

La comunicazione preventiva dei motivi che ostano all'accoglimento di un'istanza di parte: un'anticipazione del contraddittorio alla fase precedente il provvedimento in chiave deflativa del contenzioso.

di Filippo Lacava

Sommario: 1) la fisionomia dell'istituto nella legge 15/2005; 2) la giurisprudenza in materia.

1. La fisionomia dell'istituto nella legge 15/2005

Fra le innovazioni introdotte dalla legge 15/2005 nell'ambito del capo III della legge 241/90 particolare importanza assume l'art. 10 *bis*. Tale disposizione pone a carico dell'amministrazione procedente su istanza di parte l'onere di far precedere l'adozione di un provvedimento negativo dalla tempestiva comunicazione dei motivi che ostano all'accoglimento dell'istanza. Ciò dà vita ad un segmento istruttorio ulteriore che permette l'anticipazione del contraddittorio tra il privato istante e la p.a. in una fase che precede quella decisoria.

Tale innovazione, al pari delle previsioni degli articoli 8¹ e 10², risponde al fine di sollecitare ulteriormente l'amministrazione ad instaurare con il privato, probabile destinatario di un provvedimento di diniego, un dialogo effettivo, al fine di prevenire eventuali liti, riconoscendo altresì all'istante una chance di conseguire un provvedimento favorevole, attraverso la riconduzione in *extremis* del contraddittorio entro binari atti ad indirizzare diversamente la decisione finale dell'autorità. Si tratta,

¹ Comunicazione dell'avvio del procedimento.

² Tale disposizione regola le modalità di intervento dei privati, attribuendo loro la facoltà di presentare memorie e documenti che l'amministrazione ha l'obbligo di valutare ove siano pertinenti all'oggetto del procedimento.

quindi, di una fase pregiudiziale, che, collocandosi cronologicamente in un momento che precede la determinazione conclusiva del procedimento, sicuramente svolgerà un'apprezzabile funzione deflativa del contenzioso, dal momento che, consentendo all'interessato di venire a conoscenza dei motivi che impediscono l'accoglimento della domanda, lo metterà nelle condizioni di rettificare laddove sia possibile il suo apporto partecipativo, facendo sì che l'amministrazione, se ve ne siano i margini, possa, *re melius perpensa*, rivedere il suo originario intendimento.

Coglie pertanto l'essenza dell'istituto la relazione della Commissione affari costituzionali del Senato in sede deliberante, la quale ha osservato che la disposizione in questione "è tesa ad introdurre un istituto procedimentale attraverso il quale ci si propone di limitare il contenzioso tra cittadino e pubblica amministrazione mediante la previsione di un ulteriore canale di comunicazione tra le parti precedente alla decisione finale".

Occorre osservare che il supplemento istruttorio disciplinato dall'art. 10 *bis* è eventuale, ma una volta attivato vincola l'amministrazione a tenere conto in sede di motivazione del provvedimento finale, a maggior ragione nell'ipotesi in cui vengano disattese, di eventuali osservazioni scritte e documenti presentati dall'interessato, che, all'uopo dispone di un termine di 10 giorni decorrente dal ricevimento della comunicazione.

Due quindi sono i presupposti in presenza dei quali il dialogo tra la p.a. ed il privato si instaura: l'impulso di parte nell'attivazione del procedimento e la decisione sfavorevole all'istante che l'amministrazione è in procinto di assumere. Tale duplice evenienza attiva il contraddittorio rendendolo obbligatorio per l'amministrazione.

Circa la necessità dell'istanza di parte come presupposto di questo momento di confronto tra privato e p.a., ulteriore rispetto a quelli già previsti in via generale nella fase istruttoria, sono state manifestate perplessità in dottrina (Virga³), già all'indomani dell'entrata in vigore della legge. In proposito si rileva che l'istituto in questione in considerazione della funzione svolta, ovvero quella di attribuire all'interessato una

³ Vedasi G. Virga, *Le modifiche ed integrazioni alla legge n. 241 del 1990 recentemente approvate. Osservazioni derivanti da una prima lettura*, in www.lexitalia.it n. 1/2005.

