

# La comunicazione di avvio del procedimento tra eccezioni e deroghe

**Autore:** Serena Cicalese

**In:** Diritto amministrativo

## La comunicazione di avvio del procedimento

All'interno del Corpus Iuris Publici, **il cuore pulsante del modello partecipativo è rappresentato dalla comunicazione di avvio del procedimento**. Fin dal principio, balza agli occhi la correlazione con i principi di buon andamento e di imparzialità nel governo della funzione amministrativa, nell'ottica di consentire al cittadino la "piena visione e verificabilità" dell'operato del potere pubblico, nel corso del suo svolgimento e fin dalla sua nascita.

Posta questa premessa, prima e indispensabile considerazione è quella concernente la **portata generale** del canone in questione, ragion per cui, l'art. 7 della legge 241/1990, che sancisce a piene lettere in capo all'autorità agente l'obbligo di comunicare l'avvio dell'iter procedimentale (salvo la sussistenza di impedimenti), costituisce un principio generale dell'ordinamento che porta a considerare in modo eccezionale e dunque tassativo, le specifiche ipotesi di esclusione dal suddetto obbligo.<sup>[1]</sup>

L'obbligo di comunicazione di avvio del procedimento riguarda i soggetti nei confronti dei quali il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti e coloro che per legge debbono intervenire, nonché e specialmente i soggetti diversi dai diretti destinatari, individuati o facilmente individuabili, ai quali possa scaturire un pregiudizio dal provvedimento stesso.<sup>[2]</sup>

Per quanto riguarda **le modalità** della comunicazione,<sup>[3]</sup> la legge prevede che questa debba essere fatta mediante comunicazione personale dell'amministrazione, oppure con altre forme di pubblicità idonee stabilite dall'amministrazione stessa, nel caso in cui per l'elevato numero di destinatari la comunicazione personale non sia possibile o risulti particolarmente gravosa.

Circa **il contenuto**, si prevede che la comunicazione debba racchiudere l'indicazione dell'amministrazione competente, la previsione dell'oggetto del procedimento promosso, specificando l'ufficio e la persona responsabile del procedimento, insieme all'indicazione della data entro la quale, dovrà concludersi il procedimento, nonché i rimedi esperibili in caso di inerzia dell'amministrazione. Nei procedimenti ad iniziativa di parte, la comunicazione dovrà contenere l'indicazione della data di presentazione della relativa istanza e dell'ufficio in cui si può prendere visione degli atti.<sup>[4]</sup>

I soggetti che costituiscono i destinatari della comunicazione di avvio del procedimento e gli altri

interventuti ai sensi dell'art. 9, possono "prendere visione degli atti del procedimento" e "presentare memorie scritte e documenti, che l'amministrazione ha l'obbligo di valutare ove siano pertinenti all'oggetto del procedimento."<sup>[5]</sup> Ne consegue che, l'art. 10 trova la sua base indispensabile nella comunicazione di avvio che, se manca, può precludere all'interessato la partecipazione, salvo che lo stesso ne giunga a conoscenza in modi diversi.<sup>[6]</sup>

Autorevole dottrina,<sup>[7]</sup> ha messo in luce **la sussistenza di "due anime" della legge sul procedimento in generale e dell'obbligo di comunicazione in particolare, che tendono l'una alla semplificazione ed accelerazione del procedimento e l'altra all'assicurazione della massima trasparenza e partecipazione.** Il riferimento è nel primo caso agli strumenti di semplificazione amministrativa,<sup>[8]</sup> nel secondo caso alle previsioni volte a garantire la partecipazione attraverso la previsione, a titolo esemplificativo, dell'obbligo motivazionale del provvedimento amministrativo o dell'analizzando obbligo di comunicazione di avvio del procedimento.

Quel che è stato osservato, è che la disciplina diretta a consolidare le garanzie partecipative del cittadino, comporterebbe un aggravio dei tempi e del procedimento stesso.

