del 1990 sembra aver riconosciuto "sia il contraddittorio nel procedimento, intendendosi con ciò la possibilità dell'interessato di prendervi parte in funzione di tutela della propria posizione giuridica, sia la partecipazione in senso stretto, che riguarda di per sé l'intervento nella procedura del cittadino in quanto tale nonché dei gruppi e collettività in cui il medesimo si organizza per lo sviluppo della propria personalità, pur se il primo profilo sembra prevalere". E questa impressione sembra confermata dalle modifiche intervenute con la legge n. 15 del 2005.

⁵⁷ Con la legge n. 241 del 1990 si è data attuazione al principio generale del giusto procedimento: così S. FIENGA - A. MUOLLO, *La semplificazione del procedimento nelle pronunce dei giudici amministrativi*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 1227.

⁵⁸ Cfr. sul punto M. D'ALBERTI, *La "visione" e la "voce": le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 22 ss.

⁵⁹ Sul rapporto intercorrente tra il procedimento e le situazioni giuridiche partecipative del privato, aventi, per l'Autore, natura di interessi legittimi, cfr. M. OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2002, 362 ss.; sempre M. OCCHIENA, *Partecipazione al procedimento amministrativo*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2006, vol. V, 4128 ss., evidenzia il fondamentale ruolo collaborativo della partecipazione del privato, che si esplica specialmente nella fase istruttoria del procedimento amministrativo.

⁶⁰ Sul tema cfr. il contributo di E. FREDIANI, *Partecipazione procedimentale, contraddittorio e comunicazione: dal deposito di memorie scritte e documenti al "preavviso di rigetto"*, in *Dir. amm.*, 2005, 1025 ss., secondo cui si è in presenza "di un contraddittorio, per così dire, imperfetto non potendosi configurare, come rilevato, una paritarietà, sul piano decisionale, tra soggetto decidente (amministrazione) e soggetto che partecipa all'iter di formazione della decisione medesima, avendo infatti l'art. 10 della legge n. 241 del 1990 operato una trasposizione imperfetta del principio del contraddittorio dall'ambito processuale all'ambito procedimentale". Cfr. altresì F. LEDDA, *La partecipazione all'azione amministrativa*, in G. BERTI - G.C. DE MARTIN (a cura di), *Gli istituti della democrazia amministrativa*,

Ci si può domandare se l'ulteriore passo da compiere dovrebbe essere proprio quello di prevedere una partecipazione ampia ed aperta anche a coloro che non siano portatori di interessi specifici, di modo da dar luogo a quella Amministrazione democratica preconizzata da parte della dottrina⁶¹.

L'interrogativo è di ardua soluzione perché inevitabilmente connesso al modello di Stato e di funzionamento degli apparati pubblici che si ritiene preferibile in un contesto che, tuttavia, si sta muovendo lentamente ma in modo inesorabile verso la trasparenza amministrativa⁶² ed una sempre maggiore partecipazione dei cittadini all'attività dell'Amministrazione⁶³.

Milano, Giuffrè, 1996, 66 ss., che osserva, in modo concorde, come “la partecipazione riduce indubbiamente l'autoritarità del processo decisionale, in quanto sottrae a un regime quasi integrale di esclusiva l'attività di informazione e concorre a determinare gli sviluppi necessari della funzione amministrativa in guida da renderli, tra l'altro, palesi e controllabili”, ma non per questo si attenua l'autoritarità giuridica del provvedimento amministrativo; difatti, “scopo precipuo degli istituti di partecipazione al procedimento amministrativo non è certo quello di catturare il consenso dell'interessato” ma quello di determinare “un incremento delle possibilità di acquisizione e selezione dei fatti rilevanti”; ID., *Problema amministrativo*, cit., 168.

⁶¹ F. TRIMARCHI BANFI, *L'istruttoria procedimentale dopo l'art. 10-bis della legge sul procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2011, 353 ss., evidenzia come la legge n. 241 del 1990 abbia sicuramente esteso la platea dei soggetti che possono intervenire, dovendovi includere, nei procedimenti ad istanza di parte, i controinteressati all'accoglimento dell'istanza, che hanno facoltà di dedurre e controdedurre. Secondo l'Autrice, il difetto originario della legge generale è da rinvenire nel profilo temporale, in quanto la visione del fascicolo da parte dell'interessato non esclude che successivamente possa essere introdotto materiale rilevante per la decisione finale da parte dell'Amministrazione; l'effettività del contraddittorio potrebbe, pertanto, non essere garantita, ma, sulla base della ricostruzione effettuata nel saggio, l'istituto del preavviso di rigetto, ponendosi al termine della fase istruttoria, potrebbe assumere un ruolo positivo in questo senso, proprio perché “garantisce anche che il materiale istruttorio conoscibile dal presentatore dell'istanza è completo, cosicché quest'ultimo è messo nella condizione di replicare con piena conoscenza di causa”. Cfr. altresì O. SEPE, *Partecipazione e garantismo nel procedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992, 331 ss., secondo cui la partecipazione amministrativa può concorrere a realizzare un maggior grado di democraticità dell'apparato pubblico; sul tema F. PATRONI GRIFFI, *Un contributo alla trasparenza dell'azione amministrativa: partecipazione procedimentale e accesso agli atti (Legge 7 agosto 1990, n. 241)*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, 56 ss.

⁶² Su cui cfr. le riflessioni di S. FOÀ, *La nuova trasparenza amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2017, 65 ss. Il riferimento qui non può che essere anzitutto agli istituti dell'accesso civico e dell'accesso civico generalizzato di cui al d.lgs. n. 33 del 2013, come modificato dal d.lgs. n. 97 del 2016. La letteratura sul punto è molto ampia, si rinvia, tra i tanti a E. GUARNIERI, *Accesso civico generalizzato: arbitri e arbitrari*, in *Federalismi*, n. 29/2020, 89 ss.; M. LIPARI, *Il diritto di accesso e la sua frammentazione dalla legge n. 241/1990 all'accesso civico: il problema delle esclusioni e delle limitazioni oggettive*, in *Federalismi*, n. 17/2019; M. FILICE, *I limiti all'accesso civico generalizzato: tecniche e problemi applicativi*, in *Dir. amm.*, 2019, 861 ss.; M. DE ROSA, B. NERI, *Profili procedurali dell'accesso generalizzato*, in *Dir. amm.*, 2019, 793 ss.; I. PIAZZA, *L'organizzazione dell'accesso generalizzato: dal sistema di governance all'attuazione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2019, 645 ss.; A. MOLITERNI, *La natura giuridica dell'accesso civico generalizzato nel sistema di trasparenza nei confronti dei pubblici poteri*, in *Dir. amm.*, 2019, 577 ss.; N. VETTORI, *Valori giuridici in conflitto nel regime delle forme di accesso civico*, in *Dir. amm.*, 2019, 539 ss.; M. SAVINO, *Il FOIA italiano e i suoi critici: per un dibattito scientifico meno platonico*, in *Dir. amm.*, 2019, 452 ss.; D.U. GALETTA, *Accesso (civico) generalizzato ed esigenze di tutela dei dati personali ad un anno dall'entrata in vigore del Decreto FOIA: la trasparenza de “le vite degli altri”?*, in *Federalismi*, n. 10/2018, 1 ss.; A. PORPORATO, *Il nuovo accesso civico generalizzato introdotto dal d.lgs 25 maggio 2016 n. 97 attuativo della riforma Madia e i modelli di riferimento*, in *Federalismi*, n. 12/2017, 2 ss.; M.G. DELLA SCALA, *Gli obblighi di pubblicazione delle P.A.*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2016, 994 ss.; S. VILLAMENA, *Il c.d. FOIA (o accesso civico 2016) ed il suo coordinamento con istituti consimili*, in *Federalismi*, n. 23/2016, 2 ss.; E. CARLONI, *Il nuovo diritto di accesso generalizzato e la persistente centralità degli obblighi di pubblicazione*, in *Dir. amm.*, 2016, 579 ss.; M. D'ARIENZO, *Diritto alla trasparenza e tutela dei dati personali nel d.lgs. n. 33/2013, con particolare riferimento alla disciplina dell'accesso civico*, in *Dir. e proc. amm.*, 2015, 123 ss.

⁶³ Un esempio può essere rappresentato dall'introduzione dell'istituto del *débat public* all'art. 22 del Codice dei contratti pubblici: sul punto si rinvia a C.E. GALLO, *Il dibattito pubblico nel codice degli appalti: realtà e prospettive*, in R. BALDUZZI, R. LOMBARDI (a cura di), *Autonomie locali, democrazia deliberativa e partecipativa, sussidiarietà. Percorsi di ricerca ed esperienze italiane ed europee*, Pisa, 2018, 129 ss.; P. PATRITO, *Opere pubbliche e società civile: il dibattito pubblico*, in *Giur. it.*, 2019, 1609 ss.; M. TIMO, *Gli attori del “dibattito pubblico”*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 301 ss.; E. FREDIANI, *Dibattito pubblico, inchiesta pubblica e*

Un'osservazione può, in ogni caso, essere compiuta: il quadro delineato dalla legge n. 241 del 1990⁶⁴, e dalla giurisprudenza amministrativa che si è pronunciata su di essa, è sufficientemente chiaro nel costruire un quadro di garanzie che rappresenta un corretto punto di equilibrio tra diritti del privato e corrette ed efficaci modalità di azione da parte dell'Amministrazione⁶⁵.

Il problema della necessità di estendere la partecipazione non si deve porre dal punto di vista teorico ma da quello dell'esperienza concreta⁶⁶: occorre, in altri termini, verificare se l'azione degli apparati pubblici, statali o locali, nei più disparati campi, sia improntata non solo ai canoni aziendalistici dell'efficienza, dell'efficacia e dell'economicità ma anzitutto al rispetto dei diritti del cittadino che si trova sulla strada, non come ostacolo ma come elemento di collaborazione, dell'azione amministrativa⁶⁷.

