

Il rapporto tra il preavviso di rigetto (art. 10 bis legge n. 241/1990) e la sanatoria dei vizi dell'atto amministrativo (art. 21 octies legge n. 241/1990) secondo il T.A.R. Puglia e la giurisprudenza amministrativa

Autore: Sgueo Gianluca

In: Diritto amministrativo

1. Lo svolgimento dei fatti - 2. L'art. 10 bis. Brevi considerazioni sulla partecipazione dei privati al procedimento - 3. L'art 21 octies e la salvaguardia dell'atto amministrativo irregolare - 4. Il rapporto tra le contrapposte esigenze: garantismo (art. 10 bis) o economicità decisionale (art. 2 octies)? - 5. Conclusioni

1. Lo svolgimento dei fatti

Il giudice amministrativo di prime cure, nella sentenza n. 2125 del 28 maggio 2006, dirime una complessa questione interpretativa inerente il rapporto tra due istituti di recente introduzione nella disciplina del procedimento amministrativo[1]. Nel dettaglio, la seconda sezione del T.A.R. Puglia opera seguendo due diversi criteri valutativi, tra loro collegati. Sviluppa, anzitutto, una linea interpretativa di natura estensiva con riguardo al contenuto dell'art. 10 bis della Legge 7 agosto 1990, n. 241 (d'ora in avanti: L. 241/90). Addiviene poi, derivandola da quella, ad un restringimento del campo di operatività dell'art. 21 octies della medesima legge. In particolare, specifica che la funzione sanante da questo introdotta nei confronti dell'atto amministrativo di cui si sia omessa la comunicazione verso gli interessati (ma che, tuttavia, presenti un contenuto non diverso da quello che avrebbe avuto qualora si fosse provveduto ad assolvere l'onere di comunicazione) deve interpretarsi in modo restrittivo. Tale sanatoria, pertanto, non può legittimamente estendersi ad ipotesi di omissione comunicativa assimilabili, ma non identiche. Tale è, appunto, il caso in esame, in cui la mancata comunicazione riguarda il preavviso di rigetto.

Così i fatti: la ricorrente, società a responsabilità limitata la cui denominazione sociale risponde a "Serenissima", l'08 novembre 2000 presentava un'istanza per il rilascio di una licenza per lo svolgimento di attività di vigilanza privata nel territorio di Bari e provincia. Il 30 gennaio 2006 il Prefetto della

Provincia di Bari - l'organo competente a pronunciarsi sulla richiesta - rigettava l'istanza con Decreto Prefettizio n. 151/16°/O.P.bis. La decisione veniva notificata all'istante pochi giorni più tardi, il 10 febbraio. L'istante, a fronte del diniego, presentava ricorso, notificandolo il 4 aprile all'amministrazione prefettizia, nella qualità di controinteressata, e depositandolo in cancelleria il 3 maggio. Tramite questo chiedeva al giudice l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia, del Decreto Prefettizio.

La questione principale che il Tribunale amministrativo si trova a dover risolvere riguarda la presunta violazione dell'art. 10 bis L. 241/90, per mancata comunicazione del preavviso di rigetto. In altre parole, lamenta la ricorrente, la circostanza secondo la quale l'amministrazione adita abbia omesso di comunicarle preventivamente l'intenzione di rigettare l'istanza, costituisce una violazione della norma richiamata e, più in generale, del diritto alla partecipazione al procedimento che, tra le altre, in quella norma si estrinseca.

L'amministrazione si difende invocando un'altra disposizione: l'art. 21 octies L. 241/90. Essa non nega l'esistenza di un vizio - appunto, l'omessa comunicazione dell'intenzione di rigettare l'istanza - ma ne contesta la rilevanza sostanziale. Poiché, si sostiene nelle memorie difensive, la decisione di concedere o meno la licenza non avrebbe subito mutamenti a seguito della produzione di ulteriori elementi probatori a favore dell'istante, il vizio che affligge l'atto non sarebbe tale da mutarne la destinazione e gli effetti concreti. Conseguentemente, l'atto è valido.