estrema possibilità di convincere l'amministrazione a rivedere la propria tendenza a negargli un provvedimento ampliativo, costituisce a tutti gli effetti uno strumento di tutela delle posizioni giuridiche riconducibili nel novero degli interessi legittimi pretensivi⁴. In quest'ottica, quindi, si vuole dare al privato la possibilità di integrare e precisare l'istanza alla luce delle risultanze dell'istruttoria. Pertanto, non si vede che utilità pratica potrebbe avere una estensione dell'ambito applicativo dell'art. 10 *bis* ai procedimenti avviati d'ufficio, determinando soltanto un inutile appesantimento istruttorio.

Sono stati inoltre esclusi dall'ambito applicativo dell'art. 10 *bis* i procedimenti concorsuali e quelli sorti su istanza di parte e gestiti dagli enti previdenziali. Orbene, la prima esclusione si rivela assolutamente opportuna, se non dovuta, poiché il supplemento istruttorio attivato dalla comunicazione ex art. 10 *bis* si rivela *tout court* incompatibile con la peculiarità della fattispecie concorsuale, improntata alla massima celerità, efficienza ed economia procedimentale. Inoltre, il disvelamento dell'identità dell'interessato e delle ragioni che impediscono di attribuirgli una valutazione positiva non solo frustrerebbero le evidenti ragioni di segretezza indispensabili per una valutazione imparziale delle prove concorsuali, ma, come osservato da uno dei primi commentatori, la tutela specifica accordata alla posizione di un singolo candidato, finirebbe per vanificare "il principio della *par condicio* tra i concorrenti che informa tutte le procedure selettive pubbliche"⁵.

⁴ Si veda in proposito G. Bacosi – F. Lemetre, *La legge n. 15/2005: ecco il nuovo volto della 241*, in www.giustizia-amministrativa.it, laddove si afferma: "si coglie dunque l'intenzione di valorizzare ulteriormente il procedimento quale sedes privilegiata di **esercizio dell'interesse legittimo** (e, segnatamente, di quello c.d. "pretensivo": sul punto, si rinvia per approfondimenti a Bacosi, *Dall'interesse legittimo al diritto condizionato*, Torino, 2003, spec. 122 e ss.), le cui garanzie di tutela, prima ed al di fuori del contesto processuale, passano inevitabilmente per il riconoscimento al cittadino di viepiù accentuate facoltà di natura **procedimentale**: in quest'ottica, l'art. 10 *bis*, appunto, mira ad instaurare una **relazione dialogica rafforzata** tra privato e potere pubblico, contraddistinta da uno scambio di informazioni e permeata dai caratteri della completezza e della trasparenza. La comunicazione delle ragioni ostative all'accoglimento di una istanza appare funzionale, altresì, all'esigenza (sostanzialmente collaborativi, più che difensiva) di promuovere l'iniziativa del privato al fine di correggere "in corsa" eventuali disfunzioni procedurali, dando la stura ad (e, anzi, implementando) una sostanziale deflazione del contenzioso".

⁵ Così, S. Toschei su *Guida al diritto* n. 10 del 12 marzo 2005, p. 66.

Discutibile invece l'altra esclusione, introdotta al Senato mediante emendamento, anche se è d'uopo riconoscere che una disposizione fortemente garantistica come quella dell'art. 10 *bis* rischierebbe di pregiudicare la funzionalità degli enti previdenziali, poiché, data la rilevante mole delle procedure in corso, l'applicazione dell'istituto in parola anche al caso di specie avrebbe finito col determinare una vera e propria paralisi degli organi suddetti. Inoltre, a giudizio della dottrina, la disposizione in questione sarebbe nel caso di specie priva di utilità, data la ritenuta incompatibilità tra l'art. 10 *bis* e l'attività amministrativa vincolata, nel cui ambito rientra quella svolta dagli previdenziali ed assistenziali⁶.

