

## Nuovi approdi della partecipazione procedimentale nel prisma del novellato preavviso di rigetto

Mario R. Spasiano

SOMMARIO: 1. Il preavviso di rigetto e il problema della sanatoria dei vizi procedimentali. – 2. Il significato polimorfo della partecipazione e la sua erezione a fonte di legittimazione del potere. La persistente tendenza alla tutela meramente formale del destinatario dell'azione amministrativa. – 3. La comunicazione di avvio del procedimento e il preavviso di rigetto alla luce della recente riforma degli artt. 10-*bis* e 21-*octies* della l. 241 del 1990: le ragioni di un regime differenziato. – 4. Il contributo della sentenza del TAR Campania, Napoli, Terza Sezione, 16 novembre 2020, n. 5262. – 5. Le ragioni della ampia condivisione del pronunciato e la prospettazione di taluni rilievi critici. – 6. La collaborazione e la buona fede, nuovi canoni dell'azione amministrativa.

### 1. *Il preavviso di rigetto e il problema della sanatoria dei vizi procedimentali*

Tra gli effetti maggiormente rilevanti introdotti dall'entrata in vigore del d.l. 76/2020 (c.d. decreto semplificazioni), convertito con l. 120/2020, vi è l'integrazione della disciplina della comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza, altresì denominata preavviso di rigetto. Come noto, l'art. 12, comma 1, lett. i) del d.l. 76/2020 ha disposto che la sanatoria di cui all'art. 21-*octies*, comma 2, della l. 241/1990 non si applica al preavviso di rigetto. L'innovazione ha inoltre sancito, mediante la novella dell'art. 10-*bis* della stessa l. 241/1990<sup>1</sup>, l'obbligo, da parte dell'amministrazione procedente, di indicare gli specifici motivi ostativi all'accoglimento delle doglianze rappresentate dagli interessati nelle osservazioni prodotte a seguito di comunicazione del preavviso stesso.

---

<sup>1</sup> Sulla recente versione dell'art. 10-*bis*, F. Fracchia, P. Pantalone, *La fatica di semplificare: procedimenti a geometria variabile, amministrazione difensiva, contratti pubblici ed esigenze di collaborazione del privato "responsabilizzato"*, in *Federalismi.it*, 2020, 36, 40.

Ad una superficiale lettura potrebbe apparire singolare che nell'ambito di una disciplina dedicata alla semplificazione amministrativa si rinvenissero disposizioni la cui applicazione comporti un sostanziale aggravamento degli oneri amministrativi a carico dell'amministrazione, ma così in realtà non è. Appare, infatti, opportuno, al riguardo partire da una premessa: semplificare, dal latino *sine plica facere*, rendere senza piega, significa appunto appianare; nel caso di specie, rendere di semplice svolgimento un meccanismo giuridico quale il procedimento amministrativo.

Nonostante la premessa etimologica, è noto che la politica legislativa in tema di semplificazione amministrativa praticata da pressoché tutti i governi in carica a partire dagli anni '90 del secolo scorso, ha indotto a ritenere che il processo di semplificazione dovesse fondarsi sul taglio delle fasi procedurali o quanto meno sul compattamento dei relativi tempi di realizzazione<sup>2</sup>, fino a pervenire, sempre per assunte esigenze di celerità, alla sostanziale legittimazione dell'inazione dell'amministrazione o mediante la sostituzione di silenzi significativi, per lo più di assenso (art. 20 della l. 241/1990), a provvedimenti espressi, oppure mediante la legittimazione dell'autocertificazione nelle sue diverse forme di manifestazione<sup>3</sup>.

Si può quindi affermare che, in linea di massima, secondo il legislatore italiano semplificare l'azione dei pubblici poteri, dal punto di vista giuridico-amministrativo, consti sovente nell'adottare disposizioni normative atte a sollevare l'amministrazione dall'assolvimento dei propri oneri, dei fondamentali compiti posti alla radice della stessa istituzione di quest'ultima, e tutto ciò non a seguito della liberalizzazione di ambiti di attività, bensì con processi di trasposizione di responsabilità e l'addebito di questa a carico di nuovi centri di imputazione, per lo più coincidenti con i soggetti interessati alla determinazione finale.

Se a tale fenomeno si aggiunge la facoltà dell'amministrazione di esercitare successivi interventi in autotutela, nonostante le mitigazioni a carattere non solo

<sup>2</sup> Sul tema, F. Fracchia, P. Pantalone, *op. ult. cit.*, 33 ss.

<sup>3</sup> M. Occhiena, *Il coraggio di semplificare*, in *Il Diritto dell'econ.*, editoriale 2/2020, rileva criticamente «Così come in pressoché tutti gli interventi di semplificazione amministrativa, cui forse fanno eccezione proprio quelli degli anni 1997-1998 [...], anche nella legge 120/2020 il legislatore ha utilizzato la tecnica delle modifiche puntuali e minuziose di previgenti disposizioni, al più innestando all'interno di più ampi testi normativi articoli o commi in aggiunta a quelli preesistenti. Certo, il carattere episodico ed estemporaneo deriva, nel caso di specie, dal periodo emergenziale cagionato dal virus della SARS-Cov-2, così come d'altronde il Governo ha esplicitato nel preambolo stesso del decreto-legge 76/2020 [...]. Cionondimeno, sembra indubbio che la complessità dei procedimenti amministrativi e, dunque, dei rapporti tra cittadini ed enti pubblici non possa più essere affrontata in modo sporadico e frammentato, richiedendo una più ampia e meditata riforma che, soprattutto, sia animata da una visione d'insieme e da una finalità ben precisa. [...] È talmente necessario porre finalmente mano a una rimeditazione del ruolo dell'amministrazione nel nostro ordinamento, è così improcrastinabile disciplinare diversamente il rapporto autorità-libertà specialmente in relazione all'esercizio delle attività economico-produttive che non può che auspicarsi il definitivo superamento della logica del "taglia e cuci" legislativo. Inserire di tanto in tanto modifiche a leggi e norme vigenti non solo non semplifica, ma anzi complica e rallenta».

temporale introdotte da recenti interventi normativi e sostenuti dalla giurisprudenza, è fin troppo facile rilevare che il cittadino o comunque i soggetti interessati a fronte della richiesta di semplificazione finiscano invece per essere abbandonati nella incertezza delle proprie sorti, con conseguente effetto-freno sulla macchina burocratica quale frutto di siffatta e tanta semplificazione.

Sono sotto gli occhi di tutti i deludenti risultati sinora conseguiti dal legislatore al riguardo. La ragione di ciò, come si è fatto cenno, prima ancora che pratica, è metodologica: ridurre gli interventi al taglio degli *iter* procedimentali non determina necessariamente il conseguimento del risultato auspicato; al contrario, l'operazione di riduzione di fasi e compressione di tempi, si traduce talora in maggiori difficoltà realizzative delle attività, o persino nella materiale impossibilità di dar luogo alle stesse se non mediante assunzione di enormi responsabilità a carattere penale o erariale<sup>4</sup>, da cui la forte tentazione all'inazione dell'amministrazione, e magari alla sollecitazione degli interessati, proveniente da parte della stessa amministrazione, a perseguire la via giurisdizionale affinché sia un giudice, non l'incerto funzionario, ad indicare la corretta soluzione così evitando che una qualsiasi responsabilità possa ricadere in capo al soggetto pubblico agente.

Nella prospettiva enunciata, la riduzione dell'*iter* dell'attività amministrativa, il compattamento (eccessivo) dei suoi tempi attuativi e la sostituzione del provvedimento con surrogati o alternative finiscono col produrre confusione, incertezza, timori e persino profonda indecisione nell'operare investimenti finanziari da parte degli imprenditori: insomma, un contesto di profonda insoddisfazione per le aspettative dei cittadini e più in generale dall'utenza.

Consapevole della condizione si perviene al paradosso: il legislatore, per limitare gli effetti perversi della c.d. semplificazione, ovvero dell'applicazione di silenzi significativi<sup>5</sup> o di sostituzione provvedimentale mediante autocertificazione<sup>6</sup>, vara disposizioni normative che legittimano il rilascio di provvedimenti ordinari in alternativa ai c.d. percorsi semplificati.

Ad ogni buon conto, tra le novità introdotte dal Governo con il d.l. 76/2020, la nuova disciplina della comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza di provvedimento e quindi dell'assenza (o della inconsistenza)

---

<sup>4</sup> Sul tema della nuova responsabilità erariale, da ultimo, cfr. M. R. Spasiano, *Riflessioni in tema di nuova (ir)responsabilità erariale e la strada della tipizzazione della colpa grave nella responsabilità erariale dei pubblici funzionari*, in corso di stampa in *Dir. proc. amm.*, 2021.

<sup>5</sup> Le criticità applicative del silenzio-assenso sono state rilevate dalla dottrina: al riguardo, cfr. A. Travi, *Silenzio-assenso ed esercizio della funzione amministrativa*, Padova, 1985, *passim*; B. Tonoletti, *Silenzio della pubblica amministrazione* (voce), in *Dig. disc. pubbl.*, 1995, XIV, 156 ss.; V. Parisio, *I silenzi della pubblica amministrazione. La rinuncia della garanzia all'atto scritto*, Milano, 1996, 150. Di recente, M. Calabrò, *Silenzio assenso e dovere di provvedere: le perduranti incertezze di una (apparente) semplificazione*, in *Federalismi.it*, 2020, 10, 1 ss.

<sup>6</sup> In senso molto critico nei confronti del ricorso del legislatore alla autocertificazione, M.A. Sandulli, in *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2020, cap. VIII.

delle motivazioni relative alle osservazioni prodotte dalla parte interessata, merita di certo apprezzamento, tanto più a fronte di una giurisprudenza che si è mostrata a volte un po' "disinvolta" e restrittiva in ordine ad una lettura di tipo sostanziale delle garanzie previste dalle disposizioni in materia di partecipazione<sup>7</sup>.

Di certo, vanno segnalati interventi giurisprudenziali di segno opposto, tentativi apprezzabili di sintesi del quadro normativo nel quale è evidente lo sforzo di fissare opportune coordinate ermeneutiche di (necessario) riferimento. In questa prospettiva, si colloca la recente sentenza della Corte di Cassazione<sup>8</sup>, comunque precedente alla riforma introdotta dal d.l. 76/2020, con la quale la S.C. ha statuito che: «A norma dell'art. 21-*octies* della legge 241 del 1990, l'annullabilità di un provvedimento amministrativo adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti è esclusa qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato, allorché non soltanto la scelta dell'emana-zione o meno dell'atto, ma anche il suo contenuto siano rigidamente predisposti da una norma o da altro provvedimento sovraordinato, sicché all'amministrazione non residui alcuna facoltà di scelta tra determinazioni diverse. Il principio è applicabile anche nel caso di mancata comunicazione del preavviso di rigetto dell'istanza, in violazione dell'art. 10-*bis* della legge del 1990, che dispone che prima della formale adozione di un provvedimento negativo l'amministrazione comunichi all'istante i motivi che ostano all'accoglimento della domanda».

