

Il preavviso di rigetto previsto dall' art 10 bis della legge 241/90. Riflessioni su alcune cruciali problematiche

Autore: Gaspari Alessandra

In: Diritto amministrativo

Introdotta dalla legge 15/05, il preavviso di rigetto costituisce l'atto con il quale, nei procedimenti ad istanza di parte, il responsabile del procedimento o l'autorità competente, prima di adottare il provvedimento negativo, informa tempestivamente l'interessato dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza, accordando allo stesso un termine di 10 gg per produrre osservazioni scritte o elementi documentali a propria difesa.

Come si evince dallo stesso tenore letterale dell'art 10 bis della legge 241/90, si tratta di un atto avente natura endoprocedimentale, non impugnabile perché non immediatamente lesivo, che deve essere adottato, come precisato in dottrina ed in giurisprudenza¹, in fase predecisoria, dopo l'espletamento dell'attività istruttoria vera e propria e non prima, al fine di garantire autentica effettività al diritto di contraddittorio dell'interessato.

Sucedaneo della comunicazione di avvio del procedimento di cui all'art 7 della medesima legge 241/90, non prevista nei procedimenti ad istanza di parte, il preavviso di rigetto assolve ad una pluralità di funzioni: in primo luogo e prevalentemente garantisce il contraddittorio dell'interessato, in attuazione del principio del giusto procedimento; assicura il rispetto dei principi di buon andamento, di economicità e di efficienza dell'azione amministrativa di cui agli artt 97 Cost e 2 e 6 della legge 241/90; favorisce, infine, la deflazione del contenzioso sollecitando la composizione ed il superamento dei conflitti in sede procedimentale.

Rispetto a questo istituto particolare interesse assume la disamina relativa ad alcuni aspetti di criticità riguardanti l'ambito di applicazione, l'incidenza del preavviso rispetto ai procedimenti di formazione delle fattispecie di silenzio e le conseguenze derivanti sul provvedimento finale dall'omissione dello stesso o dalla mancata valutazione delle osservazioni di parte nella motivazione.

Per quanto riguarda l'ambito applicativo, l'art 10 bis fa espresso riferimento ai procedimenti ad istanza di parte ed esclude solo le procedure concorsuali ed i procedimenti in materia previdenziale ed assistenziale.

Sul punto la giurisprudenza prevalente se da un lato interpreta queste deroghe come eccezionali² dall'altro ritiene l'elencazione non tassativa in ragione della necessità di contemperare la ratio dell'istituto in esame con altre esigenze rilevanti per l'ordinamento³.

Pacificamente esclusa, in virtù del chiaro dato testuale, l'estensione ai procedimenti ad iniziativa ufficiosa anche attivati da denunce o esposti di terzi⁴ e a quelli di secondo grado perché intervengono su un assetto di interessi pubblici e privati interamente definito da un provvedimento ormai intangibile⁵, assai controversa appare, invece, in dottrina ed in giurisprudenza, l'applicabilità ai procedimenti contenziosi e ad altri per così dire speciali quali l'accesso agli atti, la scia edilizia, i provvedimenti adottati all'esito di conferenze di servizi decisorie o da organi collegiali.

In tutti i casi dubbi sopra indicati, invero la giurisprudenza, partendo dall'interpretazione letterale delle norme in questione, procede poi ad un'attenta valutazione delle relative ratio e alla ponderazione degli interessi in gioco.

In particolare, sono esclusi i procedimenti amministrativi contenziosi argomentando sia che l'art 10 bis riguarda la funzione di amministrazione attiva della Pa e non quella contenziosa sia che sono prevalenti le esigenze di segretezza e di imparzialità nell'emanazione delle decisioni dei ricorsi gerarchici⁶.

Analogamente, rispetto al procedimento di accesso agli atti, pur riconoscendone l'astratta compatibilità a condizione che il preavviso sia notificato anche al contro interessato, si propende per la tesi negativa perché la sua applicazione comprometterebbe le esigenze di snellimento e celerità tipiche del rito ai danni dello stesso interessato⁷.