La vicenda non è ignota alla giurisprudenza amministrativa,<sup>[9]</sup> la quale ha, allo stesso modo, ritenuto esigenza imprescindibile l'identificazione di un equilibrio tra le garanzie di partecipazione democratica e l'efficace celerità dell'azione amministrativa.

**Emerge quindi la "polifunzionalità" dell'istituto della partecipazione, che è finalizzato sia ad assicurare la tutela sostanziale del destinatario del provvedimento, sia la necessità di garantire, il più possibile, "il contatto" tra cittadino e amministrazione.**<sup>[10]</sup>

## Le deroghe alla regola dell'obbligo di comunicazione

Strettamente correlata al tema della comunicazione dell'avvio del procedimento, è la materia concernente **le eccezioni all'obbligo di comunicazione.**

Premesso che l'art. 7 della legge n. 241, accanto all'obbligo di comunicazione sancisce le sue deroghe ed eccezioni, la disciplina in rassegna, rappresenta lo snodo centrale per riequilibrare le esigenze di celerità dell'azione amministrativa e di partecipazione trasparente al procedimento.<sup>[11]</sup>

Nell'impianto attuale, **le ipotesi di illegittimità non invalidante**, in tema di violazione dell'obbligo di comunicazione di avvio del procedimento, si rinvencono in primo luogo nella legislazione vigente e riguardano i cosiddetti atti urgenti, ossia gli atti emanati in presenza di esigenze improcrastinabili, i provvedimenti cautelari, gli atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione, gli atti nell'ambito dei procedimenti tributari e gli atti relativi ai procedimenti segreti e riservati.<sup>[12]</sup>

Ulteriori eccezioni alla regola dell'art. 7 della legge 241/1990, si ritrovano negli orientamenti della giurisprudenza dominante<sup>[13]</sup>, allorché il soggetto interessato abbia comunque avuto conoscenza "in tempo utile" del procedimento, in ossequio ai principi di economicità e speditezza dell'azione

amministrativa e per evitare rigide applicazioni meccaniche dell'art. 7.

In seconda battuta, una deroga all'obbligo di comunicazione trova spazio quando il procedimento sia già noto al destinatario, in quanto derivante da una precedente attività amministrativa già conosciuta dallo stesso.

La terza ipotesi, riguarda invece i procedimenti ad istanza di parte, dove, al fine di evitare una "duplicazione dell'attività" e pertanto un "appesantimento" dell'iter, è altresì prevista l'esclusione dell'obbligo di comunicazione.

Nuovamente è stato detto, che l'obbligo di comunicazione non è necessario, quando "non vi sia alcuna utilità dell'azione amministrativa" ritenendosi quindi la stessa, in tal caso, superflua.<sup>[14]</sup>

**Al di fuori di queste eccezioni, non deve tuttavia trascurarsi la gravità in generale della violazione dell'obbligo di comunicazione, che finisce per identificarsi, in non pochi casi, "nell'inadeguatezza dell'istruttoria procedimentale."**<sup>[15]</sup>

A dire il vero, tutte le ipotesi giurisprudenziali di eccezione all'obbligo di comunicazione, fanno riferimento al cosiddetto principio del "raggiungimento dello scopo" che sostanzialmente sancisce la necessità "di rendere edotti determinati soggetti dell'esistenza di un procedimento amministrativo affinché questi possano prendervi parte ed incidere sull'esito finale dello stesso".

Quando "lo scopo" è stato comunque raggiunto, la violazione e dunque l'omissione della comunicazione di avvio non può incidere sulla legittimità del provvedimento stesso.<sup>[16]</sup>

**Approfondisci il tema**

## **Il preavviso di diniego alla luce della novella legislativa 15/2005**

"Nei procedimenti ad istanza di parte il responsabile del procedimento o l'autorità competente, prima della formale adozione di un provvedimento negativo, comunica tempestivamente agli istanti i motivi che ostano all'accoglimento della domanda."<sup>[17]</sup>

Questo l'incipit dell'art. 10-bis della legge 241/1990, così come introdotto dalla legge n. 15 del 2005, che ha rafforzato le garanzie del privato nell'ipotesi in cui il procedimento appaia destinato a concludersi con una decisione ad esso sfavorevole.

