

La partecipazione al procedimento amministrativo: diluizione del potere e relazione comunicativa

Autore: Cannizzo Carlotta

In: Diritto amministrativo

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. Eclissi dell'atto e diluizione del potere - 3. il giusto procedimento - 4. La partecipazione prevista da altre leggi e il principio del contraddittorio - 5. Il responsabile del procedimento quale responsabile del provvedimento - 6. Il preavviso di diniego

1. Premessa

In linea generale, può dirsi che fino all'approvazione della legge n.241/1990, nell'ordinamento italiano, non si rinveniva una normativa che disciplinasse in maniera comune tutti i procedimenti degli enti pubblici; esistevano solamente delle discipline di settore, come, ad esempio, quella che regolava il rilascio della vecchia licenza edilizia, con la conseguenza che l'agere della pubblica amministrazione continuava ad essere ampiamente discrezionale. Gli interessati, quindi, non potevano vantare alcun diritto ad interloquire in quei procedimenti destinati ad incidere, a vario titolo, sulle loro sfere giuridiche.

In quest'ottica, la necessaria partecipazione dei privati ai procedimenti della pubblica amministrazione veniva ricondotta agli stessi principi costituzionali ed, in particolar modo, a quello di imparzialità, sostenendo, in virtù del combinato disposto degli artt. 1 e 97 Cost., che - mentre lo Stato ottocentesco ben poteva concepire un'amministrazione di mera spettanza del Sovrano e, dunque, del tutto chiusa nei confronti del popolo - con l'avvento della Costituzione repubblicana, la pubblica amministrazione avrebbe dovuto, invece, rivelarsi aperta al contributo partecipativo dei cittadini.

Dall'art. 1 Cost., che attribuisce la sovranità al popolo nei limiti e nelle forme previste dalla stessa Costituzione, si desumeva il conseguente principio della partecipazione dei privati al procedimento amministrativo; quindi l'amministrazione avrebbe dovuto necessariamente comparare - proprio in un'ottica di imparzialità - l'interesse pubblico con quello dei soggetti privati coinvolti.

Per altro verso, il fondamento costituzionale della partecipazione si faceva discendere dall'art. 3, secondo comma, Cost., dal quale deriva il coinvolgimento dei cittadini nell'organizzazione politica, economica e sociale del Paese, attraverso l'esercizio dei vari istituti democratici.

Con l'approvazione della legge n. 241/1990 l'istituto della partecipazione è stato esteso alla generalità dei

procedimenti amministrativi, introducendosi in tal modo il «principio del giusto procedimento», in forza del quale la definizione del pubblico interesse deve avvenire (anche) attraverso il contraddittorio con i portatori dei contrapposti interessi coinvolti dall'esercizio del potere pubblico.

Il procedimento amministrativo, quindi, deve tendere ad evidenziare ed organizzare i vari interessi rilevanti ai fini dell'esercizio della funzione affidata alla p.a., perché questa possa perseguire l'interesse pubblico primario attraverso il temperamento con gli altri interessi in gioco, pubblici e privati: l'apporto dei soggetti interessati, infatti, consentirà all'amministrazione procedente di acquisire, prima della decisione finale, tutte le informazioni necessarie e la conoscenza di tutti gli interessi coinvolti.

Nella partecipazione, infatti, si possono ravvisare due finalità diverse: da un lato, una funzione di tutela della propria posizione giuridica soggettiva (la c.d. partecipazione difensiva), che, in un'ottica garantista, è volta a consentire al cittadino di far valere le proprie ragioni, a procedimento ancora in corso, ossia a giochi ancora aperti; dall'altro, invece, una funzione più prettamente collaborativa (anche definita partecipazione in senso stretto), dato che, attraverso le osservazioni e le informazioni fornite dal soggetto privato, l'amministrazione può meglio conoscere ogni elemento utile per la più idonea valutazione del caso concreto[1].

Va, però, accertato se il processo di riforma della p.a. ha in realtà costruito momenti reali di partecipazione, attivando uno scambio continuo di informazioni tra le istituzioni e il cittadino.

In altre parole, bisogna verificare se all'interno del procedimento, quale spazio di comunicazione, si realizza un processo bilaterale di scambio attraverso il quale viene prodotta, rielaborata e trasmessa l'informazione, facendo agire attori diversi e creando giochi di ruoli.

2. Eclissi dell'atto e diluizione del potere.

Prima dell'intervento del legislatore con la legge n. 241/1990, recante "Norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi", mancava nel nostro ordinamento una disciplina che garantisse la democraticità e l'efficacia dell'azione amministrativa. La maturazione è stata lenta. C'è voluto un ventennio perché una serie feconda di intuizioni trovassero riscontro nella dottrina più attenta e in soluzioni legislative.

Del resto, in un Paese come il nostro, dove il senso dello Stato fa difetto, dove di regola il potere tende ad affermarsi con i più deboli, la finzione dell'interesse pubblico, rivelato dal legislatore e unilateralmente gestito dagli apparati amministrativi, faceva fatica a scomparire.

La pubblica amministrazione cessa, finalmente, di essere portatrice di finalità proprie per mediare tra gli interessi espressi dai diversi soggetti sociali. Questa trasformazione trova la sua genesi nel progressivo

superamento della centralità dell'atto amministrativo, inteso come provvedimento discrezionale, poggiata sulla esaltazione ideologica della vecchia "Gewaltverhältnis": la "relazione di supremazia" fra Stato e cittadino.