L'orientamento espresso dalla Cassazione, fondato su una lettura nient'af-fatto superficiale della disposizione di cui all'art. 21-*octies*, comma 2, della l. 241/1990 (introdotta dall'art. 14, comma 1, della l. 15/2005), ha il pregio di penetrare gli ambiti specifici di valutazione dell'amministrazione, impegnando-la non solo a porre attenzione al profilo della natura dell'attività svolta (vincolata o meno) sotto il duplice profilo del "se" e del "come", ma a compiere uno sforzo

<sup>7</sup> Al riguardo, si rinvia all'interessante studio di M. Allena, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012, 262, rileva al riguardo che «la giurisprudenza amministrativa [...] soprattutto ricorrendo a un'interpretazione estensiva, per non dire a tratti disinvolta, dell'art. 21-*octies* della l. n. 241 del 1990, ha in molti casi considerato tale norma alla stregua di un inutile formalismo la cui violazione solo raramente potrebbe invalidare un provvedimento amministrativo di diniego: in questo modo, l'art. 10-*bis* [...] è stato del tutto svuotato del suo significato garantistico». La posizione non pare del tutto condivisibile o quantomeno andrebbe ridimensionata nella sua portata, attesa l'ampiezza e diversificazione delle posizioni emergenti al riguardo nel panorama giurisprudenziale peraltro opportunamente segnalate dalla stessa Autrice. Cfr. Cons. di Stato, Sez. IV, 13 febbraio 2020, n. 1144 ove affermava: «La mancata comunicazione del preavviso di rigetto non comporta l'automatica illegittimità del provvedimento finale in quanto la previsione di cui all'art. 10-*bis*, l. 241/1990, deve essere interpretata alla luce del successivo art. 21-*octies*, comma 2, il quale, nell'imporre al giudice di valutare il contenuto sostanziale del provvedimento e di non annullare l'atto nel caso in cui le violazioni formali non abbiano inciso sulla legittimità sostanziale del medesimo, renda irrilevante la violazione delle disposizioni sul procedimento o sulla forma dell'atto quando il contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato».

<sup>8</sup> Corte di Cassazione, I Sez. Civ., 10 giugno 2020, n. 11083.

ulteriore, quello di accertare, oltre ogni ragionevole dubbio, la sua impossibilità ad addivenire comunque ad una diversa determinazione, ad un differente provvedimento, nel cui caso, evidentemente, la sanatoria del provvedimento finale non potrà aver luogo. Molto interessante: non solo la natura (astratta) dell'attività è oggetto di considerazione, bensì la (concreta) possibilità di individuare soluzioni alternative al provvedimento comunque adottato.

Anche il giudice amministrativo, in epoca altrettanto recente ma anch'essa precedente alla riforma del d.l. 76/2020, ha provato a ricondurre a sistema il proprio orientamento al riguardo, riconoscendo l'esigenza di raccordare l'inquadramento dell'istituto della comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento o anche delle ragioni contrarie alle osservazioni eventualmente presentate dalla parte interessata, nell'ambito della più ampia ma imprescindibile cornice della sanatoria provvedimentale di cui all'art. 21-*octies* cit.

A questa prospettiva va senz'altro ascritta la sentenza della Sesta Sezione del Consiglio di Stato n. 1001/2020<sup>9</sup>, di certo non originale per le singole motivazioni sulle quali poggia, ma in grado di offrire una complessiva interessante lettura sistematica dell'istituto in questione, nei seguenti termini: «l'art. 10-*bis* (n.d.r. della l. 241/1990) ha la funzione di assicurare una effettiva partecipazione dell'istante all'esercizio del potere amministrativo, sollecitando un contraddittorio procedimentale in funzione collaborativa e difensiva. In tal 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'Amministrazione. L'applicazione dell'art. 10-*bis* cit. permette, dunque, all'organo procedente di esaminare anticipatamente le deduzioni svolte dall'istante, al fine di pervenire ad una motivata decisione idonea a statuire su tutti i profili controversi influenti sulla regolazione del rapporto amministrativo. Tuttavia, tale disciplina deve essere coordinata con le previsioni di cui all'art. 21-*octies*, comma 2, L. n. 241 del 1990, dovendosi accogliere un'interpretazione funzionale delle disposizioni in tema di partecipazione procedimentale, al fine di evitare l'annullamento di provvedimenti che benché assunti in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti, presentino comunque un contenuto dispositivo che non avrebbe comunque potuto essere diverso da quello in concreto adottato»<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 10 febbraio 2020, n. 1001.

<sup>10</sup> In termini, TAR Campania, Napoli, Sez. VI, 1° giugno 2020, n. 2093, secondo la quale «L'introduzione nell'ordinamento, con l. 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

La statuizione sposta in questo caso il fulcro dell'attenzione in ordine al preavviso di rigetto, dal piano evocativo della centralità delle forme partecipative, a quello della verifica della sua sostanziale applicazione in funzione della effettività delle garanzie prestate alla realizzazione del contraddittorio procedimentale nella acclarata duplice prospettiva collaborativa e difensiva che lo connota. Un approccio ermeneutico non ispirato al rispetto formale dell'apparato normativo vigente, come pure in altre occasioni accaduto nella giurisprudenza, bensì di tipo pragmatico e utilitaristico, atto ad enfatizzare la portata e le potenzialità applicative del preavviso di rigetto in termini di reale tutela del destinatario del provvedimento nell'ambito del procedimento amministrativo.

## 2. *Il significato polimorfo della partecipazione e la sua erezione a fonte di legittimazione del potere. La persistente tendenza alla tutela meramente formale del destinatario dell'azione amministrativa*

Una parte della dottrina<sup>11</sup> e della giurisprudenza del giudice amministrativo mostrano evidente sensibilità nel riconoscere legittimazione a forme partecipative sempre più vaste e allargate, persino non (più) condizionate dalla individuazione di uno specifico interesse personale. D'altronde la linea evolutiva dell'ordinamento è chiara: l'accesso civico e soprattutto l'accesso civico generalizzato prefigurano ormai scenari di controllo dell'azione dei pubblici poteri da parte dei cittadini, in forma individuale o associata, nella cornice di un principio di trasparenza assunto a elemento cardine dell'intero sistema amministrativo<sup>12</sup>.

---

all'interessato, mirata a rendere possibile il confronto con l'amministrazione sulle ragioni da essa ritenute ostative all'accogliendo della sua istanza, ancor prima della decisione finale. L'istituto del c.d. preavviso di rigetto ha così lo scopo di far conoscere alle Amministrazioni, in contraddittorio rispetto alle motivazioni da esse assunte in base agli esiti dell'istruttoria espletata, quelle ragioni, fattuali e giuridiche, dell'interessato, che potrebbero contribuire a far assumere agli organi competenti una diversa determinazione finale, derivante, appunto, dalla ponderazione di tutti gli interessi in campo e determinando una possibile riduzione del contenzioso tra le parti».

Il Consiglio di Stato, con la sentenza 12 febbraio 2020, n. 1081, proprio alla luce dell'art. 21-*octies* della l. 241/1990, puntualizza che «l'art. 10-*bis* della l. 241 del 1990 al pari delle altre norme in materia di partecipazione procedimentale va interpretato 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 la pubblica amministrazione».

Un interessante, ulteriore punto di vista è offerto dalla sentenza del TAR Lazio, Roma, Sez. I, 11 febbraio 2020, n. 1805 secondo la quale «La garanzia procedimentale di cui all'art. 10-*bis* della l. 241 del 1990 è rivolta ad assicurare un effettivo e proficuo apporto collaborativo del privato al procedimento e la sua violazione assume rilievo ogni qual volta la mancata partecipazione abbia impedito al medesimo di apportare utili elementi di valutazione da sottoporre all'amministrazione interessata».

<sup>11</sup> La bibliografia al riguardo è davvero sterminata. Da ultimo, si rinvia al volume curato da M.A. Sandulli, *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2020, cap. VIII, con ampi richiami e riferimenti bibliografici. Inoltre, F. Liguori, *Le incertezze degli strumenti di semplificazione, Lo strano caso della d.i.a. - s.c.i.a.*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 1223 ss.

<sup>12</sup> Sul punto, si rinvia alle argomentazioni espresse da Cons. Stato, Ad. Plen., 4 aprile 2020, n. 10.

Non sta al presente lavoro affrontare il tema richiamato (sul quale pure vi sarebbe molto da riflettere in senso critico<sup>13</sup>), ma appare evidente come si sia creato un diffuso clima a sostegno di quella che potrebbe ormai definirsi una vera e propria “mistica della partecipazione”, che probabilmente va oltre anche le più auspicabili potenzialità del fenomeno partecipativo, in un contesto di permanente incertezza del bilanciamento tra esigenze di trasparenza e di riservatezza, nonostante il quadro di riferimento dei principi euro-unitari induca al massimo ampliamento possibile della sfera di conoscibilità dell’azione amministrativa anche in assenza di interessi di natura personale e differenziata.

Va peraltro notato che la sensibilità al fenomeno partecipativo è cresciuta non solo in termini quantitativi (tutti sono legittimati a partecipare), bensì, almeno sul piano teorico, anche qualitativi, sospinta dalla crescente acquisizione della consapevolezza dell’importanza della partecipazione in termini di opportunità per l’amministrazione procedente di entrare in possesso del maggior numero di elementi utili al migliore esercizio della sua azione: la partecipazione del privato o comunque del destinatario o anche del terzo sarebbe insomma (anche) condizione necessaria per una più ampia istruttoria amministrativa cui consegua l’assunzione di determinazioni pienamente consapevoli di tutti gli interessi coinvolti.

Eppure, anche questa ultima prospettiva, che, laddove effettivamente perseguita, potrebbe già costituire di per sé una notevole conquista anche sotto il profilo giuridico-culturale, ad un attento esame non tarda a disvelarsi ancora parziale, inappagante sotto il profilo teorico.

Con essa, infatti, si continua ad osservare il fenomeno partecipativo ampiamente polimorfo nell’ordinamento e nella realtà amministrativa, secondo un’ottica limitata alla correlazione partecipazione-contenuto del provvedimento finale, prescindendo da qualsiasi ulteriore considerazione che investa quel potere pubblico che pure si colloca a monte di qualsiasi vicenda amministrativa. Il fenomeno partecipativo, insomma, pare affrontato solo in vista della misura che sarà concretamente adottata dall’amministrazione, come se il risultato finale del procedimento ne fosse l’unica lente di valutazione.

Siffatta impostazione, legittima e decisamente persino auspicabile, pare tuttavia esprimere ancora una parte di verità dal momento che la partecipazione è anche altro, è molto di più alla luce dei fenomeni evolutivi in atto nell’ordinamento ma, ancor prima, nella società in cui viviamo.

---

<sup>13</sup> Sul punto, cfr. da ultimo E. Concilio, *Accesso civico generalizzato e discipline di settore*, in corso di stampa in *Riv. Nuove Auton.* 2021, che pone in rilievo l’esigenza di una riforma del testo normativo dell’art. 5-bis, d. lgs. n. 33 del 2013, anche a seguito della sentenza dell’Ad. Plen. del Consiglio di Stato n. 10/ 2020 cit.

Non pare possa essere trascurato che la partecipazione assurge ormai, innanzitutto, a fonte di legittimazione dell'esercizio del potere amministrativo<sup>14</sup>, e la corretta applicazione delle relative prescrizioni normative passa attraverso il rispetto, in termini di tutela effettiva, delle garanzie cui essa è preposta, condizione indispensabile per la legittimità dell'azione amministrativa. Le ragioni di ciò appaiono evidenti.

Come noto, per ragioni storiche, giuridiche, istituzionali e di altra natura, il dato legislativo, individualmente considerato, da tempo non è (più) in grado di esprimere la realtà di riferimento nella sua interezza, nel senso di indicare, ricomprendere e coniugare tutti gli interessi (pubblici e privati) coinvolti dall'esercizio del potere pubblico<sup>15</sup>. La legge si rivela inadeguata a cogliere ed esprimere, ordinandola, l'intera massa di interessi sui quali l'azione amministrativa è chiamata ad incidere: contesti tra loro molto differenziati, individuabili nel tessuto socio-economico sottostante, reclamano specifica, autonoma considerazione.

Per questa ragione, a partire dagli anni '90 del secolo scorso, invero con ritardo rispetto ad altri Paesi europei<sup>16</sup>, sono state emanate norme che non si occupano di regolamentare specifici ambiti o settori della vita amministrativa, ma invece si limitano a disciplinare veri e propri modelli metodologici operativi, *modus operandi* dell'esercizio dei poteri: procedimenti, accordi, contratti d'area, ecc.