Più precisamente, è stato posto in evidenza come **la ratio del preavviso sia "quella di implementare il contraddittorio nella fase procedimentale, nei casi in cui il procedimento amministrativo iniziato su istanza di parte sembra doversi concludere con un provvedimento sfavorevole nei confronti dell'istante."**<sup>[18]</sup> Detto altrimenti, la previsione ex art. 10 bis della legge 241 del 1990 "esprime un principio di carattere generale, applicabile a tutti i procedimenti ad istanza di parte, avendo l'istituto del c.d. preavviso di rigetto lo scopo di far riconoscere alle Amministrazioni le ragioni fattuali e giuridiche

dell'interessato che potrebbero contribuire a far assumere agli organi competenti una diversa determinazione finale, derivante dalla ponderazione di tutti gli interessi in campo e determinando una possibile riduzione del contenzioso fra le parti; ben diversa è la funzione della richiesta di chiarimenti e di integrazione documentale, posta logicamente a monte nella scansione procedimentale rispetto alla comunicazione conclusiva predetta.”<sup>[19]</sup> Ciò al precipuo fine di ridurre i ricorsi e pertanto evitare l’insorgere dei contenziosi.

Pertanto l’istituto, contribuisce ad implementare le garanzie partecipative al procedimento,<sup>[20]</sup> ed “entro il termine di dieci giorni dal ricevimento della comunicazione, gli istanti hanno il diritto di presentare per iscritto le loro osservazioni, eventualmente corredate da documenti.”<sup>[21]</sup>

La norma prosegue prevedendo altresì che le disposizioni, da essa stessa previste, non trovano applicazione “alle procedure concorsuali e ai procedimenti in materia previdenziale e assistenziale sorti a seguito di istanza di parte e gestiti dagli enti previdenziali.”

Il provvedimento ex art. 10-bis deve indicare tutte le ragioni che hanno spinto al rigetto dell’istanza del privato, al fine di scongiurare “l’effetto a sorpresa.”

**La violazione della norma in commento è assoggettata alla disciplina in materia di annullabilità di cui all'art. 21-octies,**<sup>[22]</sup> con la precisazione secondo cui “Non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.”

Dello stesso avviso la giurisprudenza, laddove ha sottolineato che “l’omessa comunicazione di avvio del procedimento di cui all’art. 7, l. n. 241 del 1990, ma anche la violazione dell’art. 10 bis, l. n. 241 del 1990, non produce l’illegittimità del provvedimento finale, laddove il contenuto dello stesso sia vincolato e non possa essere modificato sulla base di eventuali osservazioni del destinatario.”<sup>[23]</sup>

Al contrario, si configura l’illegittimità del provvedimento finale, quando l’amministrazione “non abbia provveduto ad anticipare il contenuto del provvedimento discrezionale finale con la comunicazione del preavviso di diniego.”<sup>[24]</sup>

**Collegato al tema in rassegna, è quello concernente la motivazione del provvedimento di diniego,** dove la legge prevede che “dell’eventuale mancato accoglimento di tali osservazioni è data ragione nella motivazione del provvedimento finale.”<sup>[25]</sup>

Il Consiglio di Stato,<sup>[26]</sup> ha optato per un’interpretazione non estremamente rigorosa della previsione, prevedendo che “la parziale incompletezza della valutazione espressa dall’amministrazione”, non comporterebbe ex se e in via meccanica e automatizzata l’illegittimità del provvedimento, viceversa riscontrabile nell’ipotesi di omissione assoluta della motivazione. Di recente è stato confermato che “è precluso alla Pubblica amministrazione fondare il provvedimento conclusivo del procedimento su ragioni del tutto nuove rispetto a quelle rappresentate nella comunicazione ex art. 10 bis, della legge 241 del 1990, pena la violazione del diritto dell’interessato di effettiva partecipazione al procedimento, che si estrinseca nella possibilità di presentare le proprie controdeduzioni utili all’assunzione della

determinazione conclusiva dell'ufficio."<sup>[27]</sup>

In conclusione, **tramite il preavviso di diniego, il destinatario deve essere messo in condizione di poter "replicare e controdedurre" tutti i profili considerati ostativi.** Si tratta di una funzione fondamentale per scongiurare che l'istituto si traduca in un aggravio del procedimento stesso, minando alle sue esigenze di speditezza e di celerità.<sup>[28]</sup>

