

Sulla necessita' di applicare in modo restrittivo e rigoroso il nuovo articolo 10 bis della legge 7 agosto 1990, n. 241, alla stregua dell'ordinamento vigente

Autore: Farina Giuseppe

In: Diritto amministrativo

La legge 11 febbraio 2005 n. 15, recante "Modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241, concernenti norme generali sull'azione amministrativa", ha inciso in vari settori della disciplina del diritto amministrativo e, tra essi, anche sotto il profilo della tutela del privato soggetto all'azione amministrativa e delle relative garanzie partecipative nel procedimento.

Segnatamente, la citata novella ha arricchito il contenuto della comunicazione d'avvio del procedimento, disciplinato dall'art. 8[1] della legge n. 241/1990, disponendo che la comunicazione rechi ora anche l'indicazione della data entro la quale, secondo i termini previsti dall'articolo 2, commi 2 o 3, deve concludersi il procedimento, i rimedi esperibili in caso d'inerzia dell'Amministrazione (lett. c-bis) e la data di presentazione dell'istanza nei procedimenti ad iniziativa di parte (lett. c-ter); oltre a ciò la riforma in parola ha introdotto il nuovo articolo 10 bis che espressamente recita:

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. 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. 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.

La *ratio* della norma contenuta nell'articolo richiamato è evidente: il legislatore ha voluto estendere le garanzie di partecipazione dei privati con l'introduzione del c.d. preavviso di rigetto[2] nei procedimenti attivati su istanza di parte e destinati a sfociare in un provvedimento negativo a causa di motivi ostativi

all'accoglimento della domanda; tale comunicazione, come chiarisce la legge stessa, concede al privato la possibilità di esprimere le osservazioni o presentare i documenti da lui ritenuti idonei a indirizzare l'iter decisionale verso un esito favorevole alle proprie aspettative.

Con la previsione di questo contraddittorio in una fase avanzata del procedimento, cioè laddove l'Amministrazione abbia già acquisito elementi idonei, agli atti, ad adottare un provvedimento (sfavorevole), il legislatore intenderebbe, quindi, soddisfare l'esigenza di democraticità dell'azione amministrativa e, più in generale, il principio di buon andamento della Pubblica Amministrazione, che potrebbe giovare in tal senso anche di un apporto collaborativo dello stesso cittadino, utile ad attenuare il carico di lavoro dei pubblici uffici: si pensi al caso di chi abbia presentato un'istanza, scevra di un requisito necessario *ex lege* per una semplice dimenticanza, e che possa pertanto sanare tale omissione senza incorrere in un rigetto e dover ripresentare la medesima istanza una seconda volta o instaurare un inutile contenzioso[3].

In modo particolare poi, risulta evidente che la legge n. 15/05 tende palesemente a correggere l'azione dei pubblici uffici i quali, nel vigore del vecchio testo della legge n. 241/1990, erano stati indirizzati da una giurisprudenza in tal senso costante ad una concezione smaccatamente svalutativa del dialogo con il privato nei procedimenti instaurati su istanza di quest'ultimo: ed infatti la giurisprudenza aveva unanimemente (e giustamente) escluso la sussistenza dell'obbligo di comunicazione d'avvio del procedimento *ex art. 7*, atto endoprocedimentale di per sé finalizzato a notificare il privato della pendenza di un procedimento che lo interessi onde consentirgli di intervenire in chiave difensiva e collaborativa mediante la presentazione di memorie e documenti a norma del successivo art. 10, atteso che la stessa comunicazione d'avvio risultava inutile allo stesso privato, che per lo stesso fatto di avere presentato l'istanza era già edotto dell'instaurazione dell'iter procedimentale[4].

Ora, invece, la tutela in chiave partecipativa del privato istante sembrerebbe potenziata dall'introduzione dell'art. 10 bis, ed anche della nuova lettera c-ter dell'art. 8, la quale indirettamente intenderebbe estendere l'obbligo di comunicazione d'avvio del procedimento anche ai procedimenti avviati su istanza di parte.