Per vero, la più illuminata dottrina aveva già da tempo evidenziato la "eclissi dell'atto", rilevandone le "cause endogene" e le "cause esogene". In merito alle "cause esogene" - consistenti in "punti di fuga dalla discrezionalità" e considerando discrezionalità e provvedimento amministrativo come tendenzialmente coincidenti - Nigro individua: la privatizzazione, la contrattualizzazione, la tecnicizzazione, la politicizzazione e la deformalizzazione dell'azione amministrativa. Riguardo alle seconde, di nostro interesse, già i commentatori della legge tedesca del '70 affermavano che il procedimento, "nato a servizio dell'atto per spiegarne la nascita ed esaltarne, attraverso la distinzione fra provvedimento ed atti strumentali, la signoria", lo ha progressivamente ridotto a "mero riepilogo di atti preformati nel corso del procedimento", delegittimando l'esercizio unilaterale della potestà amministrativa. In sintesi, l'atto amministrativo viene assorbito dal procedimento amministrativo.

Una sentenza del Tribunale regionale per la Sicilia - Catania, qualche decennio dopo, renderà chiara l'idea di come l'atto finale fosse destinato ad assumere, sempre di più, il carattere di un riepilogo di quanto avvenuto nell'istruttoria. "E' proprio nell'istruttoria la partecipazione del destinatario dell'atto è, come si è visto, diventata indispensabile. Tale partecipazione denominata "funzionale" costituisce, infatti, uno dei momenti chiave della trasparenza dell'azione amministrativa in quanto grazie a essa il privato prende parte attivamente (con i diritti e le facoltà di cui agli artt. 10 e 11 della legge) alla definizione degli interessi che il provvedimento realizza, prima dell'emanazione del provvedimento stesso. Con la nuova legge

avviene in sostanza una "giurisdizionalizzazione" del procedimento amministrativo in quanto si introduce l'obbligatorietà del contraddittorio e si realizza quel principio del "giustoprocedimento" desumibile dall'art. 97 Cost. Il principio dell'intervento dei privati, quindi, viene a collegarsi con quello dell'imparzialità e della buona amministrazione previsti espressamente dal citato art. 97 Cost. In definitiva, il procedimento è pur sempre rivolto a soddisfare interessi pubblici, ma nella nuova ottica legislativa l'intervento del privato e l'emersione del suo interesse nel procedimento serve proprio a consentire alla pubblica amministrazione una migliore soddisfazione dell'interesse pubblico attraverso una gestione più razionale e più democratica del potere, così da passare da una amministrazione di tipo monologico ad una di tipo dialogico".[2]

Subentra così il sistema della democraticità delle decisioni e della accessibilità dei documenti amministrativi, in cui l'adeguatezza dell'istruttoria si valuta anzitutto nella misura in cui i destinatari sono stati messi in misura di contraddire[3].

Questa funzione del procedimento è dovuta soprattutto alla sua capacità di operare, secondo le parole di Nigro, come "metodo di coordinamento delle organizzazioni" e, soprattutto, come "tecnica di diluizione del potere". Ed invero, da un lato, l'organizzazione appare come un insieme di centri che espongono ed elaborano interessi, dall'altro, il procedimento agevola una piena emersione degli interessi sottesi

all'adozione dell'atto finale: dall'interesse pubblico astratto (quello posto dalla legge) si passa all'interesse pubblico concreto.

Per meglio dire, si passa dall'interesse pubblico unico agli interessi pubblici plurimi. Appare evidente che è proprio l'emersione di più interessi pubblici a realizzare quella che Nigro chiama "diluizione del potere" tra più centri organizzativi. È proprio qui che mette radici il fenomeno della partecipazione. Tale diluizione, infatti, avviene con l'ampliarsi delle aree di contatto fra soggetto pubblico e privati, "trasformando l'incontro - scontro istantaneo tipico dell'atto singolo, in una situazione di durata ed in un complesso gioco di aspettative e di influenze".

3. Il giusto procedimento.

La legge n. 241/1990 ha generalizzato la partecipazione del cittadino al procedimento, facendo di quest'ultimo la sintesi di tutti gli interessi pubblici e privati, sottesi all'azione amministrativa. Il Consiglio di Stato[4]

ha espresso chiaramente la portata della partecipazione, chiarendo che l'art. 7 della citata legge, che impone l'obbligo dell'avviso del procedimento, ha introdotto nell'attività amministrativa un elemento di riqualificazione di grande rilievo civile, consistente nell'introduzione nel procedimento amministrativo della cultura della dialettica processuale, per cui alla prassi della definizione unilaterale del pubblico è subentrato il sistema della democrazia delle decisioni e della accessibilità dei documenti amministrativi, in cui l'adeguatezza dell'istruttoria si valuta nella misura in cui i destinatari sono stati messi nella condizione di contraddire.