È il giudice amministrativo che ha, pertanto, il compito di garantire l'attuazione del contraddittorio nel procedimento amministrativo⁶⁸, sin dalla fase dell'istruttoria, affinché la scelta compiuta

valutazioni ambientali: una "relazione" problematica, in *Dir. amm.*, 2020, 399 ss. Più in generale v. altresì V. MOLASCHI, *Le arene deliberative*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018.

⁶⁴ Secondo A. ANDREANI, *Funzione amministrativa, procedimento, partecipazione nella l. 241/90 (quarant'anni dopo la promulgazione di F. Benvenuti)*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, 662 ss., la legge n. 241 del 1990 ha recepito i tre diversi modi di essere del procedimento, ossia il procedimento-istruzione, il procedimento-contraddittorio ed il procedimento-collaborazione. L'Autore evidenzia, però, come la valorizzazione delle diverse possibilità di intervento nel procedimento, risultanti dalla legge generale, "non può tanto leggersi come una affermazione del contraddittorio in senso tecnico, quanto come la soluzione nell'ambito del procedimento dei possibili conflitti di interessi diversi, e cioè per dirla con Benvenuti, processo. Ciò in via prevalente rispetto alla qualificazione pretensiva e difensiva della partecipazione come garanzia di interessi personali e soggettivi. Appare rilevante sottolineare il valore di conformazione sostanziale degli interessi incisi dal potere amministrativo che viene esercitato attraverso la partecipazione. L'intervento dei singoli infatti non viene finalizzato ad un superamento della tutela giurisdizionale, ma ad un suo potenziale arricchimento, attribuendo maggior rilievo alle posizioni di interessi fatti valere che sono state introdotte":

⁶⁵ Le osservazioni di F. BASSI, *Autorità e consenso*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992, 744 ss., rimangono tutt'oggi un punto di riferimento imprescindibile: l'Autore osserva come il mutamento dei rapporti tra Amministrazione e cittadino, mutamento in cui si inserisce la previsione di un generalizzato diritto di partecipazione nel procedimento, sia derivato da un profondo mutamento verificatosi in seno alla società politica e civile italiana, che ha spinto il legislatore ad attenuare, senza però giungere alla completa elisione, il carattere unilaterale del potere pubblico.

⁶⁶ R. CARANTA, *Conclusioni*, in R. CARANTA - L. FERRARIS - S. RODRIGUEZ (a cura di), *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2005, 381 ss., osserva che "il cittadino sta ancora bussando alla porta della pubblica amministrazione la quale, non senza la complicità di rilevanti settori della giurisdizione amministrativa, si dimostra restia a consentire una partecipazione anche solo formale".

⁶⁷ G.M. MARENGHI, *I confini del diritto alla partecipazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 955 ss., osserva come l'elaborazione di un modello procedimentale a processualità partecipata abbia elevato senza dubbio "il tasso di democraticità della decisione amministrativa favorendo al contempo la possibilità di concepire un provvedimento condiviso nei contenuti da privato ed amministrazione, così da tutelare interessi apparentemente contrapposti"; l'Autore, inoltre, evidenzia il rischio di un'eccessiva esasperazione del principio di celerità dell'azione amministrativa a discapito delle garanzie partecipative: ciò è senz'altro vero ma non si deve correre il rischio contrario, ovvero far sì che si possano invocare strumentalmente le garanzie difensive al solo scopo di ostacolare una decisione dell'Amministrazione che risulti contraria ai propri interessi personali confliggenti con l'interesse pubblico perseguito.

⁶⁸ Secondo la condivisibile opinione di A. SCOGNAMIGLIO, *Il diritto di difesa nel procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2004, 216, affinché il diritto al contraddittorio sia effettivamente attuato, non è sufficiente che ai soggetti legittimati sia consentito di formulare memorie ed osservazioni e che l'Amministrazione, preso atto di tali produzioni, dia conto del loro contenuto nella motivazione del provvedimento finale, risultando invece necessario che "la parte sia posta in condizione di esprimere le proprie difese rispetto ad una contestazione dei fatti, quanto più è possibile precisa".

dall'Amministrazione sia la migliore possibile⁶⁹, anche grazie all'apporto collaborativo del privato intervenuto⁷⁰, secondo il principio della collaborazione che deve permeare il rapporto amministrativo⁷¹, peraltro oramai canonizzato nel co. 2-*bis*, art. 1 della legge n. 241 del 1990.

2. La “necessità” della comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza

Si è visto come il legislatore della legge n. 241 del 1990 abbia voluto, quantomeno in potenza, porre le basi per una decisione amministrativa che sia il più possibile, se non condivisa, perché gli interessi perseguiti dall'Amministrazione possono ed a volte devono non coincidere con quelli dei privati interessati dal procedimento, “partecipata” tra tutte le parti coinvolte.

In quest'ottica si è certamente mossa la novella legislativa del 2005⁷² che ha introdotto nel corpo della legge fondamentale sul procedimento amministrativo, all'art. 10-*bis*, la comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento della domanda, c.d. preavviso di rigetto.

Come noto, la disposizione in questione dispone anzitutto che “*nei procedimenti ad istanza di parte il responsabile del procedimento o l'autorità competente, prima della formale adozione di un provvedimento negativo, comunica tempestivamente agli istanti i motivi che ostano all'accoglimento della domanda. Entro il termine di dieci giorni dal ricevimento della comunicazione, gli istanti hanno il diritto di presentare per iscritto le loro osservazioni, eventualmente corredate da documenti?*”.

La norma vuole certamente rafforzare le garanzie difensive del cittadino nei confronti dell'Amministrazione, nell'ottica di realizzare due obiettivi principali che sono stati evidenziati dalla dottrina sin dalla sua introduzione nella legge n. 241 del 1990⁷³.

⁶⁹ F. FIGORILLI, *Il contraddittorio nel procedimento amministrativo*, Napoli, Esi, 195, osserva, infatti, come la partecipazione dell'interessato comporti la trasformazione dell'istituto procedimentale da strumento tipico di manifestazione del potere autoritativo dell'Amministrazione a “*strumento di garanzia, in cui il provvedimento finale riassume e racchiude il risultato di un contraddittorio tra le parti, tendenzialmente destinato a realizzare un adeguato contemperamento degli interessi coinvolti dall'azione amministrativa?*”.

⁷⁰ M. CLARICH, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, in *Dir. amm.*, 2004, 72, ricorda che il contraddittorio assolve a diverse funzioni, quali quella di garanzia del diritto di difesa, quella di partecipazione collaborativa e quella di rappresentanza degli interessi. Sul punto cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 2 marzo 2010, n. 1215, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 947 ss., con commento di S. DEL GATTO, *La partecipazione ai procedimenti di regolazione delle Autorità indipendenti: il Consiglio di Stato ha affermato che i principi generali in tema di partecipazione procedimentale hanno, tra gli altri scopi, quello fondamentale di assicurare l'acquisizione corretta ed imparziale degli interessi privati coinvolti nell'esercizio del pubblico potere.*

⁷¹ Per un'ampia trattazione della partecipazione procedimentale si permetta il rinvio a M. RICCIARDO CALDERARO, *La partecipazione nel procedimento amministrativo tra potere e rispetto dei diritti di difesa*, in *Foro amm.*, 2015, 1313 ss., nonché, per la sua applicazione nell'ambito altresì del diritto amministrativo europeo, a ID., *L'integrazione amministrativa e la tutela dei diritti. Problemi e prospettive alla luce della crisi sistemica dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2020, spec. 64 ss.

⁷² Sulle novità introdotte dalla legge n. 15 del 2005 e su come questa abbia, in realtà, alterato la filosofia complessiva della legge n. 241 soprattutto nella parte in cui ha introdotto uno statuto formale del provvedimento cfr. 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, 459 ss.

⁷³ Tra i primi commenti successivi all'introduzione dell'istituto del preavviso di rigetto cfr. L. FERRARA, *La comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza (art. 10 bis, legge n. 241/1990) nel riformato quadro delle garanzie procedimentali*, in AA.

Da un lato, è stato correttamente osservato che l'art. 10-*bis* si pone nell'ottica della realizzazione di un contraddittorio endoprocedimentale necessario e rafforzato⁷⁴, che tende in quanto tale al superamento delle asimmetrie che scaturiscono dall'impianto della originaria l. n. 241 del 1990.

Si vorrebbe, quindi, raggiungere non una posizione di piena parità tra cittadino ed Amministrazione nell'assunzione della decisione, perché è inevitabile che questa, pur tenendo conto di tutti gli interessi nella comparazione che compie, scelga unilateralmente la soluzione migliore per il perseguimento dell'interesse pubblico. D'altronde, questa è una delle caratteristiche proprie del provvedimento amministrativo, che, come è noto, non necessita del consenso dell'altra parte per la sua adozione.

Tuttavia, in ogni caso, si vuole che il cittadino sia informato e sia posto effettivamente nella posizione di contraddire con l'Amministrazione, a vantaggio anche di una scelta pubblica che sia la migliore possibile⁷⁵.

Da qui il secondo obiettivo del legislatore: la configurazione della decisione amministrativa come “*frutto di una dialettica tra le parti interessate*”⁷⁶.

Si rende in tal modo più pervasivo il dialogo tra Amministrazione e cittadino con conseguente individuazione del *proprium* del procedimento amministrativo in una relazione di tipo comunicativo fondata sull'idea di uno scambio multipolare di informazioni “*contraddistinto dai caratteri della completezza e della continuità*”⁷⁷.