Tali fonti normative, *in primis* naturalmente la l. 241/1990 ma non solo, nel disporre i moduli conformativi riguardanti sia gli interessi normativamente individuati sia quelli che emergano a seguito della tenuta del procedimento previsto, assegnano all'amministrazione un ruolo che, lungi dal collocarla in una condizione di esecutrice del dettato legislativo (come sarebbe proprio di un potere esecutivo esercitato nell'ambito di uno stato di diritto ove la norma ricomprenda la disciplina e la misura di tutti gli interessi ritenuti rilevanti e le modalità di esercizio del potere pubblico), la rendono invece artefice "obbligata" dell'opera di individuazione e di valutazione comparata fra gli stessi, soggetto preposto anche alla misurazione del relativo riconoscimento con la fissazione dei rispettivi ambiti di tutela e di garanzia: in tale prospettiva, la pubblica amministrazione partecipa a pieno titolo alla "creazione" dell'interesse pubblico specifico<sup>17</sup> che

<sup>14</sup> M.R. Spasiano, *La partecipazione al procedimento amministrativo quale fonte di legittimazione dell'esercizio del potere: un'ipotesi ricostruttiva*, in *Dir. amm.*, 2002, 2, 283 ss.

<sup>15</sup> F. Patroni-Griffi, *Relazione di presentazione del volume Nuovi percorsi del diritto amministrativo* (a cura di L. Giani, M. Immordino e F. Manganaro, Palermo, 2019), nel corso del *webinar* tenutosi nel dicembre 2020, i cui atti sono in corso di stampa.

<sup>16</sup> D.U. Galetta (a cura di), *La legge tedesca sul procedimento amministrativo-Verwaltungs verfahrens-gesetz*, Milano, 2002; S. Cassese, *La disciplina legislativa del procedimento amministrativo. Una analisi comparata*, in *Foro It.*, 1993, 27 ss.

<sup>17</sup> Sulla funzione "creativa" dell'interesse pubblico si rinvia al bello scritto di G. Romeo, *Il cittadino e il giudice amministrativo di fronte al procedimento*, in *Dir. proc. amm.* 1993, 112 ss.

non costituisce il frutto di una neutra applicazione esecutrice di un testo legislativo (oggi magari facilmente sostituibile anche da un algoritmo<sup>18</sup>), sostanzandosi, piuttosto, nell'opera di conformazione e cristallizzazione di un interesse pubblico specifico costituito dalla somma algebrica della considerazione di tutti gli interessi, sia pubblici che privati, espressi in sede procedimentale<sup>19</sup>.

Un'operazione prodromica alla definizione di quella che costituirà la definitiva "regola del caso"<sup>20</sup>, vincolante per tutti i soggetti coinvolti, persino per la stessa amministrazione agente<sup>21</sup>.

Per queste ragioni la partecipazione è fonte di legittimazione del potere, ragion per cui la violazione delle sue norme o anche l'assolvimento solo formale dei suoi precetti finiscono col tradursi, comunque, in altrettante ipotesi di illegit-

---

<sup>18</sup> Al riguardo, si rinvia al recente volume di R. Cavallo Perin e D.U. Galetta, *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Torino, 2020. Per l'evoluzione dell'orientamento giurisprudenziale del Consiglio di Stato in materia: Cons. Stato, Sez. III, 10 settembre 2018 da n. 9224 a n. 9229 che negano che l'algoritmo sia vero e proprio strumento di attività amministrativa; Cons. Stato, Sez. VI 8 aprile 2019, n. 2270, che definisce l'algoritmo un atto amministrativo informatico; Cons. Stato, Sez. VI, 13 dicembre 2019, nn. 8472 e 8474, che affermano che l'algoritmo è uno strumento procedimentale istruttorio all'interno del procedimento amministrativo anche per scelte a natura discrezionale. Cfr, infine, Cons. Stato, Sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 881.

<sup>19</sup> Osservava al riguardo G. Sala, nell'opera *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Milano, 1993, 313 ss., che «La funzione del procedimento è non solo quella della realizzazione in concreto di un interesse già normativamente definito come pubblico, fattispecie sempre più rara, ma anche, e forse il più delle volte, della individuazione, caso per caso, del concreto interesse che, come sintesi o compensazione di diversi interessi, tutti normativamente rilevanti, si ritiene debba trovare nell'azione del potere pubblico, e quindi nella forza dei suoi atti, lo strumento della sua realizzazione».

<sup>20</sup> Sulla "creazione" dell'interesse pubblico da parte dell'amministrazione non più soggetto esecutivo del dettato legislativo, sia consentito il rinvio a M.R. Spasiano, *Interessi pubblici e soggettività emergenti*, Napoli, 1996, con ampi richiami bibliografici in particolare nel cap. I, intitolato *Interessi pubblici: profili evolutivi*; il tema veniva in seguito ripreso nel saggio dello stesso A., *Spunti di riflessione in ordine al rapporto tra organizzazione pubblica e principio di legalità: la "regola del caso"*, in *Dir. amm.* 2000, 131 ss.

Sul carattere generale della nozione di interesse pubblico e sulla sua poliedricità di significati la bibliografia è amplissima. Si rinvia in modo particolare tra i "classici" a S. Pugliatti, voce *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Enc. del Dir.*, XII, Milano, 1964, 741; F. Levi, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967, 301 ss. e 314; M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, I vol., Milano, 1970, 108 e, dello stesso A., *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950, 79 ss., ove l'illustre studioso già evidenziava l'eterogeneità degli interessi pubblici; E. Cannada-Bartoli, voce *Interesse (dir. amm.)*, in *Enc. del Dir.*, XII, Milano 1972, 1 ss.; A. Pizzorusso, *Interesse pubblico e interessi pubblici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, 68 ss.; M. Nigro, *Formazioni sociali, poteri privati e libertà del terzo*, in *Scritti in onore di C. Mortati*, III, Milano, 1977, 873; G. Corso, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1981, 757; C. Marzuoli, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982, 28 ss.; A. Romano Tassone, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987, 134 ss.; S. Cassese, *Fortuna e decadenza della nozione di Stato*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, Milano, 1988, I, 101 ss.; L. Iannotta, *Motivi di ricorso e tipologia degli interessi nel processo amministrativo*, Napoli, 1989, 120 ss.; S. Cognetti, *Normative sul procedimento, regole di garanzia ed efficienza*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1990, 105 ss.; F.G. Scoca, *Prime riflessioni sulla legge sul procedimento*, in *Rass. Avv. Stato*, 1990, 150; G. Vilella, *Situazione legittimante e organizzazione degli interessi*, Bologna, 1991, 31; G. Berti, *Amministrazione e Costituzione*, in *Dir. Amm.* 1993, 468; F. Merusi, *Il coordinamento e la collaborazione degli interessi pubblici e privati dopo le recenti riforme*, in *Dir. amm.*, 1993, 24; F. Pellizer, *Interessi pubblici e situazioni soggettive nella disciplina della concorrenziale del mercato*, Trento, 1993, 51.

<sup>21</sup> Sul tema dell'auto-vincolo per la p.a. derivante dalle norme che la stessa pone a monte dell'esercizio della sua azione si rinvia alla recente sentenza del Cons. Stato, Sez. V, 11 gennaio 2021, n. 330.

timità dell'uso del potere dal momento che è stata impedita l'acquisizione della necessaria massa critica di interessi solo in considerazione della quale è dato legittimamente disporre, per un'amministrazione.

Senza il corretto uso degli strumenti partecipativi volto a far emergere, sul piano della effettività del riconoscimento e della predisposizione delle eventuali successive garanzie, tutti gli interessi coinvolti nell'azione amministrativa al fine di sottoporli ad una ponderazione comparativa, la p.a. permane monca, priva cioè di una piena legittimazione ad agire; essa, in quel caso, non sarà ancora investita di (tutto) il potere necessario dal momento che la norma attributiva della competenza è (ormai) norma aperta, necessitando, la sua corretta applicazione, di un corredo integrativo che può provenire solo dal compiuto utilizzo dello strumento procedimentale e dall'applicazione degli istituti in esso contemplati mediante il rispetto sostanziale delle garanzie dagli stessi predisposte.

Il fenomeno evolutivo dell'amministrazione in atto è davvero complesso, come del pari complessa è la realtà sulla quale l'amministrazione è chiamata ad operare. E di tanto risulta pienamente conscio anche il potere giudiziario amministrativo che si adegua se è vero, come è dato facilmente riscontrare, che esso opera mediante nuovi parametri di sindacato, parametri che prescindono dalla applicazione di specifiche disposizioni di legge, facendo piuttosto riferimento a principi (dell'ordinamento italiano ed europeo): ciò accade perché la composta e realtà sottoposta al suo vaglio non risulta più misurabile in funzione della violazione di regole minuziose provenienti da innumerevoli fonti del diritto, magari in contrasto tra loro, ma reclama di essere sindacata alla luce di principi-guida, persino valori dell'ordinamento, che le consentano di essere ricondotta in schemi ermeneutici coerenti. E in qualunque di questi possibili schemi, il rispetto del contraddittorio sin dalla fase procedimentale, è cardine irrinunciabile.

Sotto altro profilo, il giudice amministrativo è altresì chiamato in misura crescente ad intervenire nella soluzione di conflitti tra interessi solo pubblici<sup>22</sup> a fronte dei quali è tenuto, ancora una volta, ad adoperare in molte circostanze non alla luce del dettato di specifiche disposizioni normative, ma di principi di equità, di ragionevolezza, di adeguatezza, di logicità<sup>23</sup>.

Questo articolato scenario, peraltro, si cala in un contesto ove, anche sulla spinta dell'ordinamento europeo, non può risultare formale il (sinora timido)

<sup>22</sup> Sul conflitto tra interessi pubblici innanzi al giudice amministrativo, G. Coraggio, *Relazione di insediamento quale Presidente del Consiglio di Stato*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 20 aprile 2012; M.R. Spasiano, *Il conflitto giurisdizionale fra interessi pubblici nel prisma del sindacato dell'eccesso di potere*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 209 ss.

<sup>23</sup> Le recenti vicende legate alla pandemia e agli interventi di governo, regioni e sindaci hanno vieppiù accentuato il fenomeno. Un interessante lettura in F. Siciliano, *Icaro, Perseo e la Gorgone: dal diritto amministrativo dell'emergenza al modello di declinazione della paura da pandemia*, in *Dir. dell'econ.* 2020, 2, 37 ss.

ingresso, nel testo costituzionale, della sussidiarietà orizzontale (art. 118 Cost.), principio che implica, come noto, l'intervento del potere pubblico solo in via sostitutiva, in caso di inautonomia o inadeguatezza dell'iniziativa privata propria del tessuto sociale o del mercato: ulteriore, ma non secondaria ragione del fondamento del riconoscimento del ruolo della partecipazione quale fonte di legittimazione del potere.

Ma sotto diverso e complementare, profilo, la partecipazione è anche strumento insostituibile di difesa del cittadino. I più autorevoli studi in tema di interesse legittimo ne hanno ormai da tempo celebrato la natura sostanziale e gli strumenti partecipativi costituiscono la prima forma di tutela della posizione giuridica soggettiva in questione, tanto più nella prospettiva di un giudice di legittimità cui è vietato addentrarsi nelle scelte di merito dell'amministrazione<sup>24</sup>: non è dato, in questa sede, dilungarsi sul punto.

Si può di certo dunque affermare, alla luce delle riflessioni sin qui svolte, che un'amministrazione partecipata è in grado operare correttamente poiché consente alla p.a. di ampliare lo spettro delle conoscenze necessarie alla decisione. L'attuazione di tale prospettiva, tuttavia, presuppone una condizione necessaria, ossia la presenza di una p.a. sensibile al riguardo, propensa ad operare per l'effettiva realizzazione di tale modalità di esercizio, profondamente consapevole della utilità dello strumento.