In modo particolare, la norma contenuta nell'art. 10 bis, sembrerebbe avere portata generale (con esclusione *ex lege* solo per le procedure concorsuali[5] e i procedimenti in materia previdenziale e assistenziale sorti a seguito di istanza di parte e gestiti dagli enti previdenziali), configurandosi un profilo assorbente d'invalidità del provvedimento finale laddove l'Amministrazione ometta di effettuare la comunicazione *de qua*[6].

Ma non può essere così?

In primis occorre considerare che ogni nuova norma introdotta in un ordinamento legislativo deve essere necessariamente coordinata con le norme giuridiche operanti nello stesso settore che si intenda disciplinare, onde individuarne l'autentica portata, dopo aver risolto i conflitti interpretativi che possano eventualmente sorgere dal contrasto tra norme giuridiche imperanti e *jus superveniens* (e salvo il caso dell'abrogazione, esplicita o implicita).

All'uopo, giova sottolineare che le norme contenute nel capo III della legge n. 241/1990, relativo alla tutela della partecipazione del privato al procedimento amministrativo, stabiliscono, come è noto, garanzie minime ed inderogabili, che cedono però il passo a quelle norme, contenute in altre leggi regolanti specifici settori, che prevedono per questi ultimi una tutela specifica maggiore in chiave partecipativa.[7] Proprio a questo specifico riguardo, in tema di partecipazione a procedimenti amministrativi attivati su istanza di parte, si segnala la disciplina contenuta nel D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia, che detta minuziose disposizioni in materia di partecipazione del privato richiedente ai procedimenti per il rilascio di titoli abilitativi in materia edilizia: segnatamente tanto l'art. 20, disciplinante il procedimento per il rilascio del permesso di costruire, quanto l'art. 23, regolante la dichiarazione di inizio attività, prevedono forme di confronto tra il privato e la P.A. assai più incisive delle modalità di intervento assicurate dallo stesso art. 10 bis.

In un siffatto contesto mal si conciliano le disposizioni del testo unico sull'edilizia con la garanzia dell'art. 10 bis, ed acuta dottrina ha evidenziato che nel contrasto è opportuno riconoscere prevalenza alla normativa più articolata del D.P.R. n. 380/01, ed omettere il preavviso di rigetto nei procedimenti relativi al rilascio di permessi di costruire ed alle d.i.a.[8].

Nello stesso senso il T.A.R. Veneto, sez. II, 13 settembre 2005, n. 3418, precisa che all'elencazione delle materie nelle quali è esclusa l'applicazione dell'art. 10 bis non va riconosciuta natura tassativa, propendendo per un'interpretazione estensiva di tale eccezione contemplata dallo stesso articolo 10 bis.

Osserva nello specifico il giudice veneto che *non solo la circostanza che la denuncia di inizio di attività non può, letteralmente, considerarsi una istanza di parte, ma anche e soprattutto la speciale disciplina della notifica all'interessato dell'ordine motivato di non effettuare il previsto intervento, contenuta dal comma 6 dell'articolo 23, dove già è prevista la motivazione dell'ordine inibitorio e dove viene assicurata una forma di confronto e di tutela del privato, a favore del quale viene comunque fatta salva la facoltà di ripresentare la denuncia di inizio attività, con le modifiche o le integrazioni necessarie per renderla conforme alla normativa urbanistica ed edilizia.*