In realtà, l'istituto rappresenta l'applicazione del principio del giusto procedimento- secondo cui il procedimento amministrativo deve essere regolamentato in modo tale da non imporre limitazioni ai cittadini senza aver prima svolto gli opportuni accertamenti e aver messo gli interessati nelle condizioni di esporre le proprie ragioni - che la Corte costituzionale ha considerato principio generale dell'azione amministrativa e che la legge n.241/1990 ha esteso anche ai procedimenti favorevoli al privato. La legge 11 febbraio 2005, n. 15 ne ha, invece, rafforzato la portata, prevedendo un supplemento di partecipazione nei procedimenti ad istanza di parte che l'amministrazione ritiene di concludere in senso sfavorevole. La partecipazione, inoltre, viene considerata, a ragione, una forma di legittimazione del potere amministrativo, atteso che il suo esercizio si attua con modalità che tengono nella giusta considerazione i bisogni e le aspettative degli interessati, avvicinando il cittadino al potere.

L'evoluzione della sensibilità sociale e l'influenza del diritto comunitario hanno portato ad estendere il modello partecipato, oltre i confini di cui alla l. n. 241/1990, a procedimenti diversi da quelli di amministrazione attiva, come quelli normativi e legislativi.

La Corte costituzionale[5] ha ritenuto legittima l'introduzione da parte delle Regioni, nei procedimenti

normativi e legislativi, dell'istruttoria pubblica e della motivazione[6] degli atti normativi.[7] La dottrina ha messo in evidenza che le modalità di partecipazione, riassumibili nel diritto di prendere visione degli atti e di essere ascoltati, indicati nell'art. 7 della legge n. 241/1990, permettono di instaurare un vero e proprio rapporto giuridico tra cittadino e pubblica amministrazione, permettendo al privato di influire sulla fase dell'istruttoria ed anche della decisione, atteso che il provvedimento dovrà tenere conto delle memorie e dei documenti presentati dallo stesso.

Nella fase istruttoria, di acquisizione e valutazione degli elementi necessari per la decisione, la partecipazione produce i suoi maggiori effetti dato che il privato può controdedurre, limitando, di fatto, valutazioni unilaterali che spesso connotano la pubblica amministrazione.

Non è il caso, però, di enfatizzare dette forme di partecipazione, considerandole quale strumento per ritenere paritaria la posizione del cittadino rispetto alla pubblica amministrazione. Ed invero, oltre ad essere limitate, le modalità di partecipazione si risolvono, nella pratica, ad un circoscritto contraddittorio documentale, restando precluso al cittadino di partecipare alla raccolta delle prove svolte dalla pubblica amministrazione;[8] di conferire verbalmente; di valutare i risultati dell'istruttoria, monopolio della pubblica amministrazione al quale il privato non può partecipare, ma solo influire con memorie scritte e documenti.[9]

Si deve considerare, infatti, che la nostra legge sul procedimento non ha previsto il modulo della c.d. istruttoria pubblica; ciò, tuttavia, non impedisce che altre leggi possano prevederla sull'esempio dell'art. 17 della delibera statutaria della Regione Emilia Romagna. L'istruttoria orale, poi, potrebbe considerarsi operante in virtù dell'art. 41, comma 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, atteso che l'art. 1 della legge di riforma ha previsto che tra i principi generali dell'attività amministrativa debbano essere collocati anche i principi dell'ordinamento comunitario.

4. La partecipazione prevista da altre leggi e il principio del contraddittorio.

Negli enti locali, dove l'amministrazione è strettamente vicina ai cittadini, le esigenze di partecipazione si fanno sentire in modo forte. Prima dell'entrata in vigore della legge n. 241/1990, il legislatore con l'art. 6 della legge n. 142/1990 aveva previsto che "nel procedimento relativo all'adozione di atti che incidono su situazioni giuridiche soggettive devono essere previste forme di partecipazione degli interessati secondo le modalità stabilite dallo statuto". Senonché, dopo l'approvazione della legge n. 241/1990 è prevalsa nella giurisprudenza l'opinione secondo cui le disposizioni di dette leggi, relative alla partecipazione al procedimento amministrativo, hanno portata generalissima e, pertanto, si applicano anche agli enti locali.

Stante, però, la natura delle norme della l. n. 241/1990, costituenti principi generali dell'ordinamento, queste non hanno abrogato l'art. 6 della legge n.142/1990. Ciò stante, resta ferma la facoltà per gli statuti

degli enti locali di fissare ulteriori regole partecipative nel loro territorio,[10] osservando, però, i principi stabiliti dalla legge n. 241/1990 in merito alla partecipazione degli interessati al procedimento amministrativo.[11]

Il d.p.r. n. 327/2001 ha esteso la partecipazione, oltrechè alla dichiarazione di pubblica utilità, alle varianti al p.r.g., per la realizzazione di una singola opera, ed ai vincoli derivati dagli atti diversi dai piani urbanistici generali (art. 11 T.U.).

In particolare, il citato art.11, ha affermato l'obbligatorietà dell'avviso sia con riferimento al procedimento che conduce all'adozione della variante ed all'opposizione del vincolo, che rispetto all'approvazione del progetto definitivo come fattispecie di dichiarazione di pubblica utilità implicita.

Il modello disegnato dal citato testo unico, quindi, definisce le garanzie partecipative a tutti i singoli procedimenti che compongono la fattispecie espropriativa.

Anche la legge n. 287/1990 e il d.p.r. n. 461/1991, emanato in attuazione dell'art. 10, comma 5, della citata legge, sostituito dal d.p.r. n. 217/1998, ha dettato una disciplina della partecipazione parzialmente diversa nell'ambito della tutela della concorrenza[12] che garantisce non solo la partecipazione, ma, soprattutto, il contraddittorio dei soggetti interessati all'istruttoria.