Siffatta pregiudiziale impone allora il passaggio dalla considerazione dei profili strutturali e funzionali delle amministrazioni, a quella dei suoi soggetti agenti, al personale che opera presso le stesse, e qui il discorso si complica ulteriormente, persino scoraggia l'investigatore poiché è semplice rilevare come a fronte della presenza di risorse umane magari motivate, ma comunque numericamente (sempre più) inadeguate e persino prive degli strumenti necessari, si continui a versare in una situazione nella quale, pur in presenza dei profondi mutamenti (persino epocali) quantitativi e qualitativi che hanno riguardato l'esercizio dei poteri pubblici negli ultimi decenni, non risulti essere stata ad oggi realizzata alcuna qualificata azione formativa di rinnovamento, di aggiornamento professionale (di cui solo la pandemia in corso ci ha offerto occasione per una piena presa di coscienza). La cultura più diffusa nell'amministrazione centrale come in quelle locali, negli enti burocratici tradizionali come nelle più moderne autorità, continua prevalentemente a permanere quella di soggetti preposti all'esercizio di un potere sovraordinato, chiuso in sé stesso, tendenzialmente poco (o per nulla) incline ad essere sindacato. Peraltro, formalistici e devianti meccanismi di valutazione della

---

<sup>24</sup> F.G. Scoca, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017, *passim*. Di particolare modernità sul punto, anche in considerazione della data della pubblicazione, R. Marrama, *Rinuncia all'impugnazione ed acquiescenza al provvedimento amministrativo*, Napoli, 1977, 75 ss., spec. 93.

qualità delle prestazioni, fissazione di pseudo-obiettivi premiali solo fittiziamente legati al conseguimento di risultati, perdurante sottoposizione degli apparati burocratici a penetranti forme di ingerenza politica, confluenza di poteri di nomina e di revoca negli stessi organi sono sotto gli occhi di tutti, mentre le riforme dell'apparato pubblico sin qui prodotte, ridotte massimamente a tagli e compressioni dell'azione procedimentale, sgravio di responsabilità per i funzionari amministrativi, continuano a non incidere nell'ambito della contestuale organizzazione delle competenze, che perdura in una condizione di eccessiva quanto insana frammentazione con polverizzazione dei soggetti agenti, finendo così col produrre farraginosità dell'attività e incentivo alla produzione di fenomeni di paralisi.

Non stupisce allora che la partecipazione, nelle sue diverse forme e manifestazioni, sia prevalentemente percepita dall'amministrazione pubblica quale (insopportabile) limite all'esercizio dei suoi poteri, ostacolo all'adozione delle scelte, strumento (defatigante) di intromissione nella sua discrezionalità, offesa all'esercizio della tradizionale azione sostanzialmente unilaterale, in sintesi fattore ostativo all'azione.

Dal fronte opposto va di certo rimarcato che talora proprio la partecipazione sia strumentalizzata, utilizzata per il conseguimento di finalità deviate, contrarie all'interesse pubblico: è esperienza diffusa come non tutte le associazioni ambientaliste nascano per contribuire a "salvare il pianeta", ma talvolta solo per impedire la realizzazione di pur legittimi progetti di sviluppo di interesse generale; così come non tutti gli interventi procedimentali tutelano i nobili interessi da cui dichiarano di essere mossi, ma talora si traducono in subdole forme estorsive o ricattatorie, magari promosse dalla sempre più attrezzata criminalità organizzata: e per questa ragione occorre che la partecipazione, a partire dall'accesso generalizzato, siano normati con chiarezza di presupposti e inequivocità di limiti, onde evitare che presunte esigenze di conoscibilità dell'attività amministrativa anche da parte di chi non vanti un interesse personale e differenziato, celino in realtà *escamotage* per l'esercizio di ingerenze strumentali e dannose all'esercizio dell'azione amministrativa.

Ciò posto, il "rischio" della partecipazione va corso sia perché questa è – alla luce di quanto rilevato in precedenza – fonte di legittimazione del potere amministrativo, sia perché sulla sua tutela sostanziale si misura il grado di affidamento del cittadino nei confronti dell'ordinamento, del potere pubblico.

Eppure, il coacervo di norme sul quale la partecipazione poggia continua ad essere tenuto in una considerazione per lo più formalistica, con atteggiamento prevenuto nei confronti di disposizioni oggetto di aggiramento non appena se ne dia la possibilità mediante l'assolvimento solo apparente degli oneri normativamente imposti, con evidente intento elusivo delle finalità perseguite dall'ordi-

namento: condizioni tutte, queste, che di rado hanno costituito oggetto di ponderata considerazione, ma che, addirittura, in taluni casi hanno legittimato pronunce giurisprudenziali nelle quali l'ampia discrezionalità dell'amministrazione ha costituito giustificazione alla deroga di garanzie procedimentali<sup>25</sup>.

Di certo appare difficile disconoscere che la struttura partecipativa procedimentale quale concepita dal testo approvato della l. 241/1990 (ma non dal d.d.l. a suo tempo proposto dalla Commissione Nigro) ha indotto ad una applicazione poco coerente con le finalità perseguite. L'esclusione della possibilità che la partecipazione trovasse applicazione a monte dell'adozione degli atti generali, di pianificazione e di programmazione (laddove il confronto tra operatori pubblici e privati fra possibili scelte sarebbe potuto risultare decisamente più ricco e anche più vero, magari foriero di scelte condivise), il suo posizionamento a valle di determinazioni fondanti già assunte e per lo più ormai definite ha eliminato o comunque gravemente compromesso qualsiasi possibilità effettivamente collaborativa<sup>26</sup>.

D'altronde, riprova della solo relativa valenza della partecipazione procedimentale è offerta dalla facile constatazione che essa non di rado "non conviene" affatto al destinatario dell'azione pubblica; meglio sottrarsi al possibile "tranello", ossia alla possibilità non inverosimile che una collaborazione prestata in buona fede, consistente nella fornitura all'amministrazione procedente di elementi istruttori atti a dimostrare l'infondatezza o comunque l'illegittimità della sua azione, si traduca unicamente nella opportunità offerta alla stessa p.a., di utilizzare quei medesimi elementi non quali fattori di riconsiderazione anche della tutelabilità dell'interesse privato, bensì solo quali strumenti destinati ad "aggiustare il tiro", ossia esclusivamente finalizzati ad imporre al destinatario le conseguenze di quelle medesime scelte che, apparentemente rispettose del modello collaborativo, risulteranno ormai emendate dai vizi segnalati dal destinatario, impedendo così all'interessato anche il ricorso alla tutela giurisdizionale. Peraltro, in termini di efficacia partecipativa, basti chiedersi, a titolo esemplificativo, quanto essa sia in grado di incidere realmente in sede di predisposizione di piani urbanistici, laddove il progetto preliminare di piano sia già stato predisposto; così come anche quanto valga una partecipazione esercitata a valle della previsione di realizzazione di un'infrastruttura, che abbia magari già previsto l'individuazione dell'area con relativo piano di esproprio. O, ancora, a cosa serva la partecipazione in un procedimento volto alla realizzazione di una infrastruttura pubblica che si basi solo sull'acquisizione di elementi documentali di difficile lettura e comprensione piuttosto che su un modello simulato dell'intervento, in scala (pratica molto diffu-

---

<sup>25</sup> Si richiama al riguardo Cons. Stato, Sez. V, 23 gennaio 2008, n. 143.

<sup>26</sup> Sulla portata collaborativa della partecipazione procedimentale, cfr. M. Calabrò, *Potere amministrativo e partecipazione procedimentale. Il caso ambiente*, Napoli, 2004, *passim*.

sa in Francia), che consenta la immediata e agevole percezione della portata, dei vantaggi e dei possibili rischi connessi.

La logica dell'anticipata acquisizione in sede procedimentale di osservazioni (di natura collaborativa e difensiva) suscettibili di evidenziare eventuali profili di illegittimità delle ragioni ostative preannunciate dall'amministrazione può di certo costituire un utile contributo all'azione amministrativa, ma solo a patto che essa non abbia in realtà già definito propri obiettivi, modalità esplicative e portata dell'intervento, magari avendo già anche investito finanziariamente al riguardo.

Comunque, resta da rilevare che elemento necessario alla valutazione di un procedimento partecipato non può essere costituito solo dalla quantità e qualità degli elementi che il destinatario abbia posto a disposizione dell'amministrazione, quanto anche dalle concrete risposte che questa abbia fornito al riguardo: senza per questo voler scivolare nella logica dell'interminabile confronto dialettico<sup>27</sup>, pure opportunamente deprecato dalla giurisprudenza, va verificato l'avveramento di «un compiuto apprezzamento e una perspicua esplicazione dei presupposti fattuali e delle ragioni giuridiche che, in positivo hanno giustificato la preannunciata determinazione sfavorevole»<sup>28</sup>.

### 3. *La comunicazione di avvio del procedimento e il preavviso di rigetto alla luce della recente riforma degli artt. 10-bis e 21-octies della l. 241 del 1990: le ragioni di un regime differenziato*

Come rilevato, una delle maggiori preoccupazioni del legislatore negli ultimi anni è stata quella di individuare rimedi alla lentezza dell'azione dei pubblici poteri, consapevole dei danni ingenti che il fenomeno determina. Anche per questo motivo, la disciplina dell'art. 10-*bis* della l. 241/1990 è stata coordinata nel quadro disposto dall'art. 21-*octies*, comma 2, «dovendosi accogliere – secondo la giurisprudenza del giudice amministrativo – un'interpretazione funzionale delle disposizioni in tema di partecipazione procedimentale, al fine di evitare l'annullamento di provvedimenti che, anche se assunti in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti, presentino un contenuto dispositivo che non avrebbe comunque potuto essere diverso da quello in concreto adottato»<sup>29</sup>. Peraltro, «gli apporti partecipativi offerti dall'interessato ai sensi dell'art. 10-*bis* l. 241/1990 non fanno insorgere un obbligo di puntuale e analitica confutazione in capo all'amministrazione che ritenga di disattenderli, essendo comunque

<sup>27</sup> TAR Campania, Napoli, Sez. VII, 4 agosto 2020, n. 3500; Id., 13 marzo 2020, n. 1124.

<sup>28</sup> Tra le tante, TAR Campania, Napoli, Sez. VII, 4 agosto 2020, n. 3500, cit.

<sup>29</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 10 febbraio 2020, n. 1001.

legittimo il provvedimento sorretto da una motivazione esaustiva e logica, tale da evidenziare inequivocabilmente le ragioni delle diverse conclusioni raggiunte»<sup>30</sup>.

Non sono mancate ulteriori statuizioni del giudice amministrativo che hanno maggiormente indotto a riflettere sulla circostanza che le determinazioni dell'amministrazione, a seguito delle osservazioni presentate dal privato a fronte di un preavviso di rigetto, avrebbero in ogni caso dovuto esternare puntuali motivazioni in grado di rendere percepibile le ragioni del mancato adeguamento dell'azione amministrativa alle deduzioni partecipative pervenute, benché anche in tal caso il provvedimento finale non necessitasse di un'analitica confutazione delle stesse osservazioni<sup>31</sup>.

Altre decisioni del giudice amministrativo hanno poi precisato che «un'applicazione corretta dell'art. 10-*bis* della l. 241 del 1990 esige non solo che l'Amministrazione enunci compiutamente nel preavviso di provvedimento negativo le ragioni che intende assumere a fondamento del diniego, ma anche che le integri nella determinazione conclusiva [...] con le argomentazioni finalizzate a confutare la fondatezza delle osservazioni formulate dall'interessato nell'ambito del contraddittorio predecisorio attivato dall'adempimento procedurale in questione. ... solo il *modus procedendi* appena descritto permette chela disposizione di riferimento assolva la sua funzione di consentire un effettivo ed utile confronto dialettico con l'interessato prima della formalizzazione dell'atto negativo, evitando che si traduca in un inutile e sterile adempimento formale»<sup>32</sup>.