2. L'art. 10 bis. Brevi considerazioni sulla partecipazione dei privati al procedimento

Per comprendere appieno le motivazioni - invero piuttosto sintetiche - addotte dal giudice nella sentenza è opportuno svolgere una breve ricognizione preliminare sugli istituti interessati. Cominciamo dal cd. "preavviso di rigetto", o, secondo la definizione datane dal legislatore del 2005, "comunicazione dei motivi ostativi dell'accoglimento dell'istanza"[2].

L'istituto presiede ad uno scopo fondamentale all'interno del procedimento amministrativo: garantisce la partecipazione diretta degli interessati al processo decisionale dell'amministrazione. Il coinvolgimento dei privati, nello specifico, si svolge a livello endo-procedimentale. Questo significa che, qualora l'amministrazione adita intenda rigettare la richiesta del privato, deve preventivamente comunicargli la sua intenzione, motivandola. L'interessato a questo punto ha due possibilità. Può accettare la decisione dell'amministrazione, limitandosi a non porre in essere ulteriori atti, riservandosi eventualmente la possibilità di proporre nuovamente istanza in un secondo momento. Altrimenti, può integrare la sua domanda iniziale con ulteriore documentazione a supporto, affinché l'amministrazione, presane visione, possa riconsiderare la propria posizione e mutare l'esito della decisione.

È da notare che, qualora si verifichi la seconda delle due possibilità descritte, l'amministrazione non è vincolata all'assunzione di una decisione diversa da quella iniziale. Tuttavia, dovrà motivare adeguatamente, tenendo conto di tutti gli elementi probatori introdotti dall'istante, la propria decisione conclusiva.

È chiaro dunque che l'istituto recepisce, e traduce, tre principali esigenze. Garantisce, anzitutto, la necessità di un procedimento trasparente[3]. Favorisce, in secondo luogo, la deflazione del contenzioso. Risponde cioè all'esigenza di accrescere la funzionalità del procedimento, favorendo le possibilità di auto-correzione delle amministrazioni, e, di conseguenza, riducendo le ipotesi nelle quali il privato debba rivolgersi alla giustizia amministrativa per ottenere ragione. Infine, e soprattutto, il preavviso di rigetto garantisce un migliore dialogo tra l'amministrazione ed i privati. In questo senso si fa portatore della necessità di avvicinare l'esercizio delle funzioni pubbliche ai privati cittadini, permettendo loro di essere parte attiva nell'assunzione delle decisioni, e non più solamente destinatari delle stesse. Può dirsi quindi che l'istituto risponde all'esigenza di democraticizzazione del procedimento amministrativo, o, più in generale, del decisionismo pubblico.

3. L'art. 21 octies e la salvaguardia del provvedimento amministrativo irregolare

C'è una quarta funzione che svolge l'istituto del preavviso di rigetto, che deriva direttamente dalle prime tre: esso permette all'amministrazione di risparmiare tempo e denaro. Questa funzione, tuttavia, che resta latente nell'istituto esaminato, diviene invece preponderante in un altro articolo, anch'esso frutto delle modifiche legislative del 2005. Si tratta dell'art. 21 octies, che titola "annullabilità del provvedimento". Ad interessare è soprattutto il secondo comma, nel quale si fanno salvi (dall'annullabilità) tutti i provvedimenti adottati in violazione di norme procedurali in due distinte ipotesi. La prima, più generale, che riguarda solo i provvedimenti aventi natura vincolata, a condizione che "sia palese" che il contenuto di questi non avrebbe potuto essere diverso se si fosse rispettata la norma procedimentale interessata.

La seconda ipotesi è più specifica: fa salvo il provvedimento amministrativo frutto di un procedimento il cui inizio non sia stato comunicato alle parti, a condizione che l'amministrazione assolva l'onere della prova su di essa gravante, dimostrando che anche in questo caso il contenuto non avrebbe potuto essere diverso da quello che si è adottato[4].

È dunque evidente che il legislatore, recependo un consolidato indirizzo giurisprudenziale, abbia inteso limitare i casi di annullabilità alle ipotesi in cui la violazione di estrinseci in una reale violazione dei diritti (prevalentemente partecipativi) degli interessati[5].

Così come nel diritto privato, dal quale l'istituto è mutuato, il principio di conservazione dell'atto intende tutelare la volontà dei privati, evitando loro di dover ripetere le operazioni necessarie per il

perfezionamento dell'accordo, qualora sia evidente la loro intenzione, pur in presenza di un vizio dello stesso, alla medesima logica si ispira la disposizione in esame.