La giurisprudenza che si è occupata dell'argomento effettua una chiara analisi sull'importanza del rispetto del contraddittorio e della piena conoscenza degli atti istruttori da parte degli interessati.

In una nota sentenza,[13] il Consiglio di Stato ha condiviso i principi espressi dalla giurisprudenza comunitaria in quanto adattabili al procedimento antitrust, previsto dal nostro ordinamento dal d.p.r. n. 461/91 e dagli artt. 12 e 13 del d.p.r. n. 217/98.

In particolare ha fatto proprio il principio della "parità delle armi" tra accusa e difesa, riconosciuto nella questione relativa al c.d. "carbonato di sodio" dal Tribunale di primo grado C.E.[14]

Con detta decisione è stato affermato che:

<< a) tenuto conto del principio generale della "parità delle armi", il quale presuppone che in una causa di concorrenza l'impresa interessata abbia una conoscenza del fascicolo relativo al procedimento pari a quella di cui dispone la Commissione, non si può ammettere che la Commissione, pronunciandosi sull'infrazione, sia stata l'unica ad avere a disposizione determinati documenti e abbia dunque potuto decidere da sola se utilizzarli o meno contro l'impresa interessata, mentre quest'ultima non ha avuto accesso a tali documenti e non ha dunque potuto decidere parallelamente se utilizzarli o meno per la propria difesa;

b) anche se si dovesse definire illegittimo, per violazione dei diritti della difesa di una delle imprese

indagate, l'utilizzo da parte della Commissione di documenti a carico non comunicati alla detta impresa, un vizio procedurale del genere potrebbe comportare solamente l'esclusione di tali documenti in quanto mezzi di prova. Tale esclusione, lungi dall'aver per effetto l'annullamento di tutta la decisione, avrebbe importanza soltanto qualora il relativo addebito formulato dalla Commissione potesse essere provato unicamente con riferimento a tali documenti;

c) il diritto delle imprese alla tutela dei loro segreti commerciali va temperato con la garanzia dei diritti della difesa, e non può, da solo, giustificare il rifiuto da parte della Commissione di rendere noti ad un'impresa, ancorché in versioni non riservate o sotto forma di un elenco dei documenti raccolti dalla Commissione, elementi del fascicolo che questa potrebbe utilizzare per la propria difesa.

Nella fattispecie esaminata, il Tribunale di primo grado C.E. ha annullato la decisione della Commissione, in quanto questa aveva opposto un generico ed assoluto rifiuto alla domanda di accesso agli atti, fondato solo su una altrettanto generica istanza di riservatezza di altra impresa interessata.

Il Consiglio di Stato ha ritenuto rispettato il principio del contraddittorio procedimentale se: "fin dell'atto di avvio dell'istruttoria è sempre stata chiara la contestazione mossa alle parti"; una volta avviata la fase istruttoria, "il diritto al contraddittorio ed alla difesa è garantito dalla facoltà di accesso agli atti, dalla possibilità di essere sentiti, di produrre memorie e di verificare le risultanze istruttorie dell'Autorità per controdedurre" >>.

5. Il responsabile del procedimento quale responsabile del provvedimento.

Prima della L. 241/90 l'istruttoria era una mera attività interna che l'amministrazione gestiva in rigorosa solitudine, seguendo regole sconosciute al privato e sottratte al sindacato di un giudice. Detta legge modifica in modo significativo questa situazione con la previsione di due istituti di particolare rilevanza nella fase istruttoria: la nomina del responsabile del procedimento e la partecipazione degli interessati al procedimento.

Il responsabile rappresenta la figura centrale del procedimento, attorno al quale ruotano le regole, gli interessi e le stesse parti del procedimento.

Nonostante l'importanza rivestita, detto istituto non è stato accolto con favore da parte dei dipendenti pubblici sia per l'esplicito richiamo alla responsabilità, non gradita dagli stessi, sia per le difficoltà che il responsabile incontra nel rivestire un ruolo che supera l'organizzazione piramidale della pubblica amministrazione.

In questo contesto, la precisazione del legislatore contenuta nell'art. 6, comma 1, lett. e), - seppure non innovativa in quanto già prevista dall'art. 3 della legge n. 241 - appare quantomai opportuna proprio

perché contribuisce a conclamare il ruolo guida del responsabile del procedimento[15].

La legge n. 15/2005, quindi, ha ampliato gli obblighi di comunicazione del responsabile e ne ha rafforzato la funzione, prevedendo che l'organo competente ad adottare il provvedimento finale deve conformarsi ai risultati dell'istruttoria, creando un forte legame fra fase istruttoria e fase decisoria. La nomina del responsabile attribuisce carattere personale all'esercizio della funzione superando, finalmente, il limite costituito dall'impersonalità degli uffici e dalla fungibilità delle persone ad essi preposti, che rappresenta il presupposto per attuare il principio di responsabilità previsto dall'art. 28 della Costituzione.

In tale ambito, l'elencazione dei compiti del responsabile, contenuti nell'art. 6 della L. 241/90, pone il problema di capire se essa faccia riferimento ad attribuzione di poteri o ad una elencazione di competenze.