La grande novità dell'art. 10-*bis* può essere pertanto rintracciata nell'aver positivizzato un principio di bidirezionalità comunicativa (interno-esterno) all'interno dello schema partecipativo tradizionale, di “*visione*” e “*voce*”⁷⁸, contenuto e disciplinato dall'art. 10 della l. n. 241 del 1990⁷⁹.

Il legislatore è andato oltre alla semplice possibilità per il cittadino di accedere ai documenti amministrativi del procedimento che lo interessano con la conseguente facoltà di presentare memorie al riguardo,

Vv., *Studi in onore di Leopoldo Mazza*, Padova, Cedam, 2007, vol. II, 83 ss.; A. RALLO, *Comunicazione dei motivi ostativi ex art. 10 bis l. 241/90 e partecipazione post-decisionale: dal contraddittorio oppositivo al dialogo sul possibile*, in AA. VV., *Scritti in onore di V. Spagnuolo Vigorita*, Napoli, 2007, II, 1080 ss.; F. SAITTA, *Preavviso di rigetto ed atti di conferma: l'errore sta nella premessa*, in *Foro amm. TAR*, 2008, 3235 ss.; D. VAIANO, *Preavviso di rigetto e principio del contraddittorio nel procedimento amministrativo*, in L.R. PERFETTI (a cura di), *Le riforme della l. 7 agosto 1990 n. 241 tra garanzia della legalità ed amministrazione di risultato*, Padova, Cedam, 2008, 47 ss.;

⁷⁴ Sul punto v. S. TARULLO, *L'art. 10-bis della legge n. 241/1990: il preavviso di rigetto tra garanzia partecipativa e collaborazione istruttoria*, in www.giustamm.it.

⁷⁵ In letteratura è stato rilevato come il passaggio “*da un tipo di amministrazione ancora tradizionalmente “separata ed autoritaria” ad un'amministrazione di tipo nuovo, colloquiale e, dunque, “relazionale”*” sia idonea a determinare un vero e proprio “*cambio di paradigma*” nell'attività e nell'organizzazione di quest'ultima: v. G. AZZARITI, *Introduzione: la comunicazione come funzione*, in G. ARENA (a cura di), *La funzione di comunicazione nelle pubbliche amministrazioni*, Rimini, 2001, 15 ss.

⁷⁶ Così V. CERULLI IRELLI, *Verso un più compiuto assetto della disciplina generale dell'azione amministrativa (un primo commento alla legge 11 febbraio 2005, n. 15, recante «Modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990 n. 241»)*, in *Astrid Rassegna*, n. 4 del 2005.

⁷⁷ La definizione è ancora di S. TARULLO, *L'art. 10-bis della legge n. 241/1990: il preavviso di rigetto tra garanzia partecipativa e collaborazione istruttoria*, cit.

⁷⁸ Queste espressioni sono da ricondurre a M. D'ALBERTI, *La “visione” e la “voce”: le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi*, cit., 22 ss.

⁷⁹ In tema cfr. E. FREDIANI, *Partecipazione procedimentale, contraddittorio e comunicazione: dal deposito di memorie scritte e documenti al “preavviso di rigetto”*, in *Dir. amm.*, 2005, 1003 ss.

prevedendo che l'Amministrazione, laddove sia intenzionata a determinarsi negativamente sull'istanza presentata, sia obbligata, precedentemente all'adozione formale del provvedimento di rigetto, a comunicare quali siano i motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza, consentendo così al privato di attivarsi affinché l'Amministrazione cambi eventualmente la sua determinazione in senso a lui favorevole. Certamente, non è stata una novità di poco conto se si pensa alle difficoltà che si sono avute solo per giungere ad una disciplina generale sul procedimento amministrativo⁸⁰.

La previsione astratta del legislatore è importante, se non fondamentale, occorre, però, al fine di comprendere appieno la portata di questa disposizione, verificare la sua applicazione da parte del giudice amministrativo.

L'art. 10 *bis*, l. n. 241/1990 stabilisce, a carico dell'Amministrazione, un onere procedimentale, propedeutico all'adozione di ogni provvedimento finale reiettivo dell'istanza del privato, allo scopo di consentire allo stesso di dedurre tempestivamente nel procedimento eventuali circostanze idonee ad influire sul contenuto dell'atto finale, così anticipando e prevenendo il contenzioso che potrebbe verificarsi in sede giurisdizionale⁸¹.

La giurisprudenza amministrativa ha dovuto anzitutto chiarire l'ambito di applicazione del c.d. preavviso di rigetto.

L'adempimento partecipativo in questione, difatti, secondo quanto stabilito dall'art. 10 *bis*, l. n. 241/1990, non si applica alle procedure concorsuali e ai procedimenti in materia previdenziale e assistenziale sorti a seguito di istanza di parte e gestiti dagli enti previdenziali.

Tale esclusione non riguarda, però, i procedimenti sorti a seguito dell'istanza del dipendente finalizzata al riconoscimento della dipendenza da causa di servizio di determinate infermità, in quanto gli stessi non hanno natura previdenziale ma indennitaria e, comunque, non sono gestiti da enti previdenziali ma dall'Amministratrice datrice di lavoro⁸².

L'istituto, poi, stante la sua portata generale, trova applicazione anche nei procedimenti di sanatoria o di condono edilizio, con la conseguenza che deve ritenersi illegittimo il provvedimento di diniego dell'istanza di permesso in sanatoria che non è stato preceduto dall'invio della comunicazione di cui all'art. 10-*bis*, l. n. 241/1990 in quanto preclusivo per il soggetto interessato della piena partecipazione al

⁸⁰ Cfr., ad esempio, S. LICCIARDELLO, *Diritto amministrativo*, Milano, Le Monnier, 2020, 181 ss.

⁸¹ Sul punto v. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VI, 1° giugno 2020, n. 2093, in www.giustizia-amministrativa.it, secondo cui "l'introduzione nell'ordinamento, con legge 11 febbraio 2005 n. 15, del preavviso di rigetto ha segnato l'ingresso di una modalità di partecipazione al procedimento, con la quale si è voluta "anticipare" l'esplicitazione delle ragioni del provvedimento sfavorevole alla fase endoprocedimentale, allo scopo di consentire una difesa ancora migliore all'interessato, mirata a rendere possibile il confronto con l'amministrazione sulle ragioni da essa ritenute ostative all'accoglimento della sua istanza, ancor prima della decisione finale".

⁸² Sul punto cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 1° settembre 2020, n. 1628, in www.giustizia-amministrativa.it.

procedimento e, dunque, della possibilità di un apporto collaborativo, capace di condurre a una diversa conclusione della vicenda⁸³.

Analogo discorso vale per il procedimento attivato per il rilascio del permesso di soggiorno, che, malgrado la particolarità della materia, è pur sempre un procedimento ad istanza di parte⁸⁴, nonché per il procedimento, regolato dall'art. 87 del d. lgs. n. 259 del 2003, volto all'esame delle domande di autorizzazione alla installazione di infrastrutture di comunicazione elettronica, sebbene si sia in presenza di una disciplina speciale tesa a consentire una decisione in tempi certi e rapidi⁸⁵.

Vi sono dei casi, invece, ulteriori rispetto a quelli individuati dal legislatore all'art. 10-*bis*, in cui la giurisprudenza amministrativa esclude l'applicazione dell'istituto.

Si tratta dei procedimenti amministrativi in materia di antimafia, in quanto intrinsecamente caratterizzati da profili del tutto specifici connessi ad attività di indagine, oltre che da finalità, da destinatari e da presupposti incompatibili con le procedure partecipative, nonché da oggettive e intrinseche ragioni di urgenza⁸⁶; delle fasi di *screening* ambientali quali passaggi intermedi verso la Valutazione di Impatto Ambientale (V.I.A.)⁸⁷; dei procedimenti riguardanti il riconoscimento della causa di servizio, in quanto l'eventuale apporto partecipativo dell'interessato non produrrebbe effetti sul contenuto della determinazione assunta⁸⁸; dei procedimenti selettivi, volti ad individuare il candidato o i candidati che hanno titolo per transitare in una diversa Amministrazione⁸⁹; dei procedimenti che si concludono con un ordine di demolizione di opere edilizie abusive, data la natura vincolante del provvedimento⁹⁰; dei procedimenti ad evidenza pubblica per l'aggiudicazione dei contratti di appalto pubblico⁹¹; dei provvedimenti di annullamento dell'autorizzazione paesaggistica, disposta a' sensi dell'art. 159, cod. dei beni culturali, in quanto costituiscono esercizio, entro un termine decadenziale, di un potere che

⁸³ T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. I, 8 ottobre 2020, n. 1067, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁸⁴ Così Cons. Stato, Sez. III, 5 dicembre 2019, n. 8341, in www.giustizia-amministrativa.it; in ultimo ribadito da T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VI, 4 febbraio 2021, n. 777, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁸⁵ In materia Cons. Stato, Sez. VI, 10 febbraio 2020, n. 1001, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. I, 7 ottobre 2016, n. 2463, in *Foro amm.*, 2016, 2528 ss.

⁸⁶ Ad esempio, T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 1° aprile 2021, n. 2230, in www.giustizia-amministrativa.it; id., 10 febbraio 2020, n. 625, in *Foro amm.*, 2020, 338 ss.

⁸⁷ Sul punto Cons. Stato, Sez. II, 7 settembre 2020, n. 5379, in www.giustizia-amministrativa.it, da ultimo, T.A.R. Campania, Napoli, Sez. V, 9 febbraio 2021, n. 840, in *Foro amm.*, 2021, 317 ss.