Non sono queste le uniche eccezioni ad un'applicazione generale dell'istituto del preavviso di rigetto. Ed infatti lo stesso T.A.R. Veneto, sez. II, 13 settembre 2005, n. 3430, evidenzia che *la dedotta violazione dell'art. 10 bis della legge n. 241/90, nel testo introdotto con la legge n. 15/2005 - in quanto il provvedimento impugnato non è stato preceduto dalla comunicazione contenente i motivi che ostavano all'accoglimento della richiesta formulata da parte istante - può ritenersi superabile, atteso che parte ricorrente ha avuto modo in più occasioni, in particolare partecipando con un proprio rappresentante alla riunione per la V.I.A., di conoscere tempestivamente le ragioni ostative al rilascio del provvedimento richiesto. Va riconosciuto che l'inutilità del preavviso di rigetto nell'ipotesi in cui il privato abbia avuto comunque modo di apprendere aliunde i motivi che ostano all'accoglimento della domanda era stata stigmatizzata anche dall'avveduta dottrina che per prima si era occupata del nuovo istituto[9].*

Più in generale va osservato che l'istituto introdotto dall'art. 10 bis persegue finalità di potenziamento del contraddittorio tra P.A. e privati esercitando una funzione analoga alla comunicazione d'avvio del procedimento prevista dall'art. 7 della stessa legge 241/1990. Entrambe le norme, infatti, prescrivono l'onere, a carico dell'Amministrazione procedente, di effettuare una comunicazione finalizzata a consentire a chi è soggetto all'azione amministrativa l'intervento nel procedimento al fine di tutelare le proprie ragioni, in un'ottica di confronto e di trasparenza con l'azione dei pubblici uffici.

Posto, quindi, che l'art. 10 bis evidenzia la tendenza alla medesima finalità perseguita dalla comunicazione d'avvio del procedimento, occorre evidentemente estendere al preavviso di rigetto le medesime conclusioni alle quali la giurisprudenza è pervenuta nell'interpretazione dello stesso art. 7, presente già nel testo originario della legge n. 241/1990.

Giova ricordare, a tale riguardo, che consolidata giurisprudenza ha chiarito che le norme in materia di partecipazione non vanno applicate meccanicamente e acriticamente, precisando, in modo particolare, che l'omissione della comunicazione d'avvio del procedimento non vizia il provvedimento finale nei casi in cui l'adempimento di tale formalità si riduca in concreto a cosa superflua, avuto riguardo ai principi di strumentalità delle forme, raggiungimento dello scopo e conservazione degli atti.

In modo particolare l'omissione *de qua* non determina l'illegittimità del provvedimento finale laddove l'interessato sia venuto comunque a conoscenza *aliunde* dell'avvio di un procedimento, avviato dalla P.A., che lo riguardi, se da poter partecipare al procedimento stesso[10], ovvero si tratti di procedimento interamente vincolato, nel quale l'intervento del privato non potrebbe avere una concreta incidenza[11]; parte della giurisprudenza, ha financo imposto al privato l'obbligo di dimostrare in giudizio che la propria partecipazione, non avvenuta per l'omissione in parola, si sarebbe invero esplicata in un'attività rilevante e fruttuosa nel procedimento amministrativo[12].

Corre l'obbligo di aggiungere che tutti questi arresti giurisprudenziali mirano a conciliare l'esigenza del privato di intervenire nel procedimento con il generale principio di celerità ed economicità dell'azione amministrativa sancito dall'art. 1 della legge n. 241/1990: ed infatti non è opportuno annullare provvedimenti amministrativi per omesso rispetto delle garanzie di partecipazione al procedimento nel caso in cui tale lesione di un interesse puramente formale non sia anche accompagnata da un pregiudizio in senso sostanziale. E ci è specialmente laddove l'eventuale annullamento lascerebbe intatta la facoltà di adottare comunque un provvedimento con lo stesso contenuto[13].

Tali giuste conclusioni sono state correttamente recepite dal legislatore della riforma con l'introduzione del nuovo art. 21 octies che, al secondo comma, reca: "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".

Attesa pertanto la sostanziale coincidenza delle finalità cui tendono gli artt. 7 e 10 bis della legge n. 241/1990, l'omissione del preavviso di rigetto non può ragionevolmente incidere sulla validità del provvedimento amministrativo laddove tale difetto non integri una **concreta lesione** alle garanzie partecipative del privato.