Senonchè, in questo caso, a differenza del diritto che regola la volontà dei privati, i criteri che informano l'attività delle amministrazioni derivano pur sempre da un rapporto di tipo autoritativo. Non appare negabile la circostanza per cui il privato e l'amministrazione non siano sullo stesso piano. La prima manterrà una posizione di prevalenza, dovuta ad esigenze improcastinabili: la tutela di un interesse della collettività, di fronte al quale quello del singolo, per quanto significativo, deve necessariamente arretrare.

4. Il rapporto tra le contrapposte esigenze: garantismo (art. 10 bis) o economicità decisionale (art. 21 octies)?

La divergenza tra i due principi ispiratori, ed i relativi istituti, apparirà, giunti a questo punto, chiara al lettore. Si tratta, in altre parole, di dover conciliare la necessità, da una parte, di permettere ai privati di prendere parte al procedimento. È vero che questa possibilità consente di favorire un minore dispendio di energie temporali ed economiche all'amministrazione. Ma questo "risparmio" segue un percorso tortuoso e difficilmente valutabile nel breve termine. Apparentemente, infatti, il miglioramento delle condizioni di accessibilità al procedimento favorisce la conseguenza opposta: aggrava i tempi per le amministrazioni, costrette a tener conto di esigenze contrapposte tanto nella fase iniziale, quanto in quella conclusiva del procedimento.

Dalla parte opposta si colloca invece l'art. 21 octies o, più in generale, l'intero Capo IV bis del procedimento. In questo caso si crea il problema opposto: se intendiamo garantire all'amministrazione un concreto risparmio in tempo e denaro dobbiamo necessariamente introdurre meccanismi sananti, come è quello contemplato dalla disposizione in esame. Tuttavia, questa circostanza comporta un rischio non indifferente: il privato rischia di vedersi sottratte quelle garanzie che, poco prima, il legislatore aveva enunciato.

Non è un caso che più di un autore, e la giurisprudenza[6], si siano legittimamente interrogati sulla costituzionalità della disposizione[7]. La possibile soluzione potrebbe ricercare il fondamento di questa legittimità nel rapporto tra il comma primo dell'art. 24 e i commi 2 e 3 dell'art. 113 della Costituzione. In sostanza, la disposizione sarebbe legittima nella misura in cui il legislatore, nel sottrarre al privato una tutela giurisdizionale ordinaria (quella dell'annullamento) predisponesse contemporaneamente una tutela alternativa.

La domanda allora è: esiste un corrispettivo di tutela rispetto alle ipotesi di sanatoria dell'atto che legittimi costituzionalmente la scelta del legislatore del 2005 e bilanci le contrapposte esigenze di partecipazione ed economia procedurale?

Il giudice non si interessa del primo problema, che resta, pertanto, sullo sfondo. Risolve però il secondo, riducendo la portata delle ipotesi di esclusione di responsabilità e ripristinando le garanzie per i privati. In particolare laddove specifica che: “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 mancata adozione del preavviso di rigetto”, intende evidentemente restringere la portata applicativa dell’art. 21 octies, salvaguardando contestualmente l’applicazione estensiva dell’istituto del preavviso di rigetto.

5. Conclusioni

Restano due considerazioni da fare a margine del discorso principale. La prima è una constatazione di fatto: la sentenza in commento si inserisce in un dibattito giurisprudenziale tutt’ora aperto, nel quale i giudici hanno preso posizioni tra loro estremamente diversificate, talora opposte.

Possiamo citare, a titolo esemplificativo, quattro sentenze. La prima, del T.A.R. Lazio, n. 6358 del 2005, si presta (a giudizio di chi scrive) a riassumere in modo efficace gli orientamenti giurisprudenziali divergenti da quello esposto in tema di comunicazione di avvio del procedimento e dei limiti all’annullabilità del provvedimento amministrativo che sia frutto di un procedimento in cui detta comunicazione sia stata omessa[8]. Nel caso in esame, vertente sul rilascio di una concessione edilizia, il giudice richiama alcuni precedenti decisioni e conclude per l’applicabilità dei limiti imposti dall’art. 21 octies anche ai provvedimenti di natura discrezionale. Una scelta che, ad onor del vero, risulta piuttosto lacunosa nelle motivazioni e costituisce, forse, più una conseguenza diretta della volontà di non prendere posizione su un tema delicato che di un ragionamento ponderato ed adeguatamente argomentato[9].