Orbene, giova in proposito rilevare che l'attività vincolata, pur non riconoscendo alcun potere discrezionale in capo all'amministrazione procedente, presuppone comunque l'accertamento dei presupposti in presenza dei quali l'esercizio del potere amministrativo vincolato diviene doveroso. Pertanto, sarebbe stato opportuno, nella misura in cui ciò non avesse eccessivamente ingolfato i carichi di lavoro degli enti in questione, consentire all'interessato, mediante la comunicazione ex art. 10 *bis*, di contribuire a lumeggiare i presupposti che presiedono all'esercizio del potere amministrativo dell'ente cui l'istanza assistenziale o previdenziale è rivolta.

Al fine di evitare una surrettizia elusione dell'onere posto a carico della p.a dall'istituto in commento giova precisare che, affinché la relazione dialogica garantita dall'art. 10 *bis* possa dirsi effettivamente instaurata, è necessario che le amministrazioni non si limitino a rendere il privato edotto del contenuto negativo del provvedimento che intendono adottare, ma indichino bensì, in maniera specifica e puntuale, le ragioni sia giuridiche che fattuali che impediscono l'accoglimento dell'istanza, evitando quindi il ricorso a clausole di stile quali il generico richiamo all'istanza presentata, all'istruttoria o alle norme di legge da applicare al caso di specie. Solo in questo caso, infatti, il privato sarà in grado di contribuire adeguatamente ad una soluzione non contenziosa della questione, per cui è da auspicarsi sul punto una giurisprudenza particolarmente rigorosa.

⁶ In questo senso Toschei, op. cit., p. 66 e Cerulli Irelli, *Osservazioni generali sulla legge di modifica della l.241/90., parte II, p. 3*, su www.giustamm.it.

Per quanto concerne invece l'inciso per cui *“la comunicazione di cui al primo periodo interrompe i termini per concludere il procedimento che iniziano nuovamente a decorrere dalla data di presentazione delle osservazioni o, in mancanza, dalla scadenza del termine di cui al secondo periodo”*, mette conto rilevare come una soluzione siffatta determinerebbe un eccessivo aggravio della durata del procedimento nell'ipotesi in cui il privato non si sia valso della possibilità di porre all'attenzione dell'amministrazione elementi nuovi a supporto della sua istanza.

In questo caso, infatti, nonostante la mancanza di un effettivo supplemento istruttorio, una interpretazione del termine interruzione in senso tecnico determinerebbe un nuovo ed integrale decorso dei termini procedurali, utilizzabile dall'amministrazione procedente a fini meramente dilatori.

Sarebbe quindi opportuna da parte della giurisprudenza una esegesi conforme a quanto auspicato in uno dei primi commenti, laddove si osserva che *“potrebbe essere utile arrivare alla soluzione di diversificare le ipotesi, a seconda che il privato effettivamente produca o meno nuova documentazione, e riservare solo alla prima ipotesi un effetto interruttivo dei termini, interpretando invece la seconda come una vicenda che, non producendo un fatto nuovo che si inserisce nel procedimento, ne causa una semplice sospensione”*⁷.

D'altronde, a favore di una di una ricostruzione atecnica del concetto di interruzione come sinonimo di sospensione, piuttosto che nel senso codificato dall'art. 2945 del codice civile, militano due ulteriori ragioni. In primo luogo giova rilevare che gli effetti propri dell'interruzione scaturiscono a seguito di eventi straordinari ed istantanei, mentre, nel caso di specie, ci troviamo di fronte ad un evento che rientra negli schemi di un'ordinaria prevedibilità e si protrae nel tempo⁸. Ed ancora, un'interpretazione letterale del dettato normativo induce a ritenere che per effetto della comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza i termini procedurali non possano riprendere a decorrere *ex novo et integro*, giacché l'art. 10 *bis* parla di termini per la conclusione del

⁷ Così si esprime, A. Ricciardi, *Le modifiche al capo I sulla partecipazione*, in Biondi-Moscara-Ricciardi, *La riforma del procedimento amministrativo*, Rimini, 2005, p. 47.

⁸ In senso conforme si veda sempre Ricciardi.

procedimento e non di termini di durata del procedimento, con ciò facendo riferimento a giudizio di chi scrive non a quel lasso del tempo procedimentale già consumatosi, bensì all'intervallo cronologico che separa dalla scadenza normativamente fissata.