Ci vale sicuramente laddove tale **irregolarità** si manifesti in **atti vincolati**, nei quali risulta palese che il contenuto finale del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato, a mente dell'espressa disposizione dell'art. 21 octies, comma secondo, prima parte.

Ma appare ragionevole sostenere che debba essere concessa all'Amministrazione in via generale, quindi anche nei procedimenti caratterizzati da valutazioni discrezionali, la facoltà di dimostrare in giudizio che l'eventuale omissione del preavviso di rigetto non ha inciso sul contenuto finale del provvedimento. Ci va ammesso, se non in forza di una (legittima, attesa la già citata comunanza di *ratio*) interpretazione estensiva dell'ultima parte dell'art. 21 octies, che letteralmente si applicherebbe alla sola omissione della comunicazione d'avvio, quantomeno in ossequio ai summenzionati principi di conservazione degli atti, strumentalità delle forme, raggiungimento dello scopo, ed economicità amministrativa, corollari del più generale principio di buon andamento della P.A., sancito dall'art. 97 della Costituzione.

Occorre svolgere un'ultima considerazione.

A norma dell'art. 10 bis, entro il termine di dieci giorni dal ricevimento del preavviso di rigetto, gli istanti hanno il diritto di presentare per iscritto le loro osservazioni, eventualmente corredate da documenti, e

*?*dell'eventuale mancato accoglimento di tali osservazioni ? data ragione nella motivazione del provvedimento finale?. Non sfugge

che

le osservazioni in parola esercitano la stessa funzione delle memorie scritte disciplinate dall'art. 10, lett. b)[14], e che in entrambi i casi l'Amministrazione sembrerebbe tenuta, nell'eventualit? del mancato accoglimento delle osservazioni di parte, ad una puntuale controdeduzione in merito alle rimostranze del privato in sede di motivazione del provvedimento finale.

In realt? la giurisprudenza ha puntualizzato che non sussiste in capo all'Amministrazione procedente l'obbligo di una puntuale confutazione delle deduzioni espresse nella memoria *ex art. 10, n?* in sede procedimentale *n?* nella motivazione del provvedimento terminale, dovendosi ritenere sufficiente la completezza motivazionale dell'atto finale in s? considerato, allorch? da esso possano agevolmente ed univocamente desumersi le ragioni giuridiche ed i presupposti di fatto posti alla base di una decisione che disattende le affermazioni di segno contrario dell'interessato intervenuto nel procedimento[15]. Anche tale conclusione ben pu? estendersi all'art. 10 bis.

Non vanno disconosciute, in definitiva, le potenzialit? di un contraddittorio tra P.A. e privati in sede procedimentale, tuttavia v? ad esso attribuito il giusto valore, in un'ottica di equo temperamento tra le opposte esigenze di celerit? dell'azione amministrativa e partecipazione del privato.

In modo particolare rileva la necessit? di interpretare in modo restrittivo e rigoroso il nuovo art. 10 bis, con tutte le limitazioni descritte.

Invero la norma rappresenta un maldestro tentativo legislativo di potenziamento della partecipazione nei procedimenti attivati ad istanza di parte, e curiosamente mira a ribaltare il principio naturale per cui chi impegna la P.A. nel tentativo di ottenere un beneficio ha l'onere di accertare, gi? all'atto della proposizione dell'istanza, di essere in possesso dei requisiti necessari per ottenere il provvedimento ambito, senza intralciare inutilmente l'attivit? degli uffici pubblici.

?