Anche la seconda e la terza sentenza, che per comodità espositiva considereremo congiuntamente, offrono una conferma sulla sussistenza di opinioni divergenti. In questo caso, la circostanza è tanto più significativa per due ragioni. Anzitutto, a pronunciarsi è lo stesso T.A.R. Puglia, seppure in diversa sede. Poi, perché l’interpretazione offerta del rapporto tra le due disposizioni è specularmente opposta a quella utilizzata dal T.A.R. di Bari.

Si tratta della sentenza n. 5633 del T.A.R. Puglia, Lecce, sez. II, del dicembre 2005[10], e della sentenza n. 507 del T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, del 26 gennaio 2006[11]. In entrambi i casi il giudice amministrativo argomenta in ordine alla irrilevanza, ai fini dell’invalidità dell’omessa comunicazione del preavviso di rigetto in virtù di due ragioni. La prima, in virtù della quale la comunicazione che preavvisa l’interessato del rigetto dell’istanza discende direttamente dalla comunicazione di avvio del procedimento che contempla l’art. 7 L. 241/90. La seconda, che della precedente è diretta conseguenza, per cui sarebbe estensibile a tali ipotesi l’art. 21 octies, L. 241/90. Il giudice, in altre parole, sarebbe tenuto a verificare se la partecipazione del privato pretermesso avrebbe potuto apportare un’utilità sostanziale o meno all’esito del procedimento[12].

La seconda sentenza è più direttamente pertinente con l'oggetto del discutere, ed affronta i problemi interpretativi che si legano al rapporto tra le due disposizioni procedurali[13]. Si tratta della sent. N. 2837, 3 ottobre 2005, del T.A.R. Piemonte, sezione I[14]. In questo caso, a rilevare è una questione analoga a quella affrontata dal T.A.R. Puglia. Si tratta cioè di comprendere se il provvedimento finale debba considerarsi o meno invalido se si è ommesso di provvedere alla comunicazione del preavviso di rigetto, ma, al tempo medesimo, si verifichi una di queste tre circostanze. La prima: il soggetto istante ha comunque avuto notizia dei motivi ostativi all'accoglimento della sua istanza e può controdedurre rispetto ad essi. La seconda: se il contenuto del provvedimento finale non sarebbe stato modificato neppure all'esito di una effettiva partecipazione. La terza: c'è stato un contraddittorio sulle ragioni che hanno indotto la pubblica amministrazione a maturare l'intenzione di rigettare l'istanza, a prescindere da una conoscenza dei motivi di rigetto acquisita al di fuori dell'ambito procedimentale.

Nel caso in esame (corrispondente alla prima delle tre ipotesi suesposte) il Tribunale piemontese ha cassato il provvedimento amministrativo impugnato, non ritenendo decisiva la portata contenutistica del secondo comma dell'art. 21 octies. Le due disposizioni, si legge nella motivazione, non possono essere lette come se l'una, quella inerente il preavviso di rigetto, si interrompa di fronte alla seconda. Al contrario, la partecipazione procedimentale assurge a rango di autentico valore costituzionale e prevale, come tale, sull'esigenza di salvaguardare il provvedimento irregolare.

La seconda considerazione conclusiva discende, in parte, dalle conclusioni raggiunte dal giudice nella sentenza in commento e, per altra - e preponderante - parte, dalla breve ricognizione della giurisprudenza più significativa sul problema. È chiaro che ci troviamo di fronte ad uno dei nodi interpretativi più complessi che la giurisprudenza amministrativa dovrà affrontare negli ultimi anni. Lo dimostrano tre fattori: l'incertezza di alcune pronunce sul problema, a testimonianza della difficoltà di assumere decisioni certe in un contesto applicativo tuttora incerto; le oscillazioni della giurisprudenza, tali da impedire il formarsi di un orientamento consolidato che offra un punto di partenza, ed un chiarimento, per i futuri giudici chiamati a pronunciarsi sulla questione; infine, le incertezze avanzate da certa dottrina, e da parte della giurisprudenza, sulla legittimità costituzionale della disposizione.