In quest'ottica, quindi, ci troveremmo tecnicamente di fronte ad una ipotesi di sospensione e non di interruzione. Quale che sia comunque la soluzione preferibile ci si trova di fronte ad un nodo problematico la cui soluzione richiede un approfondito esame da parte della giurisprudenza e della dottrina.

2. la giurisprudenza in materia

Per concludere, poi, questa ricognizione dell'istituto disciplinato dall'art. 10 *bis* della legge 241 appare opportuno effettuare un panorama delle pronunce giurisprudenziali più significative che lo hanno riguardato sin dalla entrata in vigore della legge 15/2005.

Per quanto concerne l'ambito applicativo dell'istituto in questione, si segnala una pronuncia del Tar Lazio⁹, sez. 2 *bis*, n. 3921/2005 che ha ritenuto applicabile la comunicazione preventiva dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza ad una fattispecie relativa al rigetto del permesso di costruire.

Per quanto riguarda invece l'applicabilità dell'art. 10*bis* all'istituto della denuncia di inizio attività, non si registra unanimità di vedute in giurisprudenza. Difatti, mentre il Tar Toscana¹⁰ ha ritenuto di dover accogliere la domanda incidentale di sospensione di un provvedimento con il quale il Comune di Minucciano (Lucca) negava alla società Ericsson Telecomunicazione S.p.a. l'autorizzazione all'installazione di una stazione radio base per la telefonia mobile senza aver preventivamente comunicato alla società richiedente le ragioni ostative all'accoglimento della D.I.A., il Tar Veneto¹¹, invece, ha ritenuto che l'istituto della D.I.A., nell'ipotesi disciplinata dagli artt. 22 e 23 del t.u. n.

⁹ Si veda *Tar Lazio, sez. 2bis, sent. n. 3921/2005*, reperibile sul sito www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁰ *Tar Toscana-Firenze, sez. I, ord. 11 gennaio 2006 n. 15*, in www.giustamm.it.

¹¹ *Tar Veneto, sez. II, sent. 13 settembre 2005 n. 3418*, in www.giustamm.it.

380/2001, evidenzia profili di incompatibilità con le nuove norme di ordine generale dettate in tema di comunicazione preventiva dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza di parte. I giudici veneti, infatti, ritengono che alla clausola di esclusione dall'alveo applicativo dell'art. 10 *bis*, sancita dall'ultimo comma della disposizione medesima, non debba attribuirsi natura tassativa, per cui non è soggetto al preavviso di diniego anche l'istituto della D.I.A, secondo il quale, a mente dell'art. 23 t.u. n. 380/2001, la denuncia di inizio attività non può considerarsi alla stregua di un'istanza di parte.

Ed ancora, a sostegno di quanto in precedenza affermato, milita una ulteriore ragione. Difatti, i giudici veneti ritengono che, nel caso di specie, l'applicabilità dell'art. 10 *bis* sia preclusa dalla disposizione dell'art. 23 comma 6 del t.u. sull'edilizia, la quale, prevede la notifica all'interessato dell'ordine motivato di non effettuare il previsto intervento. Ebbene, non solo in tale adempimento è assorbita la motivazione dell'ordine inibitorio, ma mediante lo stesso viene altresì assicurata una forma di confronto e di tutela del privato, a favore del quale è comunque fatta salva la facoltà di ripresentare la denuncia di inizio attività, con le modifiche o le integrazioni necessarie per renderla conforme alla normativa urbanistica ed edilizia.

Ecco, quindi, come viene ampliato il ventaglio delle ipotesi in cui il preavviso di rigetto non è richiesto.

Sul punto, poi, è ancora da registrare un'ulteriore pronuncia del Tar Veneto¹², la quale, applicando l'art. 10 *bis*, nella parte in cui esclude in materia di procedure concorsuali la comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza, ha chiarito come la predetta causa di esclusione comprenda anche le procedure di gara per l'aggiudicazione di pubblici appalti.