La risposta, quindi, assume grande rilievo se si considera che nel caso in cui si tratta di poteri, la norma ha carattere innovativo ed attributivo, di contro, nel caso in cui si ritenga che la ratio della stessa sia quella di elencare le competenze, i poteri istruttori debbono, necessariamente, trovare giustificazione in altre norme o principi. La giurisprudenza,[16] che fonda i poteri istruttori nel principio inquisitorio, riscontra a dette elencazioni carattere ricognitivo di competenze e rimanda alle norme specifiche la definizione dei limiti all'utilizzo dei singoli mezzi istruttori. Del resto, il carattere di legge "breve"[17] della L. 241/90, postula l'applicazione delle leggi speciali, stabilendo alcuni canoni ed integrando le loro statuizioni.

I poteri istruttori, quindi, troveranno fondamento, oltreché nell'art. 6 della L. 241/90, nelle altre norme che disciplinano i singoli procedimenti[18] e, ai sensi dell'art. 29 l. 15/2005, anche in altre leggi generali.

Perché la teoria diventi prassi è necessaria, però, la distinzione tra la responsabilità amministrativa e la direzione politica e il riconoscimento di una sfera di autonomia della prima rispetto alla seconda.

E' necessario, altresì, che le informazioni circolino all'interno delle amministrazioni pubbliche e nella loro relazione con i cittadini.

In questa prospettiva, l'amministrazione non è più l'esecutrice delle decisioni politiche, ma organizza autonomamente la gestione dell'azione amministrativa della quale risponde.

Dal complesso delle competenze assegnate al responsabile dall'art. 6 legge 241/90 lett. a) - e), risulta evidente che lo stesso ha il ruolo guida di coordinare le attività procedurali in ossequio ad una concezione moderna dell'organizzazione. Il citato ruolo trova conferma nel fatto che il dirigente non può discostarsi, senza specifica motivazione, dalle risultanze dell'istruttoria compiuta e coordinata dal responsabile del procedimento, il quale è titolare del potere di condizionare l'assetto degli interessi coinvolti dal procedimento di cui è responsabile. Il coordinamento si esercita sia all'interno

dell'amministrazione, rapporti del responsabile con i suoi superiori e con i pari grado, che all'esterno, rapporti con le altre amministrazioni e con i privati coinvolti nel procedimento. In merito ai rapporti interni all'organizzazione bisogna, in primo luogo, soffermarsi sui rapporti tra organi di vertice ed uffici e tra organi di governo e dirigenza, cogliendone i collegamenti.

Dopo aver stabilito il principio della separazione delle competenze tra organi di governo e dirigenza con il d.lgs. n. 80/1998, trasfuso nell'art. 17 del d.lgs. n. 165/2001, è stato anche chiarito il rapporto tra dirigenti e i responsabili dei procedimenti. I dirigenti, responsabili della gestione degli uffici, cui sono preposti, dirigono, coordinano e controllano l'attività dei responsabili dei procedimenti, di contro, l'esercizio di poteri sostitutivi dei dirigenti nei confronti dei responsabili è previsto, solo nel caso di inerzia degli ultimi. A ben vedere, in tal modo, è stato garantito ai responsabili uno spazio di autonomia nella conduzione della singola procedura; lo stesso spazio che è stato riconosciuto ai dirigenti nei confronti degli organi di governo, con poteri d'indirizzo e di controllo, nella gestione degli uffici e delle attività amministrative.

L'art. 4 della legge n. 15/2005 - che ha introdotto all'art. 6 della legge n. 241/90 l'obbligo per il dirigente, ove diverso dal responsabile del procedimento, di non discostarsi dalle risultanze istruttorie[19]- assume la sua prima valenza in occasione dei momenti discrezionali dell'attività amministrativa, lì dove la valutazione degli esiti dell'istruttoria può portare, previa motivazione, a risultati diversi. Negli atti vincolati, invece, il provvedimento non può discostarsi dai risultati dell'istruttoria. La norma è importante perché dispone la distinzione tra fase istruttoria e decisoria del procedimento;[20] essa è la conseguenza delle teorie moderne dell'azione amministrativa che hanno evidenziato come sia il procedimento il vero luogo dove si svolge la parte fondamentale dell'azione amministrativa e non già il provvedimento, mero riassunto delle risultanze dell'attività procedimentale. Ciò porta a ritenere che è nel procedimento che si sceglie e si decide; la decisione, invece, trasforma in regola, produttiva di effetti giuridici, ciò che è già stato deciso.

La decisione, inserita nella fase procedimentale o istruttoria, è, infatti, il disegno degli assetti di interessi, mentre il provvedimento è la formalizzazione della decisione che rende vincolanti l'assetto di interessi come delineato.

Nella fase procedimentale, quindi, si intrecciano proposte di decisioni, interpretazioni normative, fatti ed interessi dalla cui interazione, attraverso un confronto dialettico, scaturisce la decisione che verrà poi assunta nel provvedimento.

Ebbene - se la decisione, inserita nella fase istruttoria, è la risultante dell'assetto degli interessi in gioco e il provvedimento rappresenta la mera formalizzazione di ciò che è stato deciso per rendere vincolante l'assetto dei citati interessi - l'anticipazione della decisione nella fase procedimentale porta a ritenere depotenziata la fase decisoria; pertanto, in quest'ultima fase, le posizioni giuridiche dell'amministrazione e dei partecipanti dovrebbero ritenersi paritarie.