Che queste incertezze derivino dalle notevoli oscillazioni che la riforma ha subito prima di essere approvata è fuori di dubbio[15]. Resta il fatto che, in assenza di una risposta normativa convincente, sarà l'attività esegetica del primo interprete delle norme: il giudice, a rivelarsi decisiva. In gioco c'è più di quanto si pensi: l'amministrazione che persegue l'efficienza a discapito delle garanzie individuali, da una parte. Dall'altra, l'interesse - elevato oggi al rango di diritto, e ciò nonostante avversato da insidie continue, come dimostra il caso di specie[16] - dei cittadini a veder garantita la propria posizione nello svolgimento dei processi decisionali.

Gianluca Sgueo

[1] Si tratta della L. 11 febbraio 2005, n. 15, titolante “Modificazioni ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241, concernente norme generali sull’azione amministrativa”, pubblicata in G.U. n. 42 del 21 febbraio 2005

[2] Cfr. Tarullo S., L’art. 10 bis della L. n. 241/90: il preavviso di rigetto tra garanzia partecipativa e collaborazione istruttoria, in *Giustizia amministrativa*, 2005, I, pag. 109: “In carenza di precedenti giurisprudenziali dovuti alla portata innovativa dell’istituto (...) è stato lo stesso legislatore del 2005 ad attribuire una denominazione alla figura, battezzata nella rubrica legis dell’art. 10 bis Comunicazione dei motivi ostativi all’accoglimento dell’istanza. Sennonchè, per brevità, appare preferibile impiegare dizioni più agili e sintetiche, quali preavviso di rigetto (dell’istanza), o (pre)avviso di provvedimento sfavorevole”.

[3] Cfr. Cfr. Tarullo S., L’art. 10 bis della L. n. 241/90: il preavviso di rigetto tra garanzia partecipativa e collaborazione istruttoria, in *Giustizia amministrativa*, 2005, I, pag. 109: “Ad un primo approccio non può negarsi che essa costituisca una ulteriore manifestazione di quel principio di trasparenza che già pervadeva la stesura originaria della L. n. 241/90 e che trova oggi un esplicito riferimento testuale nel co. 1° dell’articolato, come modificato dall’art. 1 della novella”. In tal senso anche Micari G., Il preavviso di rigetto provvedimento, la “partecipazione nella partecipazione” e l’art. 21 octies della L. n. 241 del 1990 al vaglio giurisprudenziale, in *Giurisprudenza di merito*, 2006, VI, pagg. 1542 ss. L’autore, inoltre, sottolinea come l’istituto recepisca e traduca all’interno del procedimento il principio di buona fede procedimentale, “in un’ottica tanto garantista per l’interlocutore privato, quanto collaborativa (anche se tale finalità assume natura obiettiva, accessoria a quella, egoisticamente consapevole, di stampo garantista”.

[4] Tuttavia, la giurisprudenza maggioritaria e parte della dottrina ritengono che il secondo comma contempli anche i provvedimenti discrezionali, non solo quelli vincolati. Si prenda, a titolo di esempio, la sentenza n. 483 del TAR Sardegna, sez. II, del 9 marzo 2005. In essa il giudice precisa che la prima parte del comma 2 introduce dei limiti al potere di annullamento in sede giurisdizionale, ma solo in presenza di atti vincolati. Invece, per quanto riguarda la seconda parte della norma, il fatto che essa si riferisca ad un solo tipo di vizio (e sia, dunque, più limitata rispetto alla prima) viene bilanciato dal fatto che la sua applicazione non discenderebbe dalla natura vincolata o discrezionale del procedimento di adozione. Dello

stesso orientamento anche il TAR Campania, Salerno, sez. I, 7 aprile 2005, n. 1276. Per quanto riguarda la dottrina si veda Cerreto V., Prime osservazioni sulla L. 15 del 2005 di modifica della l. n. 241 del 1990: “il nuovo ruolo delle pubbliche amministrazioni, in www.giustiziaamministrativa.it