⁸⁸ T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, Sez. I, 2 novembre 2020, n. 695, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 20 febbraio 2020, n. 2257, *ivi*; analogo discorso vale per il procedimento volto al riconoscimento dell'equo indennizzo per infermità dipendente da causa di servizio: T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. III, 25 settembre 2020, n. 2301, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁸⁹ Ad esempio, T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 1° giugno 2020, n. 5841, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁹⁰ Così T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VI, 10 marzo 2020, n. 1100, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁹¹ In questo senso T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 3 marzo 2020, n. 2752, in *l'Amministrativista*, 2020.

intercorre nell'ambito di un rapporto tra Autorità Pubbliche⁹²; dei procedimenti di ammissione a finanziamenti pubblici⁹³.

Occorre, poi, chiarire i rapporti tra la garanzia partecipativa del c.d. preavviso di rigetto e la segnalazione certificata di inizio attività.

La natura giuridica della SCIA — che non è una vera e propria istanza di parte per l'avvio di un procedimento amministrativo che si conclude in forma tacita, bensì una dichiarazione di volontà privata di intraprendere una determinata attività ammessa direttamente dalla legge⁹⁴ — induce ad escludere che l'autorità procedente debba comunicare al segnalante l'avvio del procedimento o il preavviso di rigetto ex art. 10-*bis* della legge n. 241 del 1990 prima dell'esercizio dei relativi poteri di controllo e inibitori⁹⁵.

Il denunciante, infatti, in questo caso è titolare di una posizione soggettiva originaria che rinviene il suo fondamento diretto ed immediato nella legge che non ha bisogno di alcun consenso dell'Amministrazione e, pertanto, la segnalazione di inizio attività non instaura alcun procedimento autorizzatorio destinato a culminare in un atto finale di assenso, espresso o tacito, da parte dell'Amministrazione; in assenza di procedimento, non c'è spazio per la comunicazione di avvio, per il preavviso di rigetto o per atti sospensivi da parte dell'Amministrazione⁹⁶.

Chiarito l'ambito di applicazione del preavviso di rigetto, per comprendere come in concreto si attegga la sua “necessità” tre sono i profili sui quali è necessario soffermarsi.

Si tratta della motivazione del provvedimento finale di diniego in relazione alle osservazioni presentate dal privato a seguito della comunicazione dei motivi ostativi, dell'eventuale sanabilità del provvedimento per la mancanza di questa comunicazione in virtù della dequotazione degli errori formali nonché dell'eventuale immediata lesività del preavviso di rigetto.

⁹² T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 8 gennaio 2020, n. 131, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁹³ T.A.R. Umbria, Sez. I, 3 gennaio 2020, n. 18, in www.giustizia-amministrativa.it, in quanto rientranti, seppur in termini generali, nella categoria dei procedimenti concorsuali, già espressamente esclusi dall'ambito di applicazione dell'istituto dallo stesso art. 10-*bis*.

⁹⁴ Sui problemi applicativi di questa dichiarazione cfr. L. BERTONAZZI, *Scia e tutela del terzo nella sentenza della Corte costituzionale n. 45/2019*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 711 ss.; E. FREDIANI, *Scia, tutela del terzo ed esigenze di coerenza*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 579 ss.; D. VESE, *La segnalazione certificata di inizio attività come modello di semplificazione procedimentale*, Pisa, Pacini, 2016; G. GRECO, *Ancora sulla Scia: silenzio e tutela del terzo (alla luce del comma 6-ter dell'art. 19 l. 241/90)*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 645 ss.; R. FERRARA, *La segnalazione certificata di inizio attività e la tutela del terzo: il punto di vista del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 172 ss.; M.A. SANDULLI, *Dalla d.i.a. alla s.c.i.a.: una liberalizzazione “a rischio”*, in *Riv. giur. edil.*, 2010, 465 ss.; B.G. MATTARELLA, *La scia, ovvero dell'ostinazione del legislatore pigro*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 1328 ss.

⁹⁵ Da ultimo, in questo senso, cfr. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, 3 dicembre 2021, n. 7787, in www.giustizia-amministrativa.it; id., Sez. IV, 3 dicembre 2021, n. 7772, *ivi*.

⁹⁶ Così concorde, ad esempio, Cons. Stato, Sez. V, 18 febbraio 2019, n. 1111, in *Foro amm.*, 2019, 227 ss.; T.A.R. Abruzzo, Pescara, Sez. I, 28 ottobre 2019, n. 256, in *Foro amm.*, 2019, 1730 ss.

3. La motivazione del preavviso di rigetto

Partiamo dall'aspetto concernente la motivazione.

La giurisprudenza amministrativa si è oramai consolidata nell'affermare che l'Amministrazione non è tenuta a svolgere una puntuale ed analitica confutazione delle singole deduzioni introdotte dai privati ai sensi dell'art. 10-*bis*, essendo sufficiente ai fini della sua giustificazione una motivazione complessivamente e logicamente resa a sostegno dell'atto stesso⁹⁷.

La norma prevede che, entro il termine di dieci giorni dal ricevimento della comunicazione dei motivi ostativi, gli istanti hanno il diritto di presentare per iscritto le loro osservazioni, eventualmente corredate da documenti.

Il d.l. semplificazioni del 2020 ha modificato la tipologia di risposta che deve essere fornita dall'Amministrazione.

Nel testo originario del 2005, difatti, si prevedeva semplicemente che *“dell'eventuale mancato accoglimento di tali osservazioni è data ragione nella motivazione del provvedimento finale”*.

Si trattava di una formulazione assolutamente sintetica, la cui conseguenza era che l'Amministrazione poteva limitarsi ad una stringata motivazione, anche di poche parole, delle ragioni sottostanti il mancato accoglimento delle osservazioni presentate dal privato, persistendo la volontà di determinarsi negativamente sull'istanza che ha dato avvio al procedimento.

Questa prassi, patologica e certamente non tale da implementare il contraddittorio dialogico nel rapporto tra l'Amministrazione ed il cittadino, ha comportato la necessità di un ripensamento nella formulazione della disposizione.

Così, con le modifiche intervenute nel 2020, si dispone ora che, *“qualora gli istanti abbiano presentato osservazioni, del loro eventuale mancato accoglimento il responsabile del procedimento o l'autorità competente sono tenuti a dare ragione nella motivazione del provvedimento finale di diniego indicando, se ve ne sono, i soli motivi ostativi ulteriori che sono conseguenza delle osservazioni”*.

La motivazione complessivamente e logicamente resa a sostegno del provvedimento di diniego⁹⁸ richiesta dalla giurisprudenza si riempie finalmente di un contenuto pregnante.

Il mancato accoglimento delle osservazioni non può essere motivato sulla base degli stessi motivi ostativi che stavano alla base del c.d. preavviso di rigetto, ma occorre indicare quali sono i motivi ostativi ulteriori

⁹⁷ Così, ad esempio, Cons. Stato, Sez. IV, 4 novembre 2020, n. 6815, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Valle d'Aosta, Sez. I, 15 marzo 2021, n. 17, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 15 febbraio 2021, n. 1808, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁹⁸ Sul punto v. anche T.A.R. Campania, Napoli, Sez. III, 2 marzo 2020, n. 947, in www.giustizia-amministrativa.it, secondo cui è legittimo il provvedimento sorretto da una motivazione esaustiva e logica, tale da evidenziare inequivocabilmente le ragioni delle diverse conclusioni raggiunte.

che impediscono alle osservazioni presentate dai privati di superare la determinazione negativa dell'Amministrazione in merito all'istanza che ha dato impulso al procedimento⁹⁹.

Se il legislatore, nell'ottica di una partecipazione fattiva nel procedimento amministrativo, ha ritenuto che un provvedimento di diniego debba essere "preannunciato" dai motivi che non consentono l'accoglimento dell'istanza, è evidente che l'Amministrazione debba tenere in considerazione le osservazioni ulteriori presentate dal privato, non necessariamente con una motivazione del provvedimento finale di diniego che argomenti singolarmente sulle specifiche osservazioni presentate¹⁰⁰, ma fornendo comunque una valida ragione della determinazione negativa con l'indicazione degli ulteriori motivi ostativi¹⁰¹.

Questa novità è da accogliere favorevolmente guardando sia ai cittadini nel loro rapporto con l'Amministrazione sia con specifico riferimento a quest'ultima: da un lato, difatti, si incrementa l'effettività della partecipazione procedimentale, non fine pertanto a se stessa e coerente con i principi di efficacia e celerità procedimentale¹⁰², dall'altro la stessa attività dell'Amministrazione trova una maggiore tutela in quanto, così operando, si riduce il rischio che il provvedimento finale possa essere illegittimo per difetto o insufficienza della motivazione¹⁰³.

Ciò non vuol dire, ovviamente, che deve sussistere un rapporto di perfetta identità tra il preavviso di rigetto e l'atto conclusivo del procedimento¹⁰⁴, né una corrispondenza piena tra i due atti, ben potendo l'Amministrazione meglio precisare nel provvedimento la propria determinazione, sempreché il

⁹⁹ È interessante notare come in alcune pronunzie minoritarie (ad esempio, T.A.R. Campania, Napoli, Sez. IV, 9 marzo 2020, n. 1041 e T.A.R. Veneto, Sez. III, 21 gennaio 2019, n. 72, in www.giustizia-amministrativa.it), il giudice amministrativo affermi che "non deve sussistere un rapporto di identità, tra il preavviso di rigetto e la determinazione conclusiva del procedimento, né una corrispondenza puntuale e di dettaglio tra il contenuto dei due atti, ben potendo la pubblica amministrazione ritenere, nel provvedimento finale, di dover meglio precisare le proprie posizioni giuridiche, sempre che il contenuto sostanziale del provvedimento conclusivo di diniego si iscriva nello schema delineato dalla comunicazione resa ai sensi dell'art. 10-bis l. n. 241/1990, esclusa ogni possibilità di fondare il diniego definitivo su ragioni del tutto nuove".