In realtà, gli effetti dell'art. 6 della legge n. 241/1990, pur riconoscendo la distinzione tra l'istruttoria e la

decisione, non sono così dirompenti da produrre una scissione vera e propria tra decisione e provvedimento. Il citato articolo, infatti, non parla di proposta di provvedimento, ma di risultanze dell'istruttoria, prevedendo, peraltro, la possibilità di una decisione, se motivata, diversa che, certamente, appartiene alla fase decisoria. Conseguentemente, a tale fase non può essere attribuita la mera funzione di formalizzazione di una decisione già presa, piuttosto deve essere riconosciuta come luogo di sintesi dei vari interessi coinvolti nell'azione amministrativa. Di contro, non può nemmeno ritenersi che il responsabile del procedimento si limiti a trasmettere il fascicolo al responsabile del provvedimento senza relazionare a quest'ultimo, il quale, peraltro, deve motivare il proprio atto, facendo riferimento alle risultanze dell'istruttoria. L'istruttoria, quindi, dovrà concludersi con una relazione scritta il cui contenuto sarà, senz'altro, influenzato dal tipo di atto che la pubblica amministrazione deve emettere e dalle scelte che dovrà effettuare. Molto dipende dal tipo di procedimento, dal tipo di potere esercitato e dalle scelte che le amministrazioni faranno con i regolamenti sul procedimento amministrativo, nel quale potranno dettare le norme organizzative ritenute più opportune.

Va rilevato, inoltre l'importanza dell'uso che gli attori fanno delle normative dei diversi procedimenti; ebbene, se attraverso di esse avranno dato luogo alla proceduralizzazione, cioè ad un secondo livello di normazione, si assisterà al fenomeno della decentralizzazione delle decisioni che riproducono la distinzione tra "politica" ed "amministrazione".

6. Il preavviso di diniego.

La legge n. 15/2005 ha ampliato la disciplina dell'istituto della partecipazione al procedimento amministrativo, introducendo il diritto degli istanti ad essere informati, prima dell'adozione del provvedimento finale, dei motivi che ostano all'accoglimento dell'istanza.[21]

In buona sintesi, l'istituto del "preavviso di diniego", introduce in capo all'amministrazione un nuovo obbligo di comunicazione - distinto da quello relativo alla comunicazione dell'inizio dell'attività amministrativa - quando, all'esito della fase istruttoria, dovrebbe rigettare l'istanza del privato, al fine di rendere edotto quest'ultimo dei motivi che indurrebbero l'Ente ad esprimersi negativamente dandogli modo di "...eliminare gli ostacoli dell'accoglimento della domanda, prima che essa sia definitivamente respinta".

Con l'art. 10-bis della legge n.241, quindi, la relazione comunicativa tra il potere pubblico e i suoi destinatari segue tutto il percorso procedimentale: inizia con la comunicazione di avvio del procedimento; continua con la comunicazione dei motivi ostativi dell'accoglimento dell'istanza; finisce con la comunicazione della decisione finale.

Come è stato rilevato, la norma incide "sulla essenza stessa del procedimento; essenza che sembra ormai coincidere con una relazione di tipo comunicativo(Ledda) fondata su uno scambio di informazioni

quantomeno bipolare(...) e contraddistinto dai caratteri della completezza e della continuità". [22]

Si tratta, invero, di rendere più pregnante il dialogo tra il soggetto interessato e l'Amministrazione- in un contesto procedimentale basato su un continuo e proficuo scambio di informazioni- e teso a valorizzare più l'esercizio del potere amministrativo in divenire che non il provvedimento finale.

Ed ancora, l'art. 10 bis ha l'indubbio fine pratico di introdurre un nuovo strumento di deflazione del contenzioso, consentendo al privato di conoscere le argomentazioni della p.a. prima che vengano trasfuse nel provvedimento finale di rigetto dell'istanza. Il privato potrà controdedurre ulteriormente, giocandosi un'ultima chance di perseguire il proprio obiettivo ed ottenere dall'amministrazione quanto richiesto. Appare evidente che questo ulteriore dialogo possa risultare assai più utile rispetto alla partecipazione dell'interessato nei momenti iniziali del procedimento amministrativo, proprio perché previsto nella fase immediatamente predecisionale, dove l'Ente, per il fatto di avere ormai ultimato l'istruttoria, ha già piena contezza della pratica e dei vari motivi che ritiene ostativi all'accoglimento dell'istanza.

Si tratta, dunque, di un istituto astrattamente idoneo a favorire un motivato ripensamento da parte dell'Amministrazione, prima dell'assunzione del provvedimento finale, così scongiurando il rischio di una successiva impugnazione ad opera del privato.

Ebbene, nel caso - benché sia presente anche la funzione di tutela degli interessi del privato - la partecipazione di quest'ultimo non sembra più un mero strumento di istaurazione del contraddittorio, ma una forma di partecipazione collaborativa, indirizzata alla determinazione consensuale del contenuto del provvedimento. In sintesi si esalta il momento compositivo degli interessi contrapposti, con inevitabile riduzione della sfera discrezionale dell'amministrazione stessa.

In questa prospettiva, atteso che la comunicazione di preavviso di diniego si pone inevitabilmente al termine della fase istruttoria e immediatamente prima dell'assunzione del provvedimento conclusivo dell'iter procedurale, è ragionevole sostenere che i motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza del privato dovranno "...indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'Amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria", secondo il contenuto che l'art. 3 della medesima l. n. 241/1990 attribuisce specificatamente alla motivazione vera e propria.