Appare ormai consolidato l'indirizzo giurisprudenziale in base al quale l'art. 10*bis* della legge 241 è comunque applicabile nell'ambito di un procedimento che, pur avviato in epoca antecedente l'entrata in vigore della legge n. 15/2005, si è perfezionato sotto la

¹² Tar Veneto, sez. I, sent. 13 ottobre 2005 n. 3663, in www.giustamm.it.

vigenza della nuova normativa. È, infatti, rilevante per la giurisprudenza prevalente¹³ il fatto che la normativa in commento sia entrata in vigore in epoca successiva alla presentazione dell'istanza e allo svolgimento dell'istruttoria.

Particolarmente importante è una pronuncia del Tar Veneto¹⁴ che rileva come il principio del raggiungimento dello scopo, che, con la l. 15/2005, ha trovato ampio riconoscimento in materia di annullabilità del provvedimento amministrativo¹⁵, valga anche nella materia di preavviso di rigetto *ex art. 10bis*. Secondo i giudici veneti, infatti, ove il privato istante abbia comunque avuto modo di conoscere le ragioni ostative al rilascio del provvedimento richiesto, l'obiettivo che l'art. 10bis si poneva di realizzare è stato ugualmente conseguito, per cui l'omissione di tale preavviso non è causa di annullamento del provvedimento.

Perfettamente coerente con la natura giuridica dell'istituto, per come in precedenza delineata, è la sent. n. 1614/2006 del Tar Campania, la quale trae importanti considerazioni circa la portata lesiva del preavviso di rigetto, non ritenendolo suscettibile di impugnazione dinanzi al g.a. in virtù della sua valenza meramente interna al procedimento amministrativo. Infatti, come giustamente osservano i giudici di Napoli, *“il preavviso di cui all'art. 10bis della l. 241/1990 riveste natura di atto endoprocedimentale, poiché tale articolo impone all'amministrazione, prima di adottare un provvedimento sfavorevole nei confronti del richiedente, di comunicargli le ragioni ostative all'accoglimento della sua istanza, sì da rendere possibile l'instaurazione di un vero e proprio contraddittorio endoprocedimentale, a carattere necessario, ed aumentare così le chances del cittadino di*

¹³ Si vedano per tutte Tar Lazio-Roma, sez. IIIter, sent. 8 settembre 2005 n. 6618 e Tar Piemonte-Torino, sez. I, sent. 26 ottobre 2005 n. 3311, entrambe su www.giustamm.it.

¹⁴ Tar Veneto, sez. II, sent. 13 settembre 2005 n. 3430, su www.giustamm.it, secondo cui l'art. 10bis non può ritenersi violato *“nell'ipotesi in cui il ricorrente ha avuto modo di conoscere tempestivamente le ragioni ostative al rilascio del provvedimento richiesto, come nel caso di specie in cui il privato ha partecipato con un proprio rappresentante alla riunione relativa ad una valutazione di impatto ambientale”*.

¹⁵ Sul punto si veda F. LACAVA, *L'invalidità del provvedimento amministrativo dopo la legge 15/2005: nullità e annullabilità*, sulla rivista elettronica *Amministrazione in cammino*, consultabile sul sito www.luiss.it, pubblicato in data 18 aprile 2006.

ottenere dalla stessa p.a. ciò che gli interessa, con la conseguenza che lo stesso non è immediatamente lesivo degli interessi del privato e non è passibile di impugnativa dinanzi al g.a.”¹⁶.

Ne consegue pertanto che l'atto lesivo e come tale impugnabile è il provvedimento conclusivo del procedimento, che l'amministrazione ha l'obbligo di emanare solo dopo aver dato al cittadino la possibilità di interloquire in un'ottica ispirata al principio di tale collaborazione.

Comunque, il nodo problematico che, relativamente all'art. 10**bis**, ha maggiormente interessato la giurisprudenza amministrativa e tuttora continua a dar vita a pronunce contrastanti è il rapporto tra l'istituto in commento e l'art. 21**octies** della legge 241. Difatti, se per quanto riguarda l'attività amministrativa vincolata non vi è dubbio che la mancanza del preavviso di rigetto non incida sulla validità dell'atto, ove l'amministrazione resistente dimostri che a seguito della sub-fase procedimentale introdotta dal preavviso di cui all'art. 10**bis**, il contenuto del provvedimento (data la sua natura vincolata) non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato¹⁷, è controverso se, in caso di attività amministrativa discrezionale, debba applicarsi per analogia l'art. 21**octies** comma 2 parte seconda.