## Volume consigliato

## Note

[1] R. LEONARDI, La comunicazione di avvio del procedimento amministrativo nelle pronunce giurisprudenziali, in *Foro Amm., TAR*, fasc. 2, 2002, p. 785

[2] Art. 7 della legge 241/1990

[3] L'art. 8 della legge 241/1990 descrive le modalità e contenuti della comunicazione di avvio del procedimento

[4] Così, ancora, l'art. 8 della legge 241/1990 come modificato dalla legge n. 15 del 2005, che altresì prevede, all'ultimo comma, che "L'omissione di taluna delle comunicazioni prescritte può esser fatta valere solo dal soggetto nel cui interesse la comunicazione è prevista.."

[5] Art. 10 della legge 241/1990

[6] M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Lezioni di diritto amministrativo, Torino, Giappichelli Editore, 2017. p. 219

[7] In tal senso M. A. SANDULLI, La comunicazione di avvio del procedimento tra forma e sostanza, in *Foro Amm., TAR*, fasc. 5, 2004, p. 1595

[8] Senza pretesa di esaustività: autocertificazioni, pareri, valutazioni tecniche, silenzio assenso, segnalazione certificata di inizio attività.

[9] Cons. Stato, sez. V, n. 2823 del 2001

[10] F. SAIITTA, L'omessa comunicazione dell'avvio del procedimento: profili sostanziali e processuali, in *Dir. Amm.*, fasc. 3-4. 2000, p. 449

[11] Com'è stato accennato nel paragrafo precedente, M. A. SANDULLI, La comunicazione di avvio del procedimento tra forma e sostanza, op. cit.

[12] Secondo l'art. 13 della legge 241/1990, in tema di applicazione delle norme sul procedimento

[13] Consiglio di Stato sez. V, sent. n. 5034/2003: "Si può prescindere dalla comunicazione di avvio del procedimento amministrativo ex art. 7, l. 7 agosto 1990, n. 241 quando: a) il soggetto interessato ha comunque acquisito "aliunde" la conoscenza del procedimento, in tempo utile per realizzare l'eventuale partecipazione all'"iter" istruttorio, ossia in una fase idonea a consentirgli la prospettazione di fatti, documenti, memorie ed interpretazioni di cui la p.a. procedente deve tener conto in sede d'emanazione; b) il procedimento consegue con un preciso nesso di derivazione necessaria da una precedente attività amministrativa già conosciuta dall'interessato; c) il procedimento sia iniziato su istanza di parte, nel qual caso l'avviso dell'avvio sarebbe una mera duplicazione di attività.

[14] In tal senso in dottrina, R. LEONARDI, La comunicazione di avvio del procedimento amministrativo nelle pronunce giurisprudenziali, op. cit.; M. A. SANDULLI, La comunicazione di avvio del procedimento tra forma e sostanza, op. cit.

[15] F. SAITTA, L'omessa comunicazione dell'avvio del procedimento: profili sostanziali e processuali, in Dir. Amm., fasc. 3-4. 2000, p. 449

[16] Si rimanda a D. GIANNINI, Le eccezioni all'obbligo di comunicazione, in Portale Publica, 2018

[17] Art. 10-bis, primo comma, come introdotto dalla legge n. 15 del 2005

[18] Segnatamente, D. GIANNINI, Il preavviso di provvedimento negativo (art. 10-bis l. n. 241/1990), in Portale Publica, 2018