[5] Ne deriva, secondo alcuni, che il vizio verrebbe degradato ad una mera irregolarità che, come tale, risulta sanabile. La produzione dottrina in tema di irregolarità ed invalidità dell’atto è sconfinata. Si suggerisce la lettura di Giannini M.S., *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, pagg. 645 ss.; Cammeo F., *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1960, pagg. 596 ss.; Guarino G., *Atti e poteri amministrativi*, Milano, 1994, pagg. 243 ss.; Cassese S., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2004, pag. 272 ss.; in senso contrario Urania Galletta D., *Notazioni critiche sul nuovo art. 21 octies della L. n. 241/90*, in *Giustizia amministrativa*, 2005, I, pag. 119: “La regola del raggiungimento dello scopo presuppone, diversamente dall’irregolarità, che l’invalidità dell’atto sussista in astratto, ma che essa venga reputata in concreto irrilevante, in ragione del fatto che, da un’indagine operata ex post da parte del giudice, rispetto a quel singolo caso, emerge che lo scopo dell’atto è stato comunque raggiunto, nonostante il vizio riscontrato”.

[6] Valgano su tutte le considerazioni svolte dal TAR Sardegna, n. 1464 del 2005, laddove si prende consapevolezza delle difficoltà interpretative riguardanti la disposizione in esame e si sottolinea come la dottrina ne contesti con sempre maggiore insistenza la compatibilità con i principi costituzionali deducibili dagli artt. 24 e 113 della Costituzione. Inoltre, la disposizione apparrebbe contraddittoria dal momento che contrasterebbe con la decisione del legislatore di rafforzare l’ambito di applicazione della comunicazione di avvio del procedimento.

[7] V. in particolare Urania Galletta D., *Notazioni critiche sul nuovo art. 21 octies della L. n. 241/90*, in *Giustizia amministrativa*, 2005, I, pag. 123: “Trattasi della nota questione, se possano esistere nel nostro ordinamento norme rispetto alla violazione delle quali la posizione giuridica vantata dal cittadino risulti priva di tutela: perché questa situazione rappresenterebbe un’inaccettabile limitazione del diritto d’azione, che pone seri problemi di contrasto con le previsioni contenute negli articoli 24 e 113 della nostra Costituzione”; Saitta F., *L’omessa comunicazione dell’avvio del procedimento: profili sostanziali e processuali*, in *Diritto amministrativo*, 2000, pagg. 484 ss.

[8] Per un commento esaustivo sulla sentenza si confronti Pirruccio P., *Comunicazione di avvio del procedimento ex L. n. 15 del 2005: profili interpretativi ed applicativi*, in *Giurisprudenza di merito*, 2006,

II, pagg. 460 ss.

[9] V. Pirruccio P., Comunicazione di avvio del procedimento ex L. n. 15 del 2005: profili interpretativi ed applicativi, in *Giurisprudenza di merito*, 2006, II, pagg. 466: “(...) bisogna rilevare che non sembra pienamente convincente l’interpretazione unanime da parte del TAR della seconda parte del comma 2 dell’art. 21 octies, ritenuta applicabile sia agli atti di natura vincolata sia a quelli di natura discrezionale. I TAR non forniscono, difatti, alcuna spiegazione sull’iter interpretativo seguito per pervenire a siffatta conclusione. Essi, come si è rilevato, si limitano solo ad affermare che la norma costituisca null’altro che il semplice recepimento del precedente orientamento giurisprudenziale (che, come noto, riguardava proprio gli atti discrezionali, mentre per quelli vincolati se ne era formato un altro che addirittura escludeva la stessa necessità di comunicazione di avvio)”.

[10] V. Zaramella S., Preavviso di rigetto ex art. 10 bis della L. n. 241/1990, in *Studium iuris*, 2006, VI, pagg. 736 ss.

[11] V. Zaramella S., Omessa comunicazione e art. 21 octies della legge n. 241/1990, in *Studium iuris*, 2006, VII-VIII, pagg. 915 ss.