¹⁰⁰ Così anche T.A.R. Campania, Napoli, Sez. III, 18 dicembre 2020, n. 6255, in www.giustizia-amministrativa.it; da ultimo, Cons. Stato, Sez. VI, 10 gennaio 2022, n. 158, *ivi*, secondo cui l'onere dell'amministrazione di illustrare le ragioni per le quali non abbia tenuto conto delle osservazioni dei privati, presentate ai sensi dell'art. 10-bis l. n. 241/1990, non deve essere inteso in senso formalistico.

¹⁰¹ È evidente che, laddove il provvedimento finale non tenesse conto in alcun modo dell'apporto partecipativo del privato, questo risulterebbe illegittimo per violazione di legge, ed in particolare dell'art. 10-bis, legge n. 241 del 1990: in questo senso T.A.R. Sardegna, Sez. II, 2 luglio 2020, n. 367, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁰² Secondo, ad esempio, il T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VII, 4 agosto 2020, n. 3500, in www.giustizia-amministrativa.it, le garanzie partecipative e gli obblighi motivazionali *ex artt.* 3 e 10 bis, l. n. 241/1990 non possono tradursi - a discapito dei principi procedimentali di efficacia e celerità - in un interminabile confronto dialettico con l'interessata e in un'analitica replica agli argomenti da quest'ultima propugnati, essendo sufficienti, per la loro osservanza, il compiuto apprezzamento e la perspicua esplicazione dei presupposti fattuali e delle ragioni giuridiche che, in positivo, ossia in logica ed insuperata antitesi alle anzidette deduzioni, hanno giustificato la preannunciata determinazione sfavorevole.

¹⁰³ In tema, tra gli ultimi scritti, si rinvia a G. TROPEA, *Motivazione del provvedimento e giudizio sul rapporto: derive e approdi*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 1235 ss.

¹⁰⁴ Tenendo in considerazione, però, che il preavviso di rigetto è un adempimento che "va preso sul serio": così M. BROCCA, *Il preavviso di diniego e la costruzione della decisione amministrativa (nota a Tar Campania, Sez. III, 7 gennaio 2021, n. 130)*, in *Giustiziasieme*, 25 febbraio 2021.

contenuto del diniego si iscriva nello stesso schema delineato dalla comunicazione ai sensi dell'art. 10-*bis*¹⁰⁵.

4. La mancata comunicazione del preavviso di rigetto e la sua lesività

Quanto detto ora consente di passare al secondo profilo, ovvero quello concernente l'eventuale illegittimità del provvedimento finale ove sia mancata la comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento della domanda.

L'orientamento giurisprudenziale maggioritario, oramai consolidato sul punto, ritiene che la mancata comunicazione dei motivi ostativi di cui all'art. 10-*bis* non determina l'automatica illegittimità del provvedimento finale qualora possa trovare applicazione l'art. 21-*octies* della stessa l. n. 241/1990.

Attraverso la dequotazione dei vizi formali dell'atto¹⁰⁶, la disposizione appena richiamata mira a garantire una maggiore efficienza all'azione amministrativa, risparmiando antieconomiche ed inutili duplicazioni di attività, laddove il riesercizio del potere non potrebbe comunque portare all'attribuzione del bene della vita richiesto dall'interessato¹⁰⁷.

L'art. 10-*bis* ha la funzione di assicurare un'effettiva partecipazione dell'istante all'esercizio del potere amministrativo, sollecitando un contraddittorio procedimentale in funzione collaborativa e difensiva.

In questo modo, da un lato, si garantisce un apporto collaborativo del privato mediante l'introduzione di elementi istruttori o deduttivi suscettibile di apprezzamento da parte dell'organo procedente, dall'altro si consente l'anticipata acquisizione in sede procedimentale di contestazioni (di natura difensiva) suscettibili di evidenziare eventuali profili di illegittimità delle ragioni ostative preannunciate dall'Amministrazione¹⁰⁸.

L'istituto del c.d. preavviso di rigetto, quindi, ha lo scopo di far conoscere all'Amministrazione procedente le ragioni fattuali e giuridiche dell'interessato che potrebbero contribuire a far assumere una diversa determinazione finale, derivante dalla ponderazione di tutti gli interessi in gioco; tuttavia, tale scopo viene meno ed è di per sé inidoneo a giustificare l'annullamento del provvedimento nei casi in cui il suo contenuto non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato, sia in quanto vincolato, sia

¹⁰⁵ Sul punto, da ultimo, v. T.A.R. Puglia, Bari, Sez. II, 4 giugno 2021, n. 973, in www.giustizia-amministrativa.it, ma già Cons. Stato, Sez. IV, 10 dicembre 2007, n. 6325, in *Foro amm. CdS*, 2007, 3389.

¹⁰⁶ Secondo M.C. CAVALLARO, *Attività vincolata dell'amministrazione e sindacato giurisdizionale*, in *Il processo*, 2020, 1 ss., "la legge n. 241 del 1990 rappresenta in un certo senso la sintesi delle due visioni contrapposte, dal momento che in essa è possibile cogliere quei profili più garantisti delle tutele del privato, maggiormente legati allo spirito della legalità formale, che si accompagnano alle esigenze di semplificazione ed efficienza dell'azione amministrativa, le quali idealmente rispondono alle istanze della legalità sostanziale o di risultato".

¹⁰⁷ Così, tra le ultime pronunzie, Cons. giust. amm. Reg. Sicilia, sez. giurisd., 27 ottobre 2020, n. 996, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁰⁸ Cons. Stato, Sez. VI, 10 febbraio 2020, n. 1001, in www.giustizia-amministrativa.it.

in quanto, sebbene discrezionale, sia stata raggiunta la prova della sua concreta e sostanziale non modificabilità¹⁰⁹.

In altri termini, leggendo l'art. 10-*bis* in combinato disposto con l'art. 21-*octies*, l. n. 241 del 1990, così come deve essere fatto per le altre norme in materia di partecipazione procedimentale¹¹⁰, si deve giungere ad una sua interpretazione non in senso formalistico, ma avendo riguardo all'effettivo e oggettivo pregiudizio che la sua inosservanza abbia causato alle ragioni del soggetto privato nello specifico rapporto con l'Amministrazione, sicché il mancato o l'incompleto preavviso di rigetto non comporta l'automatica illegittimità del provvedimento finale¹¹¹, quando, in ipotesi, possa trovare applicazione l'art. 21-*octies* della stessa legge, secondo il quale il giudice non può annullare il provvedimento per vizi formali, che non abbiano inciso sulla legittimità sostanziale di un provvedimento, il cui contenuto non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato¹¹².

Le garanzie procedimentali, difatti, sono dettate a tutela di concreti interessi, hanno carattere sostanziale e non devono risolversi in inutili aggravii procedimentali, in contraddizione con i fondamentali canoni di efficienza e speditezza del procedimento amministrativo¹¹³.

Ne consegue, pertanto, che la violazione della garanzia partecipativa dell'art. 10-*bis* assume rilievo solamente ove la mancata partecipazione del privato abbia impedito al medesimo di apportare utili elementi di valutazione da sottoporre alla valutazione dell'Amministrazione interessata¹¹⁴.

Occorre segnalare, al riguardo, una novità apportata alla disposizione dell'art. 21-*octies* dal d.l. semplificazioni del 2020.

Si precisa, difatti, che per il provvedimento adottato in violazione dell'art. 10-*bis* non può trovare applicazione la norma secondo cui *“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”*.

Si tratta, come può essere facilmente desunto, di una precisazione non necessaria, perché, se si afferma che la mancanza del c.d. preavviso di rigetto determina l'illegittimità del provvedimento finale solo ove questo abbia precluso una partecipazione attiva del privato all'attività amministrativa, ciò comporta che, in questi casi, possa trovare applicazione solamente il primo periodo del co. 2, art. 21-*octies*, legge n. 241

¹⁰⁹ E' conforme all'orientamento del giudice amministrazione anche la giurisprudenza della Corte di Cassazione: in questo senso, ad esempio, Cass. civ., Sez. I, 10 giugno 2020, n. 11083, in *Guida dir.*, 2020, 46, 57 ss.

¹¹⁰ Qui si deve richiamare quanto scritto da 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 *Giustamm*, 2005.

¹¹¹ Così Cons. Stato, Sez. IV, 13 febbraio 2020, n. 1144, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹¹² In questi termini Cons. Stato, Sez. II, 12 febbraio 2020, n. 1081, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, Sez. III, 19 febbraio 2019, n. 1156, in www.giustizia-amministrativa.it; id., Sez. IV, 11 gennaio 2019, n. 256, in *Foro amm.*, 2019, 62 ss.

¹¹³ Sul punto, ad esempio, Cons. Stato, Sez. IV, 28 marzo 2019, n. 2052, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹¹⁴ In giurisprudenza v., ad esempio, T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 11 febbraio 2020, n. 1805, in *Foro amm.*, 2020, 305 ss.

del 1990 secondo cui “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”¹¹⁵.

La conseguenza della dequotazione dei vizi formali è che solamente la violazione sostanziale delle garanzie partecipative può determinare l’annullabilità del provvedimento amministrativo¹¹⁶.

Quanto detto sinora sulla natura del c.d. preavviso di rigetto permette un approdo sicuro in relazione alla sua lesività ed alla conseguente impugnabilità.

Difatti, si può pervenire alla conclusione che il preavviso di rigetto è un atto endoprocedimentale, privo, per sua stessa natura, di potenzialità lesiva, avente lo scopo di consentire all’interessato di instaurare un vero e proprio contraddittorio con l’Amministrazione, mediante la presentazione delle proprie osservazioni o integrazioni documentali, al fine di aumentare così la possibilità di far modificare la determinazione dell’Amministrazione e ottenere il soddisfacimento dei suoi interessi.