Le medesime, prevalenti esigenze di semplificazione e di celerità nonché il rispetto della ratio dell'istituto della conferenza di servizi decisoria sono alla base della ritenuta preclusione anche nei procedimenti svolti con la modalità della conferenza dei servizi decisoria. Se in linea teorica si riconosce che il principio della partecipazione del privato al procedimento non dovrebbe essere eluso a seconda delle modalità con cui il procedimento viene condotto come implicitamente confermato, in questo senso, dallo stesso art 10 bis che imputa l'onere comunicativo al responsabile del procedimento o all'autorità competente (in tal modo estendendo questo compito anche ad un organismo collegiale), di fatto se ne riscontra l'incompatibilità perché l'inserzione di questo atto nell'iter della conferenza decisoria creerebbe un appesantimento procedurale così rilevante da snaturare completamente la finalità di quell'istituto.

A parere di chi scrive non sussisterebbero, invece, né le predette né altre ragioni ostative all'applicazione dell'istituto in esame da parte di veri e propri organi collegiali, da effettuarsi anche mediante designazione di questo compito ad un responsabile del procedimento nominato ad hoc.

Anche con riferimento ai procedimenti a carattere vincolato, malgrado l'apodittica affermazione di inapplicabilità assunta recentemente in giurisprudenza⁸ si condivide la tesi di chi ritiene⁹ che questa fattispecie esula dal novero dei casi non tipizzati di manifesta incompatibilità perché in presenza di un concetto giuridico indeterminato (il fatto palese che il contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato) l'inutilità dell'apporto partecipativo ex art 21 octies non può essere affermata in generale, in modo assoluto ed in automatico, ma deve essere verificata caso per caso dal giudice.

Rispetto alla scia edilizia, infine, la prevalente giurisprudenza¹⁰ adduce argomentazioni in parte differenti a sostegno della tesi negativa: non solo la scia non viene considerata equivalente ad un'istanza di parte ma si invoca anche il principio della prevalenza della norma speciale su quella generale. L'art 23 del DPR n 380/2001 è considerato prevalente rispetto alle garanzie minime ed inderogabili previste dal capo III della legge 241/90 perché prevede forme di confronto tra privato e Pa ancora più pregnanti ed estese rispetto a quelle assicurate con l'art 10 bis. Con riferimento alla scia edilizia, pertanto, non si pone l'interesse garantistico del contraddittorio in secondo piano, per importanza, rispetto ad altre esigenze, ma se ne riconosce la piena realizzazione con le differenti modalità apprestate dalla legge speciale, valorizzando il principio del raggiungimento dello scopo.

Riconosciuta invece, in modo pacifico in dottrina ed in giurisprudenza¹¹, l'applicabilità del preavviso di rigetto ai procedimenti di formazione del cd silenzio significativo, è interessante valutarne l'incidenza rispetto alle singole fattispecie. In primo luogo, ininfluente appare la presenza del preavviso di rigetto a fronte di un caso di cd silenzio - inadempimento in quanto non conferisce ad esso alcuna valenza sostanziale. Importanti possono essere al contrario le possibili ricadute in ambito processuale perché l'esposizione dei motivi ostativi può consentire all'interessato di articolare meglio le sue difese ed al giudice di emanare una pronuncia che non si limiti ad accertare il mero obbligo di provvedere ma contenga altresì indicazioni conformative per l'esercizio del potere da parte della Pa.

Non altrettanto può dirsi rispetto al silenzio rigetto e al silenzio assenso perché in entrambi i casi la presenza di un preavviso di rigetto può produrre alterazioni dell'iter procedimentale.

Per quanto riguarda il silenzio rigetto, la presentazione di memorie e/o documenti entro il termine di legge modifica il significato del successivo silenzio da parte dell'Amministrazione degradandolo ad inadempimento poiché, in sintonia con quanto disposto nello stesso art 10 bis ultima parte e nell'art 2 della legge 241/90 fa sorgere in capo ad essa un vero e proprio obbligo di rispondere in modo espresso e motivato, prendendo specifica posizione rispetto alle obiezioni rappresentate nelle memorie di parte e ai documenti prodotti in tal senso.