Il privato, quindi, deve essere posto nella condizione di poter replicare e controdedurre, mediante la presentazione di osservazioni scritte e l'eventuale produzione di documenti, a tutti i profili che l'Amministrazione ritiene ostativi ai fini del rilascio del provvedimento richiesto.

Dal canto suo l'Amministrazione è tenuta a valutare concretamente le osservazioni presentate dal privato e, ove ritenga di non poterle condividere, deve darne conto in sede di assunzione del provvedimento finale, mediante adeguata motivazione

In caso contrario, l'istituto perderebbe gran parte del suo significato, risultando essere un mero aggravio operativo del procedimento.

In questo contesto positivo, tuttavia, l'art. 10-bis, seppure rappresenta un nuovo istituto di partecipazione, pone una serie di dubbi su cui è bene riflettere. A prescindere dai problemi relativi all'obbligatorietà della comunicazione dei motivi ostativi- che sembrano essere risolti dal tenore letterale della norma, che conduce a ritenere detta comunicazione un passaggio obbligato di ogni procedimento ad iniziativa di parte- l'istituto sembra prestare il fianco ad effetti sfavorevoli per i cittadini.

Resta, perciò, da chiedersi se la citata norma abbia concretamente costruito momenti veri di comunicazione e di scambio con i privati.

A tale proposito è stato osservato che l'art. 10 bis è una "norma che indubbiamente comporterà un aggravamento dei procedimenti ad istanza di parte (con qualche contraddizione rispetto al principio di cui all'art. 1, 2° comma)".[23]

Non solo. L'istituto rischia, altresì, di diventare uno strumento dilatorio, atteso che la p.a. potrebbe utilizzarlo al fine di rinviare le proprie decisioni.[24]

In sintesi, per le ragioni sin qui espresse, si prospetta il rischio di contraddire sia il principio di non aggravamento di cui all'art. 1, comma 2, della legge 241, sia l'obbligo di concludere il procedimento in tempi brevi.

[1] Così espressamente la decisione Cons. Stato, sez. VI, 8 aprile 2003, n. 1882; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. I, 1 aprile 2003, n. 563, Cons. Stato, sez. VI, 14 gennaio 2003, n. 98. Analogamente, la decisione Cons. Stato, sez. VI, 12 marzo, 2002, n. 1453, la quale ha precisato che il privato ha diritto a partecipare al procedimento amministrativo per lui potenzialmente lesivo «... non solo al fine di accrescere l'apporto conoscitivo dell'amministrazione, o di collaborare alla migliore realizzazione dell'interesse pubblico per una scelta più consapevole da parte dell'amministrazione, ma anche per fare emergere la propria posizione differenziata».

[2] TAR Sicilia, sez. Catania, 31 gennaio, 1994, n. 67, in Foro it. 1994, III, 448

[3] Cons. St., Ad. Plen., 15 settembre 1999, n. 14.

[4] Cons. Stato, Ad. Plen., 15 settembre 1999, n. 14.

[5] Corte Cost., 6 dicembre 2004, n. 379.

[6] L'art. 3, comma 2, della legge 7 agosto 1990, n. 241 (Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi), non impone, ma certo non vieta, la motivazione degli atti normativi. In ogni caso, la motivazione degli atti amministrativi generali, nonché di quelli legislativi è la regola nell'ordinamento comunitario; sembra pertanto evidente che la fonte statutaria di una Regione possa operare proprie scelte in questa direzione.

[7] L'art. 17 della delibera statutaria della Regione Emilia-Romagna prevede la possibilità di una istruttoria in forma di contraddittorio pubblico, indetta dall'Assemblea legislativa, alla quale possono prendere parte anche "associazioni comitati e gruppi di cittadini portatori di un interesse a carattere non individuale", per la formazione di atti normativi o amministrativi di carattere generale, i quali dovranno poi essere motivati con riferimento alle risultanze istruttorie, violerebbe l'art. 97 della Costituzione, nella misura in cui comporterebbe aggravii procedurali non coerenti con il principio del buon andamento della pubblica amministrazione. Le censure di illegittimità costituzionale relative all'art. 17 sono infondate. La previsione che "nei procedimenti riguardanti la formazione di atti normativi o amministrativi di carattere generale, l'adozione del provvedimento finale può essere preceduta da istruttoria pubblica" rappresenta l'inserimento anche a livello statutario di istituti già sperimentati e funzionanti, anche in alcune delle maggiori democrazie contemporanee. Infondati sono quindi i rilievi sollevati nel ricorso governativo, che muovono da una pretesa violazione dei canoni di buona amministrazione per gli atti di natura amministrativa, o della riserva del potere legislativo al Consiglio regionale per gli atti legislativi: questi istituti, infatti, non sono certo finalizzati ad espropriare dei loro poteri gli organi legislativi o ad ostacolare o a ritardare l'attività degli organi della pubblica amministrazione, ma mirano a migliorare ed a rendere più trasparenti le procedure di raccordo degli organi rappresentativi con i soggetti più interessati dalle diverse politiche pubbliche. D'altra parte, a riprova della preminenza dell'interesse pubblico all'efficace funzionamento delle istituzioni legislative ed amministrative, il quarto comma dell'art. 17 impugnato affida alla legge regionale la regolamentazione delle "modalità di attuazione dell'istruttoria pubblica, stabilendo i termini per la conclusione delle singole fasi dell'intero procedimento"

[8] E' infondata la censura di violazione degli artt. 6 e 7 legge n. 241/1990 proposta avverso l'ordinanza di demolizione, perché la l. 241 non prevede l'obbligo di instaurare il contraddittorio anche durante i sopralluoghi o gli accertamenti tecnici della pubblica amministrazione: TAR Valle d'Aosta, 15 settembre 2003, n. 179 in Foro amm. TAR 2003, 2842

[9] Oggi la legge di riforma ha previsto, però, che i risultati della valutazione dell'amministrazione siano oggetto di un'ulteriore fase partecipativa nei procedimenti ad istanza di parte che si possano concludere con un provvedimento negativo (art. 10-bis l. 241/90) ampliando così la portata della partecipazione.