Sulla base delle osservazioni presentate dal soggetto interessato, l’Amministrazione può addivenire ad una conclusione del procedimento diversa rispetto a quella prospettata nel preavviso di rigetto ovvero può confermare la propria posizione nell’atto di diniego che è il solo atto definitivo e, quindi, lesivo della sfera giuridica del destinatario¹¹⁷.

L’atto impugnabile, in caso di illegittimità, è solo il provvedimento finale di diniego.

5. Il preavviso di rigetto sospende (e non interrompe più) i termini del procedimento

Uno dei profili più interessanti della previsione dell’art. 10-*bis* è quello relativo alle conseguenze che la comunicazione dei motivi ostativi all’accoglimento della domanda produce sui termini di conclusione del procedimento.

Termini che, come noto, sono ordinariamente fissati dall’art. 2 della medesima legge n. 241 del 1990 in trenta giorni o per le Amministrazioni statali in novanta giorni (che in alcuni casi particolari possono giungere sino ad un massimo di centottanta giorni).

Nella previsione originaria del 2005, si prevedeva che la comunicazione del preavviso di rigetto “*interrompe i termini per concludere il procedimento che iniziano nuovamente a decorrere dalla data di presentazione delle osservazioni*

¹¹⁵ Così, da ultimo, Cons. Stato, Sez. II, 2 agosto 2021, n. 5676, in www.giustizia-amministrativa.it; id., 22 dicembre 2020, n. 8230, *ivi*.

¹¹⁶ Riprendendo le parole di A. FALZEA, *Forma e sostanza nel sistema culturale del diritto*, in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, vol. I, Milano, 1999, 178, “*la condizione ottimale di ogni società giuridicamente organizzata sta nell’equilibrata presenza e nel corretto temperamento della componente sostanziale e della componente formale del diritto*”.

¹¹⁷ Così, ad esempio, T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, 17 marzo 2020, n. 1173, in www.giustizia-amministrativa.it; ma già Cons. Stato, Sez. VI, 9 giugno 2005, n. 3043, in *Foro amm. CdS*, 2005, 1833 ss.

o, in mancanza, dalla scadenza del termine di cui al secondo periodo”, ovvero i dieci giorni successivi alla comunicazione concessi per la presentazione delle osservazioni¹¹⁸.

La prima conseguenza dell'interruzione dei termini è che la comunicazione dei motivi ostativi rende irrilevante la precedente inerzia dell'Amministrazione e comporta il decorso di un nuovo termine di conclusione del procedimento, alla cui eventuale infruttuosa scadenza maturerà un silenzio assenso o diniego nei casi espressamente previsti dalla legge¹¹⁹.

La seconda è che la comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento di una domanda interrompe anche i termini per la formazione di un eventuale silenzio assenso, in quei casi in cui l'ordinamento ha inteso assegnare al silenzio serbato dall'Amministrazione su un'istanza il valore di assenso alla richiesta¹²⁰.

Del resto, non potrebbe ritenersi logica la formazione di un provvedimento tacito di assenso quando la stessa Amministrazione, sia pure in modo ancora non definitivo, abbia chiaramente indicato (nel preavviso di diniego) le ragioni per le quali la domanda proposta non può essere accolta¹²¹.

Deve essere rilevato che l'interruzione dei termini, dal punto di vista processuale, comporta l'impossibilità di attivazione dei rimedi contro l'inerzia – che non vi è -in caso di mancato invio di osservazioni.

Il richiedente che riceva la comunicazione e decida di non inviare osservazioni riservandosi l'impugnazione diretta del provvedimento finale, si trova senza tutela nel periodo intercorrente fra la riattivazione del termine procedimentale - 10 giorni dalla ricezione della comunicazione *ex art. 10-bis* — e l'adozione di detto provvedimento finale, non potendo invocare l'inerzia non formatasi per effetto del nuovo termine procedimentale che l'Amministrazione, per effetto della comunicazione, si è auto

¹¹⁸ T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, 9 maggio 2012, n. 2137, in *Riv. giur. edil.*, 2012, 822 ss.

¹¹⁹ Sul punto v., ad esempio, T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. II, 8 agosto 2019, n. 2074, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

¹²⁰ La bibliografia in tema di silenzio dell'Amministrazione è molto vasta. Al riguardo, tra i tanti, cfr. M. ANDREIS, *La conclusione inespressa del procedimento*, Milano, Giuffrè, 2006; B. TONOLETTI, *Silenzi della pubblica amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, 1999, p. 179 ss.; V. PARISIO, *I silenzi della pubblica amministrazione. La rinuncia alla garanzia dell'atto scritto*, Milano, Giuffrè, 1996; ID., *Il silenzio della pubblica amministrazione tra prospettive attive e fattuali, alla luce delle novità introdotte dalla l. 11 febbraio 2005, n. 15 e dalla l. 14 maggio 2005, n. 80*, in *Foro amm.* TAR, 2006, 2798 SS.; A. CIOFFI, *Dovere di provvedere e silenzio-assenso della pubblica amministrazione dopo la legge 14 maggio 2005, n. 80*, in *Dir. amm.*, 2006, 99 ss.; A. ROMEO, *Brevi note in tema di silenzio della p.a. e obbligo di provvedere*, in *Foro amm. CdS*, 2003, 3481 ss.; C.E. GALLO, *Il silenzio della p.a.: profili sostanziali e processuali*, in S. RAIMONDI, R. URSI (a cura di), *La riforma della giustizia amministrativa in Italia ed in Spagna: atti del convegno di studi italo-spagnolo (Palermo, 19-23 marzo 2001)*, Torino, Giappichelli, 2002, 85 ss.; F.G. COCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione alla luce del suo nuovo trattamento processuale*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 261 ss.; A. TRAVI, *Silenzio-assenso, denuncia di inizio attività e tutela dei terzi controinteressati*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 16 ss.; G.B. GARRONE, *Silenzio della p.a. (Ricorso giurisd. amm.)*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, Utet, 1999, vol. XIV, 191 ss.; F.G. COCA, M. D'ORSOGNA, *Silenzio, clamori di novità*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, 393 ss.; A. TRAVI, *Silenzio assenso ed esercizio della funzione amministrativa*, Padova, Cedam, 1985; A.M. SANDULLI, *Il silenzio della pubblica amministrazione oggi: aspetti sostanziali e processuali*, in *Dir. e soc.*, 1982, p. 715 ss.; F.G. COCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1971; dal punto di vista processuale, in particolare, v. A. SCOGNAMIGLIO, *Rito speciale per l'accertamento del silenzio e possibili contenuti della sentenza di condanna*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 450 ss.; M. RAMAJOLI, *Forme e limiti della tutela giurisdizionale contro il silenzio inadempimento*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 709 ss.; più di recente, ancora sull'istituto del silenzio, cfr. M. CALABRÒ, *Silenzio assenso e dovere di provvedere: le perduranti incertezze di una (apparente) semplificazione*, in *Federalismi*, n. 10-2020, 21 ss.; P. OTRANTO, *Silenzio e interesse pubblico nell'attività amministrativa*, Bari, Cacucci, 2018.

¹²¹ In tema v. T.A.R. Valle d'Aosta, Sez. I, 11 giugno 2015, n. 41, in *Foro amm.*, 2015, 1735 ss.

assegnata (né potendo impugnare il preavviso di diniego per il suo pacifico carattere di atto endoprocedimentale).

Tuttavia, la significativa modifica dell'art. 31 cod. proc. amm. dedicato al giudizio avverso il silenzio inadempimento, intervenuta con il primo correttivo al Codice, ha introdotto la locuzione "*e negli altri casi previsti dalla legge*", cosicché può affermarsi che nell'ipotesi di cui all'art. 10-*bis* al soggetto destinatario della comunicazione di motivi ostativi spetta quantomeno l'azione volta all'accertamento della fondatezza della pretesa¹²², e ciò senza l'intermediazione dell'atto finale¹²³.

L'interruzione dei termini determinata ad istruttoria conclusa¹²⁴, secondo la previsione originaria dell'art. 10-*bis*, dalla comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza determinava necessariamente, con il nuovo decorso del termine, un allungamento dei tempi procedimentali, anche per quanto concerne, come si è poc'anzi visto, la formazione di un eventuale silenzio amministrativo, allungamento che si poteva ritenere controbilanciato dalla garanzia procedimentale prevista in favore del privato di presentare deduzioni rispetto alla determinazione dell'Amministrazione al fine di conseguire una determinata utilità¹²⁵.

Lo svantaggio che si determinava per il privato era però in ogni caso evidente e così il d.l. semplificazioni del 2020 è intervenuto anche su questa previsione dell'art. 10-*bis*.

L'interruzione non è più prevista e, difatti, nella nuova formulazione si prevede che "*la comunicazione di cui al primo periodo sospende i termini di conclusione dei procedimenti, che ricominciano a decorrere dieci giorni dopo la presentazione delle osservazioni o, in mancanza delle stesse, dalla scadenza del termine di cui al secondo periodo*".

La novella non è di poco conto perché la comunicazione dei motivi ostativi non interrompe più il termine di conclusione del procedimento ma lo sospende solamente facendolo riprendere dieci giorni dopo la presentazione delle osservazioni.

La conseguenza è lampante: i tempi procedimentali si possono allungare anche con la sospensione del termine, ma non certamente come nel caso dell'interruzione, ove il termine decorreva nuovamente dall'inizio¹²⁶.