[12] Nella seconda delle decisioni citate l’argomentazione viene estesa alla natura vincolata o discrezionale del provvedimento adottato. Si veda Zaramella S., Omessa comunicazione e art. 21 octies della legge n. 241/1990, in *Studium iuris*, 2006, VII-VIII, pag. 916: “Secondo il giudice adito, la mancata comunicazione sia dell’avvio del procedimento edilizio (...), sia dei motivi ostativi all’accoglimento dell’istanza concessoria (...), si configurano quali tipici vizi procedimentali, che, nella fattispecie all’esame, non possono aver inficiato la legittimità del provvedimento finale di diniego, in quanto emanato nell’esercizio di un’attività tipicamente vincolata, fondata sulla mera applicazione delle disposizioni del vigente P.R.G., le quali non lasciavano alcun margine di valutazione circa la non assentibilità dell’intervento programmato”. Bisogna ricordare che anche alcuni autori si sono pronunciati a favore di questo orientamento. Si veda, ad esempio, Tarullo S., L’art. 10 bis della L. n. 241/90: il preavviso di rigetto tra garanzia partecipativa e collaborazione istruttoria, in *Giustizia amministrativa*, 2005, I, pagg. 109 ss.

[13] La giurisprudenza sulle due disposizioni è piuttosto ampia. Ci si è limitati in questa occasione a

fornire le sole indicazioni essenziali, affidando al lettore il compito di approfondire gli aspetti di maggiore interesse in autonomia. Se segnala, a tale proposito, la sentenza del TAR Campania, sez. VII, 12 giugno 2006, n. 6981, nella quale si esplicita in modo specifico il tema dell'impugnabilità dle preavviso di rigetto. Questo, sostiene il giudice, riveste natura endo-procedimentale, perché impone all'amministrazione di instaurare un contraddittorio interno al procedimento, qualora intenda rigettare le motivazioni del privato. Come tale, conclude il tribunale, non è autonomamente impugnabile. La sentenza è rinvenibile con commento, in Freni F., Preavviso di rigetto, in *Il Foro amministrativo - TAR*, 2006, V, pagg. 51 ss. Si confronti anche la sentenza del TAR Campania, sez. VII, 4 luglio 2004, n. 9369, in tema di diniego opposto da una Capitaneria di porto alla richiesta di concessione marittima ad uso turistico, insistente su una zona demaniale. La sentenza è interessante perché si discosta dall'orientamento riportato ed offre una lettura congiunta delle due disposizioni, tale, sembrerebbe, da ammettere la legittimità del provvedimento di diniego che non sia stato preceduto da un contraddittorio endo-procedimentale, se ricorrono le condizioni presenti nel secondo comma dell'art. 21 octies.

[14] Cfr. Micari G., Il preavviso di rigetto provvedimento, la "partecipazione nella partecipazione" e l'art. 21 octies della L. n. 241 del 1990 al vaglio giurisprudenziale, in *Giurisprudenza di merito*, 2006, VI, pagg. 1542 ss.

[15] Ne da ampio resoconto Urania Galletta D., Notazioni critiche sul nuovo art. 21 octies della L. n. 241/90, in *Giustizia amministrativa*, 2005, I, pag. 118: "Il disegno di legge in questione ha vissuto una storia parlamentare alquanto sofferta, ed è stato - come noto - bersaglio di vivaci critiche da parte della dottrina. In particolare, molto dibattuta è stata, sin dal principio, quella parte della legge che ha inserito nella L. n. 241/1990 un Capo IV-bis, intitolato Efficacia ed invalidità del provvedimento amministrativo. Revoca e recesso. E, all'interno di questo capo, suscita preoccupazione soprattutto quella previsione, che nell'originaria proposta di legge presentata l'8 marzo 2000 d'iniziativa del deputato Prof. Vincenzo Cerulli Irelli, era la previsione ex art. 9, sulla annullabilità del provvedimento amministrativo".

[16] Considerazioni analoghe, tuttavia, potrebbero farsi per il panorama europeo ed internazionale. In tal senso si rimanda alla lettura di Cassese S., La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche - saggio di diritto comparato, pubblicando su *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2007

<https://www.diritto.it/il-rapporto-tra-il-preavviso-di-rigetto-art-10-bis-legge-n-2411990-e-la-sanatoria-dei-vi>

zi-dell-atto-amministrativo-art-21-octies-legge-n-2411990-secondo-il-t-a-r-puglia-e-la-giurisprudenza/