[19] T.A.R. Genova, (Liguria), sez. I, 26/05/2017, n. 463

[20] Ibidem, M. D'ALBERTI, Lezioni di diritto amministrativo, op. cit., p. 220

[21] Prosegue così l'art. 10-bis, aggiungendo che: "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. Dell'eventuale mancato accoglimento di tali osservazioni è data ragione nella motivazione del provvedimento finale. Le disposizioni di cui al presente articolo non si applicano alle procedure concorsuali e ai procedimenti in materia previdenziale e assistenziale sorti a seguito di istanza di parte e gestiti dagli enti previdenziali. Non possono essere adottati tra i motivi che ostano all'accoglimento della domanda inadempienze o ritardi attribuibili all'amministrazione."

[22] T.A.R. Roma, (Lazio), sez. I, 02/05/2018, n. 4765: “La disposizione di cui all'art. 10 bis, l. n. 241 del 1990, sul c.d. preavviso di diniego, deve essere interpretata alla luce del successivo art. 21 octies della medesima legge (inserito dall'art. 14, comma 1, l. 11 febbraio 2015 n. 15), in base al quale, laddove sia dedotto un vizio di natura formale, è imposto al giudice di valutare il contenuto sostanziale del provvedimento e, conseguentemente, di non annullare l'atto nell'ipotesi in cui la dedotta violazione formale non abbia inciso sulla legittimità sostanziale dei provvedimenti impugnati.”

Dello stesso avviso, T.A.R. Campobasso, (Molise), sez. I, 10/07/2017, n. 256: “Nell'ordinamento vigente la violazione dell' art. 10-bis, l. 7 agosto 1990, n. 241 non produce ex se l'illegittimità del provvedimento amministrativo finale, dovendo la disposizione sul preavviso di rigetto essere interpretata comunque alla luce del successivo art. 21-octies comma 2, il quale impone al giudice di valutare il contenuto sostanziale del provvedimento e di non annullare l'atto nel caso in cui le violazioni formali non abbiano inciso sulla legittimità sostanziale del medesimo.”

Tra le altre, anche T.A.R. Bari, (Puglia), sez. III, 09/03/2017, n. 226: “Nel procedimento amministrativo, la mancata comunicazione del preavviso di rigetto non comporta ex se l'illegittimità del provvedimento finale, in quanto la disposizione contenuta nell'art. 10 bis l. n. 241 del 1990 va interpretata alla luce del successivo art. 21 octies, comma 2, il quale, nell'imporre al giudice di valutare il contenuto sostanziale del provvedimento e di non annullare l'atto nel caso in cui le violazioni formali non abbiano inciso sulla legittimità sostanziale del medesimo, rende irrilevante la violazione delle norme sul procedimento o sulla forma dell'atto allorché il contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.” Ancora T.A.R. Napoli (Campania) sez. VIII, 27 marzo 2017 n. 1645 e T.A.R. Salerno (Campania) sez. II, 23 marzo 2017 n. 607.

[23] T.A.R. Napoli, (Campania), sez. III, 30/03/2018, n. 2031; T.A.R. Venezia, (Veneto), sez. I, 08/03/2018, n. 273; T.A.R. Venezia, (Veneto), sez. III, 11/12/2017, n. 1129; T.A.R. Parma, (Emilia-Romagna), sez. I, 11/03/2016, n. 83.

[24] Di nuovo, D. GIANNINI, *Le eccezioni all'obbligo di comunicazione*, op. cit.

[25] Segnatamente, art. 10 bis

[26] Consiglio di Stato, Sez. V, sent.3655/2007

[27] Consiglio di Stato, sez. IV, 18/04/2018, n. 2330; Consiglio di Stato, sez. III, 29/07/2014, n. 4021

[28] D. CHINELLO, *Portata e limiti della partecipazione al procedimento amministrativo dopo la legge n. 15/2005*, n. 5/2005, in <http://www.lexitalia.it/>

<https://www.diritto.it/la-comunicazione-di-avvio-del-procedimento-tra-eccezioni-e-deroghe/>