¹²² Ovviamente, come ricordato ad esempio da T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 22 febbraio 2021, n. 2173, in *www.giustizia-amministrativa.it*, il giudice, a' sensi dell'art. 31, co. 3, in caso di ricorso avverso il silenzio-inadempimento della Amministrazione, può pronunciare sulla fondatezza della pretesa sostanziale dedotta in giudizio solamente nel caso in cui si tratti di attività vincolata, oppure quando risulti che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non siano necessari adempimenti istruttori da parte dell'Amministrazione.

¹²³ Sul punto v. T.A.R. Veneto, Sez. III, 28 marzo 2012, n. 426, in *Foro amm. TAR*, 2012, 745 ss.

¹²⁴ T.A.R. Veneto, Sez. III, 24 aprile 2007, n. 1299, in *Foro amm. TAR*, 2007, 1280 ss.

¹²⁵ Così T.A.R. Veneto, Sez. III, 7 maggio 2008, n. 1256, in *Foro amm. TAR*, 2008, 1248 ss.

¹²⁶ In realtà, come osservato da G. CREPALDI, *La sospensione del termine per la conclusione del procedimento amministrativo*, in *Foro amm. CdS*, 2007, 108 ss., la disposizione originaria, pur parlando espressamente di interruzione del termine, si prestava ad interpretazioni equivoche, che potevano far ritenere che il legislatore si riferisse alla mera sospensione del termine; sul punto v. altresì C. VIDETTA, *Note a margine del nuovo art. 10 bis, l. n. 241 del 1990*, in *Foro amm. Tar*, 2006, 837 ss.; G. BOTTINO, *La comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza di parte: considerazioni su di una prima applicazione*

È una novità da accogliere con favore perché anche il termine di conclusione del procedimento, alla stessa stregua del c.d. preavviso di rigetto, è una garanzia procedimentale per il privato, nonché un incentivo all'efficacia dell'azione amministrativa¹²⁷.

6. Il principio del c.d. *one shot* temperato alla luce della modifica dell'art. 10-*bis*, legge n. 241/1990

Una delle novità introdotte dal d.l. semplificazioni del 2020 all'art. 10-*bis* riguarda il riesercizio del potere da parte dell'Amministrazione a seguito dell'annullamento ad opera del giudice amministrativo di un provvedimento di diniego illegittimo, che sia stato adottato a seguito della comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento¹²⁸.

Si pensi, ad esempio, al caso di un provvedimento di diniego illegittimo perché non sufficientemente motivato in relazione alle osservazioni presentate dall'interessato a seguito del c.d. preavviso di rigetto.

L'art. 10-*bis* adesso dispone che “*in caso di annullamento in giudizio del provvedimento così adottato, nell'esercitare nuovamente il suo potere l'amministrazione non può addurre per la prima volta motivi ostativi già emergenti dall'istruttoria del provvedimento annullato*”.

La disposizione potrebbe sembrare equivoca ma, leggendola correttamente nel sistema complessivo dell'art. 10-*bis*, si può affermare che essa vuole evitare che l'Amministrazione nella riadozione del provvedimento di diniego, dovendosi adeguare agli effetti conformativi e preclusivi del giudicato di annullamento¹²⁹, fornisca una motivazione basata esclusivamente sugli stessi motivi ostativi comunicati o che avrebbero dovuto essere comunicati agli istanti mediante il c.d. preavviso di rigetto.

giurisprudenziale del nuovo art. 10 bis, l. n. 241 del 1990, nota a Tar Lazio, sez. II, 18 maggio 2005 n. 3921, in *Foro amm. Tar*, 2005, 1554 ss.

¹²⁷ Al riguardo, per esemplificare il ritmo sollecito che deve scandire il procedimento amministrativo, si può richiamare l'efficace espressione “*ansia di provvedere*” di E. CASETTA, *La difficoltà di semplificare*, in *Dir. amm.*, 1998, 345.

¹²⁸ Il problema è ancora ampiamente discusso in dottrina: cfr., al riguardo, tra gli ultimi, M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, spec. 224 ss.; G. URBANO, *Contributo sull'effettività del giudicato amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2020, spec. 137-139; nonché; A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo, I, Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento*, Torino, Giappichelli, 2020, spec. 346-358.

¹²⁹ La letteratura sul giudicato amministrativo è diffusa; anzitutto il riferimento corre alla fondamentale voce di F. BENVENUTI, *Giudicato (dir. amm.)*, in *Encicl. dir.*, Milano, Giuffrè, 1969, Vol. XVIII, 893 ss.; si rinvia poi, *ex multis*, a F. SATTA, *Brevi note sul giudicato amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 302 ss.; A. TRAVI, *Il giudicato amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 919 ss.; C. CACCIAVILLANI, *Giudizio amministrativo e giudicato*, Padova, Cedam, 2005; P.M. VIPIANA, *Contributo allo studio del giudicato amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1990; M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, Cedam, 1989, 145, che ricorda come il giudicato cada non solo sull'atto, ma sulla fattispecie del potere; da ultimo, si rinvia ai recenti contributi di S. VACCARI, *Il giudicato nel nuovo diritto processuale amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017, 1 ss.; S. VALAGUZZA, *Il giudicato amministrativo nella teoria del processo*, Milano, Giuffrè, 2016, 1 ss.; sugli effetti della sentenza di annullamento del giudice amministrativo e sul giudicato a formazione progressiva si rinvia a C.E. GALLO, *I poteri del giudice amministrativo in ordine agli effetti delle proprie sentenze di annullamento*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 280 ss.; nonché a M. ANDREIS, *L'attività successiva alla sentenza di annullamento tra acquiescenza e principio di assorbimento*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 1201 ss.; da ultimo a S. VALAGUZZA, *L'illusione ottica del giudicato a formazione progressiva*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 296 ss.

Questa previsione deve essere integrata nell'ordinamento di cui è parte ed è perciò necessario richiamare la copiosa giurisprudenza degli ultimi anni sul principio del c.d. *one shot* temperato¹³⁰.

Come è noto, si denomina *one shot* temperato il principio, affermato da costante giurisprudenza, per cui l'Amministrazione, dopo aver subito l'annullamento di un proprio atto, può rinnovarlo una sola volta, e quindi deve riesaminare la controversia nella sua interezza, sollevando, una volta per tutte, tutte le questioni che ritenga rilevanti, senza potere in seguito tornare a decidere sfavorevolmente neppure in relazione a profili non ancora esaminati¹³¹.

In altri termini, nel giudizio amministrativo occorre che la controversia fra l'Amministrazione ed il cittadino trovi ad un certo punto una soluzione definitiva, e dunque occorre impedire che l'Amministrazione proceda più volte all'emanazione di nuovi atti, in tutto conformi alle statuizioni del giudicato¹³², ma egualmente sfavorevoli all'originario ricorrente, in quanto fondati su aspetti sempre nuovi del rapporto, non toccati dal giudicato¹³³.

Il principio dell'*one shot* temperato, tuttavia, non ha valore assoluto, e in particolare non significa che i fatti sopravvenuti non abbiano una loro rilevanza, che potrebbe anche escludere in radice la possibilità di attribuire al privato l'utilità sperata, all'esito di un eventuale nuovo e diverso iter, fondato su presupposti o modalità autonome¹³⁴.

Ciò è coerente con la logica del principio, che è quella, in sede di esecuzione del giudicato, di non porre a carico del privato gli errori e le omissioni della fase istruttoria, che spetta all'Amministrazione, non certo quella di impedire di considerare i fatti sopravvenuti rilevanti¹³⁵; la sede della loro considerazione, tuttavia, non è quella del procedimento già concluso e valutato dal giudice amministrativo, ma quella di un eventuale nuovo e diverso iter, fondato su presupposti o modalità autonome¹³⁶.

Nell'ordinamento italiano, dunque, non trova riconoscimento la teoria del c.d. *one shot* puro o assoluto, secondo cui l'Amministrazione può pronunciarsi negativamente una sola volta, facendo in questa

¹³⁰ Per una disamina del principio si rinvia a L. FERRARA, *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna al fare*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 617 ss.

¹³¹ Sul punto, ad esempio, Cons. Stato, Sez. III, 14 febbraio 2017, n. 660, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, Sez. IV, 25 marzo 2014, n. 1457, *ivi*.

¹³² In letteratura, tra i più recenti contributi, cfr. S. VACCARI, *Il giudicato nel nuovo diritto processuale amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017; G. PEPE, *Giudicato amministrativo e sopravvenienze*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017.

¹³³ Così Cons. Stato, Sez. IV, 6 ottobre 2014, n. 4987, in *Foro amm.*, 2014, 2532 ss.

¹³⁴ L'indicazione del solo principale motivo reiettivo non è *ex se* preclusiva a che, nel prosieguo del procedimento ed anche a seguito di un eventuale annullamento giurisdizionale del provvedimento reiettivo, ne emergano di ulteriori: così Cons. Stato, Sez. IV, 25 marzo 2014, n. 1457, in www.giustizia-amministrativa.it; sul punto cfr. altresì M. RAMAJOLI, *Il declino della decisione motivata*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 894 ss., spec. nota 42.

¹³⁵ Così Cons. Stato, Sez. IV, 31 marzo 2015, n. 1686, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹³⁶ *Ibidem*.

occasione emergere tutte le possibili motivazioni che si oppongono all'accoglimento della istanza del privato¹³⁷.

Nel sistema italiano, invece, il principio è stato temperato accordandosi all'Amministrazione *due chances*: si è infatti costantemente affermato che l'annullamento di un provvedimento amministrativo a carattere discrezionale che abbia negato la soddisfazione di un interesse legittimo pretensivo non determina la sicura soddisfazione del bene della vita, ma obbliga semplicemente l'Amministrazione a rinnovare il procedimento tenendo conto della portata conformativa della sentenza¹³⁸.