[10] Cons. Stato, sez. V, 2 febbraio 1996, n. 132.

[11] Cons. Stato, sez. V, 8 febbraio 2005, n. 342,
in [www. Giustamm.it](http://www.Giustamm.it).

La funzione di garanzia del <<contenuto minimo>> della partecipazione, svolta dalla L. 241/90 rispetto all'ordinamento degli enti locali è generalizzata e ricondotta, dopo la riforma del titolo V della costituzione, alla potestà legislativa statale esclusiva in materia di <<determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale>>

[12] La legge 287/90 e il D.P.R. n. 461/1991, emanato in attuazione dell'art. 10, comma 5, della citata legge; poi sostituito dal D.P.R. n. 217/98, introducono una disciplina rispondente all'esigenza di garantire il rispetto al contraddittorio.

[13] Cons. Stato, VI, 22 marzo 2001, n. 1699

[14] Trib. CE, T - 30/90, 29/06/95, Solvay e trib. CE, T - 36/91 - 29/06/95, I.C.I.

[15] Nello stesso senso anche V. Cerulli Irelli, Osservazioni generali sulla legge di modifica della l. n. 241/90. Il parte, www.giustamm.it, secondo cui, peraltro, la norma <<comporta che nell'ambito di ogni procedimento, nel quale la fase decisoria sia strutturalmente separata da quella istruttoria, in ordine agli uffici rispettivamente competenti, la fase istruttoria debba necessariamente concludersi con una relazione scritta>>.

[16] Già prima dell'entrata in vigore della l. 7 agosto 1990, n. 241, che, all'art. 6, impone all'amministrazione di chiedere alla parte istante ogni ulteriore produzione documentale, ritenuta necessaria ai fini della decisione, la p.a. aveva l'onere di chiedere il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erronee o incomplete, poteva eseguire accertamenti ed ispezioni ed ordinare esibizioni documentali: Cons. Stato, sez. IV, 30 settembre 1996, n. 1065, in Foro amm., 1996, 2616.

[17] Cons. Stato, Ad. Plen. 22 dicembre 1999 n. 14.

[18] È il caso, ad esempio dell'art. 8 del d.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554 che ha disciplinato in modo specifico i poteri del responsabile del procedimento negli appalti di lavori pubblici.

[19] La norma si armonizza con la giurisprudenza che ancor prima reputava che la contraddittorietà dell'atto con i risultati dell'istruttoria costituisca un vizio del provvedimento idoneo a inficiare la legittimità. Si tratta di un vizio della motivazione in quanto, secondo l'art. 3 della L. 241/90, la motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione amministrativa, in relazione alle risultanze dell'istruttoria (vedi sui vizi della motivazione in generale, il capitolo 5). La giurisprudenza ha qualificato tale vizio come eccesso di potere, in quanto costituisce una violazione delle regole di logica ed imparzialità che, costituiscono limiti intrinseci del potere amministrativo. In particolare i giudici riconoscono, tra le figure sintomatiche dell'eccesso di potere, il difetto dell'istruttoria inteso come mancata acquisizione di tutti gli elementi che la legge o la situazione di fatto richiedeva al fine della decisione o come mancata valutazione degli elementi raccolti.

[20] L'art. 10-bis della legge 241/90, introdotto dall'art. 6 della legge di riforma, introduce, anche uno stadio predecisorio per procedimenti ad istanza di parte che debbono concludersi con un provvedimento negativo, nel quale si svolge un'ulteriore fase partecipativa.

[21] Secondo una formula di sintesi elaborata da S. Tarullo, L'art. 10 bis della l. n. 241/90: il preavviso di rigetto tra garanzia partecipativa e collaborazione istruttoria, in www.giustamm.it, la legge n. 15/2005 ha introdotto <<il preavviso di rigetto(dell'istanza), o (pre)avviso di provvedimento sfavorevole>>.

[22] S. Tarullo, ap.cit.

[23] V. Cerulli Irelli, Osservazioni generali sulla legge di modifica della l. n. 241/90, in www.giustamm.it.

[24] A meno di non voler ammettere la possibilità di impugnare la comunicazione dei motivi ostativi, che però sembra essere solo un atto endoprocedimentale, propedeutico all'adozione del provvedimento definitivo, ed in quanto tale non validamente impugnabile, In senso opposto cfr. F. Francario, dalla legge sul procedimento amministrativo alla legge sul provvedimento amministrativo (sulle modifiche ed integrazioni recate dalla legge 15/2005 alla legge 241/90), www.giustamm.it.

<https://www.diritto.it/la-partecipazione-al-procedimento-amministrativo-diluizione-del-potere-e-relazione-comunicativa/>