Ugualmente controversa è la qualificazione dell'inerzia dell'Amministrazione dopo il preavviso nelle fattispecie cd di silenzio assenso. In proposito due tesi si contendono il campo. Secondo la prima opzione nessuna incidenza può avere il preavviso di rigetto perché l'equiparazione dell'inerzia ad un provvedimento di accoglimento è prevista dalla legge. Pertanto la successiva inerzia della Pa manterrebbe la valenza di assenso, connotandosi semmai ed ulteriormente come acquiescenza e/o accoglimento delle ragioni dell'interessato. La seconda tesi ritiene invece che il preavviso di rigetto privi il successivo silenzio della Pa dei caratteri di univocità ed omogeneità necessari per inferirne l'assimilazione ad un provvedimento di accoglimento. Giusta i sopra citati art 10 bis ultima parte e art 2 della legge 241/90, con l'esercizio delle facoltà indicate nel preavviso di rigetto si darebbe vita, anche in questo caso, ad un vero e proprio obbligo di provvedere in modo espresso e motivato, la cui inosservanza integrerebbe il silenzio inadempimento impugnabile ex art 117 cpa.

In ultimo, attesa la mancanza di indicazioni normative sul punto, ci si interroga circa gli effetti della mancata comunicazione del preavviso di rigetto sul provvedimento finale. In proposito, di contro ad un'aprioristica affermazione di invalidità del provvedimento finale per violazione di legge, in giurisprudenza si predilige un approccio sostanzialistico e non formalistico della questione, in base al quale viene esclusa la stessa illegittimità del provvedimento nel caso in cui l'interessato abbia avuto comunque modo di conoscere i motivi ostativi e di esercitare le proprie facoltà partecipative in omaggio al principio del raggiungimento dello scopo¹².

Laddove ciò non sia avvenuto la giurisprudenza fa riferimento, per la decisione del caso, a quanto disposto dall'art 21 octies comma 2 prima parte per i provvedimenti vincolati mentre per quelli a contenuto discrezionale è divisa in due opposti orientamenti. Secondo l'opzione più rigorosa¹³ sussisterebbe illegittimità radicale del provvedimento a contenuto discrezionale non preceduto dal preavviso di rigetto perché la sanatoria prevista dall'art 21 octies seconda parte sarebbe limitata alle sole violazioni riguardanti la mancata comunicazione di avvio del procedimento. L'altra opzione interpretativa¹⁴ sostiene invece l'esatto contrario in ragione di un'asserita identità funzionale tra il preavviso di rigetto e la comunicazione di avvio del procedimento ex art 7 della legge 241/90. In effetti questi atti assicurerebbero il diritto di contraddittorio in ambiti diversi ovvero nel contesto di procedimenti d'ufficio l'uno e in quelli

ad istanza di parte l'altro.

Quale conferma della posizione sostanzialistica assunta in via prevalente in giurisprudenza, si evidenzia tuttavia che in omaggio ai principi di non aggravamento e di buon andamento della Pa, non viene riconosciuta l'operatività della sanatoria prevista dal citato art 21 octies comma 2 seconda parte se il diniego è basato sulla mancata produzione di documentazione essenziale o per inidoneità parziale sanabile di quella prodotta perché si tratta di casi in cui il contenuto del provvedimento finale sarebbe stato senza dubbio diverso da quello in concreto adottato laddove l'Amministrazione avesse consentito al privato l'esercizio delle facoltà partecipative mediante presentazione di memorie difensive e/o di integrazioni documentali.

Analoghe considerazioni valgono nel caso in cui la pa non provveda a dar ragione nella motivazione dell'eventuale mancato accoglimento di tali osservazioni: sebbene non sia richiesta una correlazione puntuale ed analitica tra il contenuto del preavviso di rigetto ed il diniego stesso, in caso di attività discrezionale accanto all'approccio sostanzialistico che ritiene la possibilità di applicare la sanatoria prevista dal 2 comma dell'art 21 octies si è formato in giurisprudenza un orientamento rigoroso che richiede una benché minima confutazione da parte della PA ed una motivazione dalla quale sia possibile ricostruire l'iter logico ed argomentativo seguito¹⁵ e che, per l'effetto, qualifica questa omissione come vizio derivato del provvedimento finale, con possibilità di impugnativa ed annullamento dello stesso per eccesso di potere per motivazione insufficiente e/o incongrua.

Infine, laddove la Pubblica Amministrazione addirittura adduca cause ostative nuove, non indicate nel preavviso di rigetto trasmesso all'interessato, disattendendo in via di fatto la ratio dell'istituto in esame, chi scrive ritiene che possa essere chiesto l'annullamento del provvedimento finale per violazione di legge perché, come nel caso di mancato invio, non viene consentito, deliberatamente, l'esercizio del diritto di contraddittorio.¹⁶

Dr.ssa Alessandra Gaspari - Funzionario Coordinatore del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali,

abilitata all'esercizio della professione forense.