Il temperamento risiede, dunque, nel fatto di attribuire all'Amministrazione due *chances* decisionali: la prima e quella conseguente all'annullamento, che dovrà essere, tuttavia, definitiva (salve eventuali sopravvenienze)¹³⁹.

Con riferimento alle novità introdotte alla disciplina del c.d. preavviso di rigetto, alcune recenti opinioni che si sono formate in letteratura sostengono che sia stata introdotto, pur esclusivamente a tale istituto, la teoria del c.d. *one shot* assoluto, ovvero l'impossibilità per l'autorità procedente, quando assume la decisione finale, di svolgere ulteriori considerazioni fondate su informazioni o valutazioni che non siano diretto sviluppo delle produzioni documentali e osservazioni formulate dal privato¹⁴⁰.

Questa tesi non appare pienamente condivisibile in quanto la novella dell'art. 10-*bis* sembra, più che introdurre un principio di *one shot* assoluto, conformarsi all'orientamento giurisprudenziale maggioritario dell'*one shot* temperato.

Non si è, difatti, dinnanzi ad un caso ove l'Amministrazione può pronunziarsi una sola volta in modo negativo sull'istanza del privato, prescrivendo, invece, il nuovo periodo dell'art. 10-*bis*, che, una volta intervenuto l'annullamento giurisdizionale del provvedimento di diniego, illegittimo perché magari insufficientemente motivato quanto al non accoglimento delle osservazioni presentate dal privato a seguito del c.d. preavviso di rigetto, l'Amministrazione debba decidere la fattispecie nella sua interezza, esercitando una volta per tutte il suo potere in modo conforme al giudicato e non basando un eventuale ulteriore provvedimento di diniego su circostanze e ragioni già emerse nella fase istruttoria e che sono state o avrebbero dovuto essere comunicate all'interessato.

¹³⁷ In tema cfr. S. VALAGUZZA, I. MARTELLA, *L'effettività della tutela nella esperienza giurisprudenziale*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 783 ss.

¹³⁸ Sul punto cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 23 aprile 2009, n. 4071, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹³⁹ Concorde è l'opinione di A. CASSATELLA, *La responsabilità funzionale nell'amministrare. Termini e questioni*, in *Dir. amm.*, 2018, 677 ss.

¹⁴⁰ Così G.A. PRIMERANO, *Esecuzione del giudicato amministrativo e prescrizione dell'azione di ottemperanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, 157 ss.; P. CHIRULLI, *"The anatomy of administrative law": suggestioni di una lettura*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, 646 ss.

Non si tratta di una sola possibilità di pronunzia negativa; l'Amministrazione può determinarsi, anche a seguito dell'annullamento giurisdizionale, nuovamente in senso negativo sull'istanza del privato ma non esclusivamente sulla base di ragioni che avrebbero dovuto essere già esaminate.

Vi possono essere circostanze sopravvenute che conducono l'Amministrazione a determinarsi negativamente per una seconda volta, conformemente alla teoria dell'*one shot* temperato, ma non si deve trattare degli stessi motivi ostativi che avevano condotto al primo provvedimento di diniego.

La consumazione del potere non si verifica, dunque, sempre alla luce di una interpretazione strettamente letterale rispetto agli elementi di fatto e di diritto esistenti al momento dell'originaria istruttoria, che da questa, tuttavia, non risultavano ricavabili per le più svariate ragioni¹⁴¹.

È una novità certamente utile, posta a maggior garanzia del privato, dell'efficacia del procedimento amministrativo e dell'effettività della tutela prestata a livello giurisdizionale, che però poteva essere già ricavata facilmente dall'orientamento giurisprudenziale formatosi in merito alle modalità di esecuzione del giudicato di annullamento, il quale tenta una inevitabile mediazione tra il diritto del cittadino ad una celere definizione della controversia e l'aspettativa del potere pubblico di riesercitare la propria discrezionalità su aspetti del rapporto controverso non espressamente vagliati in sede giurisdizionale¹⁴².

7. Osservazioni conclusive

L'istituto del preavviso di rigetto, introdotto nel 2005, completa in modo efficace le garanzie partecipative del cittadino affinché il rapporto amministrativo¹⁴³ che si costituisce sia, pur con tutte le differenze che nell'ordinamento esistono, il più paritario possibile¹⁴⁴.

Questo istituto, unitamente al diritto d'accesso ed alla possibilità di presentare memorie ed osservazioni rispetto all'attività dell'Amministrazione, consente alla partecipazione procedimentale di riempirsi di contenuti, facendo sì che questa non sia solo difensiva ma largamente collaborativa.

Ed infatti, la previsione della necessaria (seppur con i limiti che sono stati visti precedentemente) comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza che ha dato impulso al procedimento,

¹⁴¹ Si concorda con l'opinione di L. FERRARA, *La preclusione procedimentale dopo la novella del preavviso di diniego: alla ricerca di un modello di rapporto e di giustizia*, in *Dir. amm.*, 2021, 573 ss., che evidenzia come, a seguito della novella legislativa, “se la preclusione procedimentale non opera integralmente sui “fatti costitutivi del potere”, se essa non copre “tutti” questi fatti, sopravvive l'evenienza che alla reiterazione del potere faccia seguito un nuovo processo di cognizione”.

¹⁴² In tema v. altresì E. TRAVERSA, *Il principio del one shot temperato tra effettività della tutela e inesauribilità del potere amministrativo*, in *Giur. it.*, 2017, 1672 ss.

¹⁴³ La letteratura sul rapporto amministrativo è estesa: tra i contributi più recenti si può far riferimento a G. GRECO, *Il rapporto amministrativo e le vicende della posizione del cittadino*, in *Dir. amm.*, 2014, 585 ss.; M. PROTTO, *Il rapporto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2008, 1 ss.; ID., *Il diritto amministrativo del tempo postmoderno – Dal rapporto all'organizzazione e dall'organizzazione al rapporto: la sfida della globalizzazione*, in *Giur. it.*, 2017, 2766 ss.

¹⁴⁴ Qui occorre certamente richiamare lo studio di F. BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario*, in AA. VV., *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, Cedam, 1975, 807 ss.

motivi che, come chiarisce l'ultimo periodo dell'art. 10-*bis*, non possono consistere in “*inadempienze o ritardi attribuibili all'amministrazione*”, consente al cittadino di conoscere preliminarmente le ragioni che indirizzano la determinazione dell'Amministrazione in senso negativo, con la possibilità di poter interagire con la stessa tramite la presentazione di osservazioni che spostino il “verso” della scelta amministrativa o quanto meno aiutino ad adottare la migliore tra quelle in astratto possibili¹⁴⁵.

In questo modo la partecipazione procedimentale non rimane meramente passiva, a scopo difensivo, ma diviene uno strumento di ausilio dell'azione amministrativa.

La scelta spetta sempre all'Amministrazione, che esercita un potere per il perseguimento dell'interesse della collettività, ma la sua attività, come oggi esplicitato dalla novella introdotta all'art. 1 della legge n. 241/1990, è improntata a canoni di collaborazione con il privato.

Non si può perciò omettere di notare, favorevolmente, come si stia modificando il modo di concepire la partecipazione procedimentale affinché, secondo quanto auspicava illustre dottrina, l'amministrato non sia più solamente tale come avveniva nell'*ancien regime* ma sia un “nuovo cittadino”¹⁴⁶.

Occorre ora chiedersi se il d.l. semplificazioni del 2020 abbia inciso in modo positivo sulla disciplina del preavviso di rigetto.

La risposta è affermativa perché il legislatore ha esplicitato alcuni aspetti, concernenti la motivazione del provvedimento finale e la riadozione del provvedimento di diniego a seguito di un giudicato di annullamento, e modificato altri a garanzia del cittadino, come nel caso del termine che, a seguito della comunicazione dei motivi ostativi, non è più interrotto ma solo sospeso.

Si tenga conto, però, che molte di queste esplicitazioni trovavano già spazio nell'applicazione concreta dell'istituto grazie all'interpretazione ermeneutica della giurisprudenza amministrativa.

La chiarezza del disposto normativo è fondamentale ma l'applicazione nella realtà di questo istituto, come altri, dimostra che non si può prescindere dal ruolo di garanzia che il giudice amministrativo svolge nel rapporto tra Amministrazione e cittadini¹⁴⁷.

¹⁴⁵ F. TRIMARCHI BANFI, *L'istruttoria procedimentale dopo l'art.10-bis della legge sul procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2011, 353 ss. evidenzia come la condotta del destinatario, che non replicasse prospettando fatti rilevanti per la decisione dei quali egli è a conoscenza e che contraddicono quelli che l'Amministrazione ha posto alla base delle sue conclusioni, potrebbe realizzare “*il concorso di colpa che, secondo l'art. 1227 c.c. comporta la corrispondente riduzione del danno risarcibile. Questa conclusione trova oggi sostegno nell'art. 30, c. 5 del codice del processo amministrativo che, pur non menzionando l'art. 1227, esclude il risarcimento dei danni “che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza*”.

¹⁴⁶ Il richiamo non può che essere a F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino*, Venezia, Marsilio, 1994.

¹⁴⁷ Sul ruolo attuale del giudice amministrativo cfr. C.E. GALLO, *Attualità del giudice amministrativo*, in *Giustiziasieme*, 15 giugno 2021; v. altresì A. TRAVI, *Il giudice amministrativo come risorsa!*, in *Questione Giustizia*, n. 1/2021; nonché sul ruolo di interpretazione del giudice amministrativo rispetto all'attività del legislatore v. G. NAPOLITANO, *Giustizia amministrativa e logica del diritto amministrativo (anche alla luce della pandemia)*, *ivi*.