Si è rilevato che il d.l. 76/2020, con l'art. 12, comma 1, lett. *i*), ha aggiunto un terzo disposto al comma 2 del 21-*octies* in base al quale al preavviso di rigetto non si applica la previsione di cui al comma 2, secondo periodo, della medesima norma della l. 241/1990; in altri termini, mentre il provvedimento amministrativo non risulta annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto dello stesso, anche nell'ipotesi di esercizio di attività a carattere discrezionale, non avrebbe potuto essere diverso rispetto a quello in concreto adottato, tale criterio, sulla base della novella introdotta dal d.l. 76 cit., non rinvia applicazione nel caso di provvedimento adottato in violazione dell'art. 10-*bis* della medesima legge, ossia nell'ipotesi di mancanza di comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza<sup>33</sup>.

<sup>30</sup> Cons. Stato, Sez. II, 20 febbraio 2020, n. 1306. In termini, TAR Campania, Napoli, Sez. III, 2 marzo 2020, n. 947.

<sup>31</sup> Così, TAR Campania, Napoli, Sez. V, 3 febbraio 2020, n. 494.

<sup>32</sup> Così, Cons. Stato, Sez. VI, 18 gennaio 2019, n. 484; in termini, Cons. Stato, Sez. I, 25 marzo 2015, n. 80 e Sez. VI, 2 maggio 2018, n. 2615.

<sup>33</sup> In dottrina, ben prima della entrata in vigore del d.l. 76/2020, A. Zito (*Il procedimento amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, a cura di F.G. Scoca, Torino, 2019, 210 ss.) osservava che «Se ... dovesse essere accettata la tesi che vede nella partecipazione che si innesta sulla base di quanto disposto dall'art. 10-*bis* uno

In un tentativo di sistematizzazione della disciplina del 21-*octies*, comma 2, va rilevato che la sua prima parte sembra rispondere ad avvertite (e condivisibili) esigenze di celerità e semplificazione dell'azione amministrativa; la sua portata ne disvela il carattere generale, ricomprendendo tutti gli atti adottati in violazione di norme sul procedimento o con vizi di forma il cui contenuto, stante la natura vincolata dell'attività<sup>34</sup>, non avrebbe potuto essere in ogni caso diverso<sup>35</sup>.

Appare difficilmente controvertibile che sia la comunicazione di avvio del procedimento, sia il preavviso di provvedimento negativo costituiscano atti a natura procedimentale; ne deriva quindi che entrambi ricadono nell'ambito di applicazione della disposizione di cui alla prima parte del 21-*octies*, nel senso che i provvedimenti assunti in loro mancanza non saranno annullabili laddove, per la natura vincolata degli stessi, "sia palese" che il contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.

Il concetto di "palese" coincidenza al quale fa riferimento la disposizione ha sollevato dubbi e perplessità interpretative in considerazione della valenza non del tutto oggettiva della nozione<sup>36</sup>. Al "dilemma" pare aver offerto una efficace rispo-

---

strumento posto in via principale a tutela del soggetto privato, ben difficilmente potranno aversi applicazioni estensive di quanto disposto nell'art. 21-*octies* e pertanto si dovrà necessariamente concludere nel senso che il mancato instaurarsi di tale momento di contraddittorio a seguito dell'omissione della comunicazione determinerà l'illegittimità del provvedimento finale di diniego».

<sup>34</sup> M. Occhiena, *Il coraggio di semplificare*, op. cit., critica il disposto dell'art. 21-*octies*, comma 2 (pure introdotto in un contesto di riforma unitaria siccome prevista dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15) che ha dequato la tutela del cittadino a fronte dell'attività vincolata, logica affatto assente nella l. 241/1990.

<sup>35</sup> È appena il caso di ricordare che le disposizioni in tema di preavviso di rigetto, secondo il disposto di cui all' art. 10-*bis* della l. 241/1990, non si applicano alle procedure concorsuali e ai procedimenti in materia assistenziale e previdenziale sorti a seguito di istanza di parte e gestiti dagli enti previdenziali.

<sup>36</sup> A. Romano Tassone, *Vizi formali e vizi procedurali*, in *Giustamm.it*, 2006, 2, par. 6, afferma che l'aggettivo "palese" «non va riferito alla maggiore o minore difficoltà dell'accertamento, bensì al fatto che il giudice possa e debba compiere tale verifica d'ufficio: ciò che appunto accade se l'accertamento stesso si colloca sul piano della interpretazione della norma e discende dalla lettura di questa, in base al principio *jura novit curia*». La giurisprudenza ha assunto al riguardo un duplice orientamento: una parte ha ritenuto che l'accezione «palese» costituisca una sorta di «evidenza immediata», di tal che, non sia necessario procedere ad alcuna ulteriore ricerca per il suo accertamento. Sulla scorta di tale corrente, al giudicante, pertanto, sarebbe precluso il potere istruttorio di accertare la non incidenza del vizio sul contenuto dispositivo del provvedimento». Viceversa, la corrente maggioritaria ha attribuito «all'aggettivo «palese» sinonimi quali «evidente», «certo», «incontrovertibilmente dimostrato». [...] In tale prospettiva, dunque, nulla impedirebbe al giudice di disporre d'ufficio adempimenti istruttori per acquisire la certezza che il contenuto del provvedimento non poteva, comunque, essere diverso».

D. Sorace, *Il principio di legalità e i vizi formali dell'atto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2007, 388 ss., si chiede se «quel che richiede la norma sia qualcosa di più della semplice conformità della interpretazione amministrativa dei presupposti a quella ritenuta corretta dal giudice, e cioè se è anche necessario che appaia *ictu oculi* che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso». In proposito, A. Travi, *La legge n. 15/2005: verso un nuovo diritto amministrativo?*, in *Corr. giur.*, 2005, 452, afferma che l'accertamento giudiziale officioso sull'incidenza del vizio formale o procedurale in merito al contenuto dell'atto debba essere condotto sulla base di un «criterio di «evidenza» («palese»), che va identificato ragionevolmente con l'inequivocità della mancanza di soluzioni alternative per il contenuto dell'atto». Da ultimo, cfr. S. Vaccari, *Atti vincolati, vizi procedurali e giudicato amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 481 ss.

sta il chiarimento fornito dalla Corte di Cassazione<sup>37</sup> mediante la precisazione che quella condizione si verifica «allorché non soltanto la scelta dell’emanazione o meno dell’atto, ma anche il suo contenuto siano rigidamente predisposti da una norma o da altro provvedimento sovraordinato, sicché all’amministrazione non residui alcuna facoltà di scelta tra determinazioni diverse. Il principio è applicabile anche nel caso di mancata comunicazione del preavviso di rigetto dell’istanza, in violazione dell’articolo 10-*bis* della legge del 1990 che dispone che prima della formale adozione di un provvedimento negativo l’amministrazione comunichi all’istante i motivi che ostano all’accoglimento della domanda».

In sostanza, al fine della configurazione della “palese” coincidenza devono risultare estranei all’esercizio dell’attività tutti i tradizionali parametri propri dell’esercizio dell’attività discrezionale: l’*an*, il *quando* e il *quomodo*. Vi è da ritenere che la presenza anche di uno solo fra essi rende inapplicabile la disposizione normativa impedendo la sanatoria del provvedimento assunto, ma affetto da vizio del procedimento o della forma.

Fermo restando il principio fissato nella prima parte del comma 2 del 21-*octies*, la sua seconda parte ha invece sancito, sin dalla entrata in vigore della l. 15/2005, che nel caso di comunicazione di avvio del procedimento, il provvedimento non sarà annullabile laddove anche l’utilizzo di attività discrezionale non avrebbe consentito che il provvedimento assumesse un diverso contenuto dispositivo. Qui il discorso naturalmente si complica non solo perché la disposizione suscita dubbi interpretativi e conseguenti incertezze applicative, ma la norma solleva perplessità in ordine alla stessa opportunità della sua previsione: sul punto si avrà occasione di tornare *infra*.

La novella introdotta poi dal d.l. 76/2020 concerne l’aggiunta di una terza parte al comma 2 dell’art. 21-*octies* con la quale si esclude l’applicazione della seconda parte del medesimo comma (destinata al solo avvio del procedimento) alla fattispecie del mancato preavviso di rigetto, limitando così la sanatoria del relativo provvedimento finale alla sola ipotesi di esercizio di attività vincolata.

Viene a questo punto da chiedersi perché il legislatore abbia operato questa differenziazione di regime tra atti che pure presentano comuni connotati: entrambi hanno carattere endo-procedimentale, entrambi costituiscono strumenti di spinta alla realizzazione del contraddittorio e comunque della partecipazione.

Invero la *ratio* della differenziazione pare doversi imputare a molteplici fattori. *In primis* va tenuta in debita considerazione la circostanza che la comunicazione di avvio del procedimento è un atto preliminare di avviso della pendenza di una procedura amministrativa, un atto che pone in condizione il destinatario (ed

---

<sup>37</sup> Cass. civ., Sez. I, 10 giugno 2020, n. 11083. Naturalmente la sentenza è stata emanata prima della entrata in vigore del d.l. 76/2020.

eventuali terzi) di adoperare gli strumenti previsti dall'ordinamento per rappresentare le proprie ragioni, fruendo, a tal fine, dell'accesso agli atti e della facoltà di presentazione di memorie scritte e documenti che l'amministrazione avrà l'obbligo di valutare ove pertinenti all'oggetto del procedimento.

Va da sé che laddove si tratti di attività vincolata (si pensi, fra le tante, all'ipotesi di irrogazione di sanzioni amministrative), anche in caso di mancanza della comunicazione in questione, l'amministrazione agente potrà salvare il provvedimento assunto essendo comunque tenuta ad adottare la medesima determinazione<sup>38</sup>.

Alla luce della seconda parte del comma 2 dell'art. 21-*octies*, inoltre, laddove sia mancata la comunicazione di avvio del procedimento in un contesto connotato da esercizio di poteri a natura discrezionale, il provvedimento comunque adottato potrà essere salvato laddove l'amministrazione dimostri in giudizio che il suo contenuto non avrebbe potuto essere in ogni caso diverso. Peraltro, l'assenza di comunicazione di avvio, secondo il costante orientamento della giurisprudenza amministrativa, impone alla parte che se ne voglia avvalere di non limitarsi ad eccepire la mancanza, essendo piuttosto tenuta ad indicare o ad allegare elementi conoscitivi che, ove introdotti nel procedimento, dimostrino che avrebbero potuto indurre l'amministrazione ad adottare un diverso provvedimento<sup>39</sup>.

Assolutamente diverse le condizioni applicative dell'istituto del preavviso di rigetto che peraltro costituisce strumento procedimentale riguardante i soli procedimenti ad istanza di parte, circostanza questa – come si avrà modo di chiarire – che riveste importanza non secondaria. L'atto in questione, come ormai acclarato in giurisprudenza, è volto ad assicurare l'effettiva partecipazione dell'istante ad una fase procedimentale molto avanzata, nella quale l'amministrazione è già in grado di prefigurare un'ipotesi di provvedimento con relative motivazioni scaturenti dalle risultanze dell'istruttoria condotta. Si versa, in questo caso, in un contesto procedimentale proteso a definire l'esame anticipato delle possibili deduzioni dell'interessato, onde pervenire ad una determinazione finale, immediatamente successiva, che sia in grado di statuire in ordine a tutti i profili controversi, anche con possibile effetto deflattivo del contenzioso.