Un primo orientamento, non riscontrando una identità di *ratio* tra la comunicazione di avvio del procedimento, di cui si fa espressamente menzione all'art. 21**octies**, e il preavviso di diniego, di cui all'art. 10**bis**, ritenendo che esso sia ispirato dall'esigenza di dar luogo ad un contraddittorio predecisorio, fondato sulla motivazione *in nuce* dell'amministrazione, in modo da anticipare il meccanismo dialettico tipico del processo, esclude la violazione dell'art. 10**bis** dall'alveo applicativo del principio del raggiungimento dello scopo¹⁸.

¹⁶ Così Tar Campania-Napoli, sez. VII, sent. 2 febbraio 2006 n. 1614, su www.giustamm.it.

¹⁷ Di questo avviso Tar Puglia-Bari, sez. II, sent. 10 aprile 2006 n. 1261 e 28 maggio 2006 n. 2125, entrambe reperibili su www.giustamm.it.

¹⁸ Di questo avviso Tar Puglia-Bari, sez. II, sent. 28 maggio 2006 n. 2125, su www.giustamm.it, la quale ritiene che vada recisamente esclusa la possibilità di invocare l'art. 21**octies** al fine di degradare il vizio derivante dall'inosservanza del 10**bis**. I giudici pugliesi, infatti, affermano che “il 21 *octies* è applicabile solo alle funzioni vincolate, quale non è quella di *sub-judice*. L'applicabilità del meccanismo sanante di cui alla menzionata norma alle funzioni discrezionali opera limitatamente al vizio di mancata comunicazione di avvio del procedimento, cui non è equiparabile quello di

In senso diametralmente opposto si muovono quelle sentenze che ritengono applicabile la disciplina dell'art. 21^{octies} non soltanto all'ipotesi di omessa comunicazione dell'avvio del procedimento di cui all'art. 7 e ss. della l. 241/90, ma anche all'omessa comunicazione di cui all'art. 10^{bis} della medesima legge, in quanto anche in questo caso l'amministrazione procedente è tenuta ad iniziare un contraddittorio con il destinatario dell'emanando provvedimento, al fine di raccoglierne il contributo istruttorio indispensabile per ottenere una compiuta disamina degli elementi di fatto e di diritto che risulteranno decisivi per la determinazione da assumere. Pertanto, anche per l'evenienza della mancata costituzione di tale particolare contraddittorio procedimentale va ammessa la prova, liberamente valutabile dal giudice, relativa all'irrilevanza del contributo dell'interessato rispetto ad un esito procedimentale che, comunque, non potrebbe essere diverso¹⁹.

Sembra, poi, potersi profilare un orientamento mediano, il quale pur essendo in linea di principio propenso a riconoscere la compatibilità tra l'art. 10^{bis} e l'art. 21^{octies} in relazione all'attività amministrativa discrezionale, la esclude ove residuino in capo all'amministrazione margini di discrezionalità così significativi da impedire al giudice, pur a fronte degli elementi introdotti in giudizio dalla p.a., l'accertamento *ex ante* del contenuto del provvedimento che sarebbe stato adottato in esito al contraddittorio in precedenza mancato²⁰.

Di fronte a tanta incertezza sarebbe auspicabile una presa di posizione del Consiglio di Stato tale da chiarire definitivamente il nodo problematico in precedenza evidenziato.

Filippo Lacava
Consigliere di prefettura
Dottorando di ricerca in diritto pubblico Luiss Guido Carli

mancata adozione del preavviso di rigetto". In senso adesivo, Tar Piemonte-Torino, sez. I, sent. 26 ottobre 2005 n. 3296, su www.giustamm.it.

¹⁹ In questo senso Tar Veneto, sez. II, sent. 13 settembre 2005 n. 3421, su www.giustamm.it.

²⁰ Si veda Tar Emilia Romagna-Parma, sent. 10 novembre 2005 n. 507, su www.giustamm.it.