“Il presente articolo è frutto dell'elaborazione personale dell'autrice e non impegna l'Amministrazione di appartenenza”.

1 F. Caringella Manuale di diritto amministrativo Dike 2011 e ex multis e Tar Lazio - Latina sez I del 13.01.2009 n 19 e Consiglio di Stato n 4789/2007 sez IV del 12.09.2007 su www.ratioiuris.it

2 così Tar Lazio Roma Sez III ter del 17.07.2007 n 6503 su www.giustizia-amministrativa.it

3 così Tar Lazio Roma sez II del 07.01.2008 n 71 su www.giustizia-amministrativa.it.

4 Paolo Amovilli - Preavviso di rigetto: l'ambito di applicabilità. I casi problematici su www.neldiritto.it

5 così Tar Campania - Salerno Sez II del 26.09.2007 n 1918 e CDS Sez V 2550/2012

6 Vedi Cons di Stato, Commissione speciale parere del 26.02.2008 n 2518/2007 e Cons di Stato del 28.01.2008 n 2418 su www.giustizia-amministrativa.it

7 Vedi Tar Lazio sez II ter del 07.01.2008 n 71 cit.

8 vedi Consiglio di Stato Sez V n 2550/2012 su www.giustizia-amministrativa.it

9 Alessandro Del Dotto- Preavviso ex art 10 bis deve essere dato in ogni procedimento amministrativo - annotazione a Tar Veneto sez II del 06.11.2006 n 374 su www.altalex.com e sull'indefettibilità della partecipazione anche in provvedimenti privi di profili di discrezionalità anche Consiglio di Stato sez IV del 06.11.2008 n 5500

10 ex multis vedi Tar Veneto Sez II del 07.09.2005 n 3418, Tar Campania Napoli sez IV del 02.12.2004 n 18030 su www.giustizia-amministrativa.it

11 Garofoli - Ferrari Manuale di diritto amministrativo V edizione nov. 2011 neldiritto editore, Faustino Perillo - L'applicabilità del preavviso di rigetto ex art 10 della legge 241/90 con particolare riferimento ai procedimenti destinati a concludersi con le varie tipologie di silenzio e a quelli avviati con la

presentazione della DIA su www.filodiritto.com ed in giurisprudenza ex multis Tar Campania Napoli sez VII del 03.04.2009 n 1722 nonché Consiglio di Stato Sex VI del 07.01.2008 n 32 su Chieppa - Lopilato Giurisprudenza amministrativa 2009 - Giuffrè Editore - Milano

12 in proposito vedi Consiglio Stato , sez. VI, 22 maggio 2008 , n. 2452) Consiglio Stato , sez. IV, 12 settembre 2007 , n. 4828 nelle quali si afferma che la violazione non è opponibile se l'omissione non abbia inciso in alcun modo sulla formazione della volontà dell'Amministrazione stessa e nemmeno sulla possibilità di difesa dell'interessato.

13 vedi T.A.R. Liguria Genova, sez. I, 19 ottobre 2007 , n. 1772 che l'esclude l'inquadramento sotto il comune denominatore di vizi formali di istituti giuridici diversi quali la mancanza di motivazione e la mancanza del provvedimento di rigetto e la conseguente estensione della relativa disciplina su www.mondogiuridico.com

14 cfr Consiglio Stato, sez. III, 27/01/ 2009 n. 7; T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 15/04/2009 n. 3811; T.A.R. Campania Napoli, sez. III, 08/08/2008 n. 9932" (T.A.R. Lombardia Milano Sez. III, Sent., 13-07-2009, n. 4359.

15 così Tar Veneto 23.03.2007 e conforme Tar Lazio sez I del 10.04.2006 n 2553 su www.neldiritto.it

16 sulla questione se il preavviso di rigetto ed il diniego definitivo richiedano una motivazione “affine” si rinvia a Tar Salerno, sez. II, 07 dicembre 2011, n. 1950 e Tar Sicilia Sez II n 826/2012 su www.mondolegale.it

<https://www.diritto.it/il-preavviso-di-rigetto-previsto-dall-art-1o-bis-della-legge-24190-riflessioni-su-alcune-cruciali-problematiche/>