---

<sup>38</sup> Al riguardo si deve rilevare che tuttavia la prassi evidenzia l'esistenza di atti vincolati sottoposti a condizioni. Rileva F. Follieri, *Decisione amministrativa e atto vincolato*, in *Federalismi.it*, 2017, 7, 25 che «l'ordinamento giuridico accorda all'amministrazione un margine di decisione, anche in caso di poteri vincolati [...]; se l'atto vincolato è esercizio del potere amministrativo in senso sostanziale, l'atto vincolato è un provvedimento al pari di quello discrezionale. La differenza tra provvedimento vincolato e provvedimento discrezionale risiede nello "spazio" di legittimità della decisione e dunque nell'ampiezza del permesso di produrre effetti fin dall'inizio intangibili: il provvedimento vincolato soffre limiti di legittimità più stringenti e, quindi, gli è permesso produrre effetti intangibili fin dall'adozione solo nei casi "rigidamente" predeterminati dalla norma». Sul tema, cfr. F. Merusi, G. Toscano, *Decisioni amministrative*, in *Enc. giur.*, Roma, X, 1988, 1 ss. e M. Trimarchi, *La validità del provvedimento amministrativo. Profili di teoria generale*, Pisa, 2013, 228.

<sup>39</sup> Giurisprudenza costante, tra le altre, Cons. Stato, Sez. V, 5 giugno 2018, n. 3399.

È evidente che laddove l'uso del potere assuma connotazioni di tipo discrezionale, il mancato preavviso di rigetto impedirebbe in via definitiva non solo il completamento del contraddittorio, ma anche – circostanza molto grave – la piena legittimazione all'uso del potere da parte dell'amministrazione, alla luce delle riflessioni svolte in precedenza, così determinando la conseguente necessaria illegittimità del provvedimento, oppure, secondo la prospettazione formulata in precedenza, persino la sua nullità ove lo si riconosca adottato in carenza di potere.

L'affermazione potrebbe apparire *prima facie* troppo incisiva, persino grave, ma appare davvero evidente che l'attribuzione all'amministrazione di poteri non più solo esecutivi, bensì anche compartecipativi della individuazione e conformazione di interessi inespressi nella norma di legge, emergenti solo in sede procedimentale, costituisca una condizione ormai difficilmente negabile.

Sotto differente profilo va anche rilevato che la comunicazione di avvio del procedimento si colloca a monte dell'*iter* procedimentale. La sua eventuale mancanza di certo non legittima anche l'assenza del successivo preavviso di rigetto, che permane strumento necessario quantomeno nei procedimenti ad istanza di parte. La partecipazione originariamente non consentita nell'ambito di un procedimento amministrativo a causa della omissione della comunicazione di avvio del procedimento, può dunque essere recuperata nel caso di esercizio di attività a natura discrezionale, mediante l'assolvimento dei successivi obblighi di comunicazione, ossia di invio di tutti gli ulteriori avvisi e atti procedimentali propri della fase istruttoria, ivi compreso il preavviso di rigetto (ancorché quest'ultimo afferisca ai soli procedimenti ad iniziativa di parte).

Il recupero della partecipazione così come prospettata risolve molti problemi, ma ancora non tutti. Si potrebbe infatti rilevare che il ragionamento seguito lascia comunque scoperto un vuoto in relazione a tutte le ipotesi nelle quali, trattandosi di attività ad iniziativa d'ufficio, non si applichi l'istituto del preavviso di rigetto.

Al riguardo pare tuttavia opportuno considerare che mentre ai procedimenti ad istanza di parte sottendono interessi pretensivi, volti ad ampliare la sfera giuridica dell'interessato, procedimenti che facilmente affluiscono negli ambiti dell'esercizio discrezionale dell'attività (ormai massimamente di discrezionalità-tecnica) da parte dell'amministrazione, ai procedimenti d'ufficio sottendono invece interessi prevalentemente a carattere oppositivo (sovente a natura sanzionatoria), che si esprimono nell'ambito di attività vincolata.

Non vi è dubbio, tuttavia, che l'attività discrezionale possa connotare anche un numero non indifferente di procedimenti ad iniziativa d'ufficio: in questa ipotesi o almeno nella maggior parte di essi, la discrezionalità esercitabile risulta davvero ampia poiché investe ambiti di natura generale come gli atti normativi, la pianificazione, la programmazione, contesti tuttora esclusi dai canoni propri del-

la partecipazione quale disciplinata dalla l. 241/1990, e invece regolamentata da leggi di settore, da normative speciali: questi contesti, evidentemente sono sottratti alla problematica in questione.

Va da ultimo anche rilevato sul punto, sotto diverso ma complementare profilo, che l'art. 10-*bis*, nel testo novellato dall'art. 12, comma 2, lett. e) del d.l. 76/2020, dispone tra l'altro in tema di preavviso di rigetto che qualora gli interessati abbiano presentato osservazioni, del loro eventuale mancato accoglimento va data ragione nella motivazione del provvedimento finale di diniego, indicando, ove sussistano, i soli motivi ostativi ulteriori che siano conseguenza delle osservazioni prodotte<sup>40</sup>.

Anche tale disposizione evidenzia la peculiarità delle problematiche proprie del preavviso di rigetto, la rilevanza centrale assunta, nell'uso di quello strumento, da una specifica metodologia del contraddittorio e dalla obbligatorietà di una motivazione delle determinazioni dell'amministrazione che va necessariamente espressa in ordine a ciascun punto proposto dall'interessato nelle osservazioni: dopo il preavviso in questione, rimarrà soltanto il provvedimento senza più alcuno spazio procedimentale per il recupero delle garanzie mancate.

Distinta dunque risulta la *ratio* fra l'istituto della comunicazione di avvio del procedimento e il preavviso di rigetto, diverse le finalità delle due comunicazioni, ma soprattutto differenti le rispettive condizioni: *nulla quaestio* che risulti distinta anche la relativa disciplina.

#### 4. *Il contributo della sentenza del TAR Campania, Napoli, Terza Sezione, 16 novembre 2020, n. 5262*

Con la sentenza 16 novembre 2020, n. 5262, la Terza Sezione del TAR Campania, Napoli pone molteplici e interessanti questioni in tema di preavviso di rigetto, in ordine alla quali pare opportuno soffermarsi.

Una premessa: la statuizione in questione concerne un giudizio promosso prima della entrata in vigore della novella introdotta nell'ordinamento dal d.l. 76/2020 e concluso dopo il nuovo testo legislativo.

Il TAR prende le mosse dall'affermazione secondo la quale nel caso al suo esame sarebbe effettivamente occorsa la violazione dell'art. 10-*bis* antecedente l'ultima novella della l. 241/1990 non risultando esternate, da parte dell'amministrazione, sia le considerazioni in ordine alle pur molteplici e articolate controdeduzioni prodotte dalla parte, sia l'iter logico-giuridico che abbia indotto al loro

---

<sup>40</sup> In tal modo si è risolta la disputa giurisprudenziale sorta in ordine alla estensione del dato motivazionale in caso di mancato accoglimento delle osservazioni presentate dagli interessati.

rigetto. La sentenza inoltre non ritiene ammissibile al riguardo il tentativo di ricostruzione delle (possibili) motivazioni prospettato in sede giudiziaria dalla difesa dell'ente resistente, e ciò non solo in considerazione della dibattuta questione sulla inammissibilità della motivazione postuma resa in corso di giudizio<sup>41</sup>, ma anche perché quel *modus procedendi* avrebbe determinato, per la parte interessata, la privazione di un grado di esame, ovvero quello del merito. Rileva il TAR che l'amministrazione, nel procedimento di riesame indotto dalla formulazione delle osservazioni dei privati al preavviso di rigetto, si sia invece illegittimamente limitata a confermare quanto già in precedenza valutato, con conseguente impossibilità di verifica della correttezza dell'esercizio del potere in concreto esercitato.

Peraltro, secondo quanto affermato dalla sentenza in commento, la confutazione delle osservazioni presentate dal privato in risposta alla comunicazione dei motivi ostativi adottati dall'amministrazione avrebbe potuto anche non essere analitica, ma quanto meno avrebbe dovuto chiarire le ragioni del mancato adeguamento dell'azione amministrativa alle deduzioni difensive del privato medesimo.

Da qui, secondo il TAR Campania, la violazione dell'art. 10-*bis* della l. 241 del 1990 «non solo sub specie di omesso avviso di motivi ostativi, ma anche e soprattutto sub specie di omessa considerazione delle controdeduzioni presentate dal privato, non consente il ricorso alla c.d. sanatoria processuale ex art. 21-*octies* della l. 241/90», in quanto, ancorché operando nell'esercizio di un'attività a natura tecnico-discrezionale, l'amministrazione (illegittimamente) ha finito col sottrarsi all'onere «di integrare la motivazione del provvedimento finale con le argomentazioni finalizzate a confutare la fondatezza delle osservazioni formulate dall'interessato nell'ambito del contraddittorio predecisorio attivato dall'adempimento procedurale in questione»<sup>42</sup>.

La sentenza in esame va comunque ben oltre il vaglio del caso di specie, cogliendo l'occasione per formulare una più ampia rivisitazione dell'intero sistema connesso al preavviso di rigetto, spingendosi in argomentazioni che sebbene possano apparire solo complementari al tema, in realtà contribuiscono a definire la complessiva essenza e portata applicativa dell'istituto in questione.

---

<sup>41</sup> G. Greco, in *Ampliamento dei poteri cognitori e decisioni del giudice amministrativo nella l. n. 241 del 1990 e successive modifiche*, in *Riforma della l. 241/1990 e processo amministrativo*, in *Foro Amm. Tar* 2005, suppl., 76 rileva che il preavviso di rigetto «impone all'amministrazione di scoprire subito le sue carte, enunciando così tutte le ragioni del preannunciato diniego: con la conseguenza che, se poi il diniego venga effettivamente e formalmente disposto, il relativo giudizio non potrà che vertere su tutte le ragioni che lo hanno giustificato, secondo l'amministrazione, senza che la stessa possa fare emergere ragioni ulteriori, ad esempio, dopo l'annullamento del primo diniego». In termini, D. Vaiano, *Preavviso di rigetto e principio del contraddittorio nel procedimento amministrativo*, in *Dir. e Soc.* 2017, IV, 46.

<sup>42</sup> La sentenza richiama al riguardo la precedente statuizione di cui alla sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, 18 gennaio 2019, n. 484.

In ordine al rapporto tra comunicazione di avvio del procedimento e preavviso di rigetto, il TAR rileva che la partecipazione alla fase istruttoria, promossa dalla prima, rivesta una funzione molto diversa dalla partecipazione alla fase predecisoria, propria del preavviso di rigetto, consentendo, quest'ultima, ma non la prima, di «contestare l'apparato motivazionale predisposto dall'amministrazione all'esito del procedimento». Da qui, a suo avviso, la scelta operata dal legislatore di escludere il vizio di violazione dell'art. 10-*bis* dalla possibile sanatoria ex art. 21-*octies*, comma 2, non sarebbe ascrivibile ad una lacuna bensì ad una precisa scelta: ossia la consapevolezza della diversità della funzione degli istituti in ambito procedimentale atteso che l'istituto del preavviso di rigetto non si connota per la natura dell'attività sottostante al provvedimento finale (vincolata o discrezionale che sia), bensì per l'obiettivo, in ogni caso garantito, di realizzare un adeguato esercizio del contraddittorio in ambito procedimentale<sup>43</sup>.

Quanto poi al tema della trasferibilità del confronto tra amministrazione e parte interessata dalla fase procedimentale a quella giurisdizionale, la posizione assunta dal TAR si rivela nitida e interessante: il contraddittorio che sarebbe dovuto avvenire in fase procedimentale non può essere spostato in fase processuale poiché ciò non risponderebbe al principio di giusto procedimento di cui all'art. 6 della CEDU<sup>44</sup>.

<sup>43</sup> La sentenza del TAR Campania in commento, rinviene sul punto alcuni precedenti, sebbene aventi più limitata portata argomentativa. Ci si riferisce alla statuizione del TAR Lazio, Latina, Sez. I, 21 gennaio 2013, n. 71, con la quale si è ha disposto che la norma ex art. 21-*octies*, comma 2, seconda parte, dovesse essere «estensivamente interpretata ricomprendendovi anche la mancata comunicazione del preavviso di diniego che, insieme alla comunicazione di avvio del procedimento, rappresentano le garanzie partecipative del destinatario del provvedimento, con pari dignità e, necessariamente, pari trattamento». In termini, al riguardo, anche TAR Lazio, Roma, Sez. I, 10 aprile 2006, n. 2553, con l'assunzione di analoga posizione in ordine alla portata dell'art. 10-*bis* e alla legittimazione di un omogeneo trattamento della comunicazione di avvio del procedimento e del preavviso di rigetto, assimilati quanto alla finalità di realizzare il contraddittorio tra cittadino e amministrazione. Sulla omogeneità di tutti gli strumenti di partecipazione, cfr. Cons. Stato, Sez. II, 30 luglio 2009, n. 4802, dalla quale scaturisce che «l'art. 21-*octies* va applicato anche alle violazioni dell'art. 10-*bis*». In dottrina D. Vaiano, *Preavviso di rigetto e principio del contraddittorio nel procedimento amministrativo*, op. cit., 37.

<sup>44</sup> Sul tema, si rinvia al già citato lavoro di M. Allena, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, op. cit., in particolare 262 ss. Per la quale «il preavviso di rigetto può senz'altro essere visto come un atto con il quale l'amministrazione esplicita l'esistenza di un contrasto di opinioni e quindi dà origine a una nuova controversia così fondando l'applicabilità dell'art. 6 CEDU» (263). Da segnalare anche A. Carbone, *L'art. 6 CEDU e il giusto processo e procedimento amministrativo. Differenze applicative all'interno degli Stati europei*, in *DPCE on-line*, 3, 2019, secondo il quale l'art. 6 CEDU non implica che il procedimento debba essere strutturato con le medesime garanzie previste per il processo. «Ai fini del rispetto della Convenzione, ciò che conta è che la vicenda, nella sua complessiva considerazione della parte procedimentale e di quella processuale, sia conforme ai canoni di cui all'art. 6. In altri termini il principio accolto può dirsi che sia quella della giusta determinazione del diritto/giusta irrogazione della sanzione nel suo complesso, attraverso la complessiva valutazione della vicenda processuale e procedimentale. In questo senso è sufficiente che vi sia nella successiva fase giurisdizionale, una compensazione *ex post* delle mancanze riscontrate nella fase amministrativa; è sufficiente quindi che la decisione adottata in sede amministrativa sia soggetta al sindacato di un organo conforme ai requisiti di cui all'art. 6 CEDU, purché detto organo possa effettivamente ed efficacemente influire sulla decisione già adottata, esercitando un sindacato di *full jurisdiction*».

Le garanzie del giusto processo, al pari di quelle del giusto procedimento, vanno applicate anche a situazioni giuridiche soggettive che – come l’interesse legittimo, evidentemente – possono ritenersi ricomprese nell’ambito dei «diritti e obbligazioni civili».

Fondando anche su siffatta premessa, la Corte EDU fissa ormai il momento della garanzia dell’equo processo sin dalla fase di esercizio della funzione amministrativa mediante un procedimento giusto, paritario e svolto innanzi ad un organo imparziale. Ma un procedimento che si manifesti incompleto non si presta a consentire l’esercizio del successivo giusto processo in assenza di una giurisdizione che sia estesa anche al merito.

In un approccio unitario, quale quello operato dalla Corte di Strasburgo, la verifica del rispetto delle garanzie si estende ad una valutazione unitaria di procedimento e processo e la disposizione dell’art. 6 CEDU si proietta nella prospettiva che il processo possa rimediare esso stesso alle carenze della fase procedimentale laddove sia in grado di analizzare in fatto e in diritto, punto per punto, la decisione amministrativa così da conseguire l’effettivo e completo rispetto delle garanzie approntate per le parti interessate. Ma ciò evidentemente non può aver luogo in presenza della giurisdizione di legittimità propria del giudice amministrativo italiano, nel cui ordinamento il processo non può trasformarsi in sede di assunzione finale della decisione, pena lo sconfinamento del giudice sull’esercizio dell’attività amministrativa.

Questa, la ragione per la quale si deve ricorrere alla tecnica del c.d. *remand* attraverso la quale, a seguito dell’annullamento dell’atto impugnato, si impone la riattivazione del procedimento amministrativo da parte dell’organo pubblico.

La ricostruzione prospettata acquista infine particolare valenza alla luce dell’entrata in vigore della novella di cui all’art. 1, comma 2, della l. n. 241 del 1990, nel testo introdotto ancora una volta dal d.l. 76/2020, laddove si dispone che «I rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati al principio della collaborazione e della buona fede», norma evidentemente comportante l’obbligo di leale collaborazione già all’interno del procedimento amministrativo.

##### 5. *Le ragioni della ampia condivisione del pronunciato e la prospettazione di taluni rilievi critici*

Il contributo giurisprudenziale offerto dal TAR Campania appare di notevole interesse proprio per le ricadute in termini generali che esso determina sullo strumento del preavviso di rigetto e più in generale sul senso proprio della partecipazione procedimentale.

Di particolare stimolo, infatti, si rivela la prospettiva di fondare l'applicazione delle disposizioni normative rilevanti al riguardo su una concezione di tipo assolutamente sostanziale del dialogo procedimentale tra le parti, un dialogo vero nel quale gli obblighi dell'amministrazione risultano soddisfatti non dal ricorso a generiche, sterili o stereotipate formule di rito, ma da un vero e proprio esame integrativo che, alla luce del testo dell'art. 10-*bis*, si sostanzia nella formulazione di specifiche motivazioni atte a rispondere a ciascuna delle osservazioni proposte dalla parte interessata.

La funzione partecipativa, lungi dai limiti propri della stessa che sono stati illustrati in precedenza, si realizza, nella decisione giudiziaria in esame, sul piano delle garanzie sostanziali di ascolto e di effettiva presa in considerazione, con un approccio ermeneutico che fonda sull'assolvimento di specifici obblighi motivazionali, ormai anche normativamente sanciti, e che, se disattesi o anche solo formalmente (invero fittiziamente) assolti, finiscono col tradursi in una inesorabile causa di annullamento del provvedimento adottato.

L'elemento partecipativo, in seno alla procedura di preavviso di rigetto, assume così connotazioni quanto mai concrete, legate alla specifica considerazione dei fatti posti a base del procedimento in ordine ai quali le contro-ragioni di fatto e di diritto che vogliono essere formulate dall'amministrazione a supporto del respingimento dell'istanza della parte interessata devono risultare il frutto di un'attenta e verificabile valutazione condotta su riscontri puntuali e oggettivi atti a dimostrare l'inconsistenza o l'infondatezza della pretesa.

Quella che era stata in precedenza definita la "mistica della partecipazione", ideale panacea dei mali dell'amministrazione, congeniale a vaghe affermazioni evocative dell'assetto democratico della p.a., si trasforma in garanzia di difesa delle legittime aspettative che la norma di riferimento esprime e che impegna l'amministrazione, in un'opera di concreta e fattiva collaborazione. Peraltro – notazione quanto mai interessante – il processo di legittimità non si presta a sopperire alle eventuali carenze procedimentali se non sconfinando nel merito, ambito estraneo alla giurisdizione del giudice amministrativo. Da qui, il necessario rinvio all'amministrazione, conseguente all'annullamento del provvedimento, perché il riesame della stessa consenta di colmare le lacune riscontrate.

La sentenza del TAR, nella sua ansia di ricondurre a sistema, tuttavia, non può in tutte le sue parti essere condivisa, a partire dalla constatazione che il preavviso di rigetto si sottrae alla disciplina dell'art. 21-*octies* prima parte del comma 2.

Ad avviso di chi scrive, sulla base del principio sancito nella prima parte del comma 2 richiamato, la sanatoria del provvedimento adottato si estende al preavviso di rigetto emanato in violazione di norme sul procedimento o di forma lad-

dove sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello adottato<sup>45</sup>.

Quel principio ha portata di carattere generale nel panorama legislativo volto alla c.d. semplificazione amministrativa, un postulato che mira ad evitare il defatigante avvio e il successivo svolgimento di procedimenti amministrativi connotati dalla certezza che il loro esito sarà in ogni caso vano, così generando ulteriore incertezza e sfiducia nell'ordinamento.

Ma vi è altro: la recente integrazione del testo del comma 2 del 21-*octies* con la terza parte, fa sì che debba ritenersi annullabile il provvedimento viziato per mancata o erronea applicazione della disciplina sul preavviso di rigetto laddove esso si dimostri il frutto di un'attività (anche solo in parte) a carattere discrezionale.

Appare ragionevole che il preavviso di rigetto, ancorché si collochi in una fase diversa da quella della comunicazione di avvio del procedimento, ossia nella fase pre-decisionale, permanga decisamente un atto procedimentale (passibile, dunque, dei vizi indicati nella prima parte del comma 2 dell'art. 21-*octies*), sebbene si collochi in una istruttoria pre-definitiva, laddove prefiguri il quadro dell'assetto degli interessi che andrà direttamente a confluire nel provvedimento finale.

In presenza di attività vincolata che avrebbe condotto al medesimo contenuto del provvedimento, quest'ultimo è passibile di sanatoria anche in caso di mancato preavviso di rigetto o di controdeduzione alle osservazioni del privato solo apparenti. In misura condivisibile costante giurisprudenza rileva che «il preavviso di rigetto, previsto dall'art. 10-*bis* della l. n. 241 del 1990 è un atto endo-procedimentale 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 l'avviso della p.a. e ottenere il soddisfacimento dei suoi interessi. Infatti, sulla base delle osservazioni presentate dal soggetto interessato, la p.a. 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 destinatario»<sup>46</sup>. Ecco perché «qualora il ricorso principale sia rivolto avverso il preavviso di diniego dell'istanza di cui all'art. 10-*bis* l. 241 del 1990 dovrà essere dichiarato inammissibile,

---

<sup>45</sup> Sul punto, precedente alla recente novella, Cons. Stato, Sez. III, 27 gennaio 2009, n. 7.

<sup>46</sup> TAR Campania, Napoli, Sez. VIII, 17 marzo 2020, n. 1173. Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 12 settembre 2007, n. 4828; in termini, tra le altre, TAR Puglia, Lecce, Sez. III, 18 luglio 2017, n. 1230; TAR Lazio, Roma, Sez. II, 1° luglio 2010, n. 22079.

in quanto la sua natura endo-procedimentale non è lesiva della sfera giuridica della parte e per questo non è autonomamente ed immediatamente impugnabile»<sup>47</sup>.

Il preavviso di rigetto si iscrive tra gli atti a natura (endo)procedimentale sia in quanto strettamente strumentale al provvedimento finale, sia perché volto a definire un assetto solo prospettico degli interessi in gioco: l'atto permane comunque privo di qualsiasi autonoma lesività, e tale condizione gli preclude una pure parziale efficacia provvedimentale, rendendolo passibile di impugnazione. Il contraddittorio, il suo svolgimento, la sua progressione pertengono all'istruttoria procedimentale e l'amministrazione è ampiamente facultata ad accogliere le osservazioni proposte dal privato dando così vita ad un provvedimento conclusivo di segno anche diametralmente opposto a quello prospettato.

La sentenza del TAR Campania, al fine di massimamente tutelare l'effettività della partecipazione e la garanzia della risposta dell'amministrazione, per quanto suggestiva, pare sul punto spingersi oltre il possibile.

Si comprende (e si apprezza) la sensibilità del Giudice, la sua ricerca di nuovi spazi di effettività della tutela, si condivide pienamente l'esigenza di andare ormai oltre approcci ermeneutici atti a "coprire" sostanziali inefficienze o, peggio, incapacità dell'azione amministrativa, ma la norma, in questo caso, non pare aprire alla soluzione prospettata al riguardo.

In termini generali l'art. 21-*octies* è norma sostanzialmente sgradevole sotto molteplici profili: basti solo considerare quanto sia terminologia vana, oggi più che nel passato, trattare di "attività vincolata". Esiste davvero un'attività vincolata in assoluto? E i tanti provvedimenti a natura vincolata che vengono poi corroborati da condizioni, imposizioni, divieti, ampliamenti assolutamente non previsti dalla norma non dovrebbero forse indurre a ritenere non più rinvenibile la categoria degli atti assolutamente vincolati? Non sarebbe più corretto ai fini dell'applicazione del 21-*octies*, comma 2, prima parte, non fare riferimento all'individuazione di attività vincolata, quanto al contenuto dispositivo del provvedimento e alla impossibilità di addivenire ad una determinazione anche solo in minima parte diversa da quella assunta?

Questi dubbi (corrispondenti ad altrettante questioni aperte) che opportunamente richiama (implicitamente) la sentenza ben esprimono il tormento del giudice nei confronti di un'applicazione meramente formalistica di una norma che dovrebbe offrire garanzie, la sua ansia di sottrarsi ad una logica che con ogni probabilità finisca col tradursi in indifferenza alle ragioni del cittadino.

A quanto rilevato si aggiungono poi le riflessioni già argomentate nel precedente paragrafo che partono, le une, dalla considerazione della collocazione tem-

<sup>47</sup> TAR Puglia, Bari, Sez. III, 3 ottobre 2016, n. 1171; cfr. anche TAR Molise, Sez. I, 25 ottobre 2017, n. 385.

porale della comunicazione di avvio del procedimento a monte del preavviso di rigetto, con il possibile recupero degli spazi partecipativi almeno in sede di successivo preavviso di rigetto tanto più necessario, nei procedimenti ad istanza di parte, in caso di omessa comunicazione di avvio; le altre, dalla considerazione della natura degli interessi, evidentemente pretensivi, nei procedimenti ad istanza, e oppositivi nell'altra. Gli interessi oppositivi necessitano di sicura tutela, al pari degli altri, ma i procedimenti implicanti uso di attività discrezionale ad iniziativa d'ufficio concernono sostanzialmente attività di pianificazione, programmazione e regolazione a carattere generale, massimamente disciplinati da legislazioni speciali ove la partecipazione rinviene la sua esplicazione non già nel rispetto delle forme della l. 241/1990, ma secondo altri modelli e formule per le quali non si pone il tema della comunicazione di avvio del procedimento né del preavviso di rigetto.

## 6. *La collaborazione e la buona fede, nuovi canoni dell'azione amministrativa*

La sentenza del TAR Campania non si ferma alle argomentazioni sin qui analizzate e di non secondario rilievo si profilano i richiami altresì operati ai principi di collaborazione e buona fede delle parti, la cui declinazione, grazie alla novella introdotta dal d.l. 76/2020, pare aprire scenari di notevole portata anche per il sindacato del giudice amministrativo<sup>48</sup>. Peraltro se la leale collaborazione è principio noto alla dottrina e alla giurisprudenza amministrativa (sebbene sinora affrontato prevalentemente sotto il profilo del rapporto tra enti o tra livelli istituzionali, secondo i canoni più volte indicati dalla Corte Costituzionale<sup>49</sup> ma ormai implementati anche dal giudice amministrativo), la buona fede della pubblica ammini-

---

<sup>48</sup> Da ultimo, M. Filippi, *Il principio dell'affidamento nei confronti della p.a. riflessi sul riparto tra le giurisdizioni alla luce dei nuovi orientamenti della giurisprudenza*, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it), 2021.

<sup>49</sup> In merito al principio di leale collaborazione la Corte Costituzionale ha da tempo chiarito che esso, in un ordinamento di tipo pluralistico come il nostro – fondato sia sulla distinzione fra le competenze, sia su una loro reciproca interferenza – è chiamato a garantire quel coordinamento e quella composizione di interessi necessari al fine di perseguire un complessivo disegno comune dell'azione della p.a. (cfr. Corte Cost., 18 ottobre 1996, n. 341; Corte Cost., 14 dicembre 1998, n. 408). Tale prospettiva presuppone un modello di federalismo di tipo non competitivo, bensì cooperativo, fondato, per l'appunto «... sulla individuazione di strumenti idonei a permettere un dialogo ed una collaborazione concreti nell'ambito di quei settori nei quali emergono contemporaneamente ed inscindibilmente interessi propri di diversi livelli di governo» (v. Corte Cost., 1 ottobre 2003, n. 303, commentata, tra gli altri, da A. Moscarini, *Titolo V e prove di sussidiarietà: la sentenza n. 303/2003 della Corte Costituzionale*, in *Federalismi.it*, 12, 2003 e A. D'Atena, *L'allocazione delle funzioni amministrative in una sentenza ortopedica della Corte costituzionale*, in [www.giurcost.it](http://www.giurcost.it)). Inoltre, F. Merloni, *La leale collaborazione nella Repubblica delle Autonomie*, in *Annuario A.I.P.D.A. 2002, 2003*, 534 ss.; M. Cammelli, *I raccordi tra i livelli istituzionali*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 2001, n. 6, 1079 ss.

strazione nei confronti del cittadino è per lo più ancora da scrivere e da sondare<sup>50</sup> anche in considerazione delle conseguenze che è in grado di determinare<sup>51</sup>, in un'opera ermeneutica espansiva che non può di certo privarsi del contributo offerto dalle più recenti elaborazioni offerte dalla giurisprudenza del giudice civile ben adusa a farvi ricorso, riconoscendo, in termini generali, che «Il principio di buona fede si concretizza nel dovere di ciascun contraente di cooperare alla realizzazione dell'interesse della controparte e nel porsi come limite di ogni situazione, attiva o passiva, negozialmente attribuita, determinando così integrativamente il contenuto e gli effetti del contratto. La buona fede pertanto si atteggia come un impegno od obbligo di solidarietà, che impone a ciascuna parte di tenere quei comportamenti che, a prescindere da specifici obblighi contrattuali e dal dovere del *neminem laedere*, senza rappresentare un apprezzabile sacrificio a suo carico, siano idonei a preservare gli interessi dell'altra parte»<sup>52</sup>, ovvero che «la buona fede è un autonomo dovere giuridico, espressione di un generale principio di solidarietà sociale, che implica un obbligo di reciproca lealtà di condotta [...] Il rispetto dei principi di correttezza e buona fede [...], espressione del dovere di solidarietà fondato sull'art. 2 Cost., impone a ciascuna delle parti di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra e costituisce un dovere giuridico autonomo a carico di entrambe [...] La violazione dei doveri di correttezza e buona fede costituisce inadempimento e può comportare l'obbligo di risarcire il danno che ne sia derivato»<sup>53</sup>.

Alcuni precedenti del giudice amministrativo appaiono comunque particolarmente meritevoli di apprezzamento<sup>54</sup> e di particolare considerazione per la prospettiva che dischiudono all'interprete<sup>55</sup>, tanto più perché si tratta di contributi che hanno avuto luogo in assenza di uno specifico dettato normativo in ambito amministrativo. Non è di poco momento, peraltro, che il TAR Lazio abbia affermato che «il principio di affidamento è suscettibile di applicazione anche nel diritto pubblico, collegandosi direttamente all'obbligo di buona fede oggettiva quale regola di condotta che, per quanto riconosciuta espressamente

<sup>50</sup> Sul tema è d'uopo il riferimento ad uno dei pochi studi sul tema, al quale si rinvia: F. Manganaro, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995. Di recente, S. Cimini, *Buona fede e responsabilità da attività provvedimentale della p.a.*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2018, n. 1.

<sup>51</sup> Interessanti spunti di riflessione in ordine al sindacato della buona fede da parte del giudice amministrativo in F. Fracchia, *La fatica di semplificare: procedimenti a geometria variabile, amministrazione difensiva, contratti pubblici ed esigenze di collaborazione del privato "responsabilizzato"*, *op. cit.*, 42, con riferimento alla sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1321, ove il giudice, pur in presenza di esercizio di attività discrezionale «ha ritenuto di poter accertare la fondatezza della pretesa del ricorrente ai sensi dell'art. 31 c.p.a., ordinando all'amministrazione di provvedere di conseguenza».

<sup>52</sup> Trib. Roma, Sez. V, 20 maggio 2020, n. 724.

<sup>53</sup> Trib. Pescara, 14 giugno 2016, n. 1012.

<sup>54</sup> Di rilievo, naturalmente, al riguardo, la nota sentenza Cons. Stato, Ad. Plen., 4 maggio 2018, n. 5 che ha sancito l'obbligo di buona fede e correttezza della P.A. in tutte le sue attività, contrattuali e non, ivi comprese quelle proprie delle attività autoritative.

<sup>55</sup> TAR Lazio, Roma, Sez. I, 12 maggio 2015, n. 6855.

nelle sole disposizioni del c.c., conforma l'assiologia dell'ordinamento generale, venendo così a coincidere con l'aspettativa di coerenza dell'amministrazione con il proprio precedente comportamento, la quale diviene fonte di un vero e proprio obbligo, per quest'ultima, di tenere in adeguata considerazione l'interesse dell'amministrato, la cui protezione non si presenta più come il prodotto, accessorio, della cura dell'interesse pubblico, ma come l'oggetto di un'autonoma pretesa, contrapposta all'interesse dell'amministrazione. Il risultato è che la verifica giurisdizionale dell'osservanza del principio di buona fede non coincide con quella svolta in termini di eccesso di potere (ovvero, secondo il paradigma della logicità e ragionevolezza), bensì attiene all'osservanza di una norma (quella di buona fede e correttezza) che si rivolge all'amministrazione nella relazione con il cittadino. L'impostazione di ricondurre la buona fede tra gli obblighi di comportamento dell'amministrazione esigibili dal privato, del resto, ben si raccorda con le istituzioni giuridiche dell'ordinamento sovranazionale in cui risulta ormai costituzionalizzato il "diritto alla buona amministrazione" tra i diritti connessi alla posizione fondamentale di cittadinanza, il cui pregnante contenuto valoriale riveste una indubbia funzione di integrazione e interpretazione delle norme vigenti, imponendo di prendere in rinnovata considerazione la formulazione delle regole che presiedono all'esercizio del potere».

Il panorama che si preannunzia sia alla dottrina che alla giurisprudenza è dunque di notevole portata e ampiezza. La giuridicizzazione del rapporto cittadino-amministrazione in termini di esercizio del potere pubblico quale garanzia e servizio per la comunità e le sue componenti individuali o associate può essere di per sé foriero di conseguenze davvero rilevanti, con prevedibili ripercussioni anche in termini di revisione degli ambiti di giurisdizione, di profondità e di strumentario del sindacato del giudice amministrativo. Anche questa pagina, al momento, resta ancora da scrivere in una delicata fase di evidente trasformazione dell'attività amministrativa ma anche di necessitata ricerca di mezzi di composizione del conflitto tra trasparenza ed efficienza che non può che passare dalla soluzione del nodo gordiano della effettività delle garanzie predisposte dall'ordinamento.

*Mario R. Spasiano - Abstract*

*Nuovi approdi della partecipazione procedimentale nel prisma del novellato preavviso di rigetto*

Il contributo affronta il tema della partecipazione al procedimento amministrativo in termini di fonte di legittimazione del potere e, specificamente, dell'istituto del preavviso di rigetto alla luce della recente riforma degli artt. 10-*bis* e 21-*octies* della l. 241 del 1990, nonché dei primi, inediti approdi della giurisprudenza amministrativa sul punto.

*New outcomes of participation in administrative procedure in the prism of the new notice of rejection*

The paper deals with the issue of participation in administrative procedures in terms of source of legitimation of power and, specifically, with the notice of rejection in light of the recent reform of Articles 10-*bis* and 21-*octies* of the l. 241 of 1990, as well as the first original outcomes of administrative case-law on this point.