Giuseppe Farina
beppefarina2000@yahoo.it

[1] Com?? noto, il testo originario dell'art. 8 recava la seguente disciplina:

1. L'Amministrazione provvede a dare notizia dell'avvio del procedimento mediante comunicazione personale.

2. Nella comunicazione debbono essere indicati:

- a) l'amministrazione competente;
- b) l'oggetto del procedimento promosso;
- c) l'ufficio e la persona responsabile del procedimento;
- d) l'ufficio in cui si pu? prendere visione degli atti.

3. Qualora per il numero dei destinatari la comunicazione personale non sia possibile o risulti particolarmente gravosa, l'amministrazione provvede a rendere noti gli elementi di cui al comma 2 mediante forme di pubblicit? idonee di volta in volta stabilite dall'amministrazione medesima.

4. L'omissione di taluna delle comunicazioni prescritte pu? esser fatta valere solo dal soggetto nel cui interesse la comunicazione ? prevista.

[2] L'efficace espressione ? stata coniata da **TARULLO S.**, *L'art.-10 bis della legge n. 241/90: il preavviso di rigetto tra garanzia partecipativa e collaborazione istruttoria*, in www.giustamm.it, 2005 ed accolta anche da **LUCCA M.**, *Il c.d. preavviso di rigetto tra buona fede e legittima aspettativa del privato*, in www.LexItalia.it, n. 6/2005.

[3] In questo senso **BACOSI G.-LEMETRE F.**, *La legge n.15 del 2005: ecco il nuovo volto della ?241?*, in www.giustizia-amministrativa.it; **TARULLO S.**, op. cit., **LUCCA M.**, op. cit.

[4] Cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 5 luglio 2000, n. 3709; Consiglio di Stato, sez. V, 23 maggio 2001, n. 2849; Consiglio di Stato, sez. V, 28 maggio 2004, n. 3467; da ultimo anche Consiglio di Stato, sez. IV, 14 giugno 2005, n. 3124.

[5] Sul punto T.A.R. Veneto, sez. I, 13 ottobre 2005, n. 3663, precisa che, a mente dell'espressa esclusione per le procedure concorsuali, non va comunicato il preavviso di rigetto della domanda di ammissione ad una gara d'appalto pubblico. In senso contrario, per?, T.A.R. Toscana, sez. II, 18 luglio 2005, n. 3374.

[6] Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, sez. II-bis, 18 maggio 2005 n. 3921; T.A.R. Veneto, sez. II, 1 giugno 2005 n. 2358; T.A.R. Campania, Napoli, sez. VII, 4 luglio 2005 n. 9368; T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, sez. I, 6 settembre 2005, n. 1512; T.A.R. Lazio, Roma, sez. III-ter, 8 settembre 2005 n. 6618; da ultimo T.A.R. Piemonte, sez. I, 3 ottobre 2005, n. 2837.

[7] Cfr. *e multis* Consiglio di Stato, sez. V, 22 maggio 2001, n. 2823.

[8] Cfr. MOMMO G., *L'articolo 10 bis della legge 241/1990: novità normativa e problemi applicativi al diniego dei titoli abilitativi in materia edilizia*, in www.altalex.com.

[9] Sul punto si veda TARULLO S., op. cit.

[10] Cfr. T.A.R. Liguria, sez. I, 29 ottobre 2002, n. 1065; Consiglio di Stato, sez. IV, 31 maggio 2003, n. 3037; Consiglio di Stato, sez. VI, 17 ottobre 2003, n. 6342. Peraltro, secondo la giurisprudenza, la stessa comunicazione d'avvio ben può essere sostituita da **atti ad effetti equivalenti**, ancorché scevri di uno o più elementi richiesti dall'art. 8: sul punto si vedano Consiglio di Stato, sez. V, 30 dicembre 1998, n. 1968; Consiglio di Stato, sez. V, 22 maggio 2001, n. 2823; T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 7 febbraio 2003, n. 634; T.A.R. Campania, Salerno, sez. II, 11 agosto 2003, n. 852.

[11] Sul punto si vedano T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 15 gennaio 2000, n. 102; T.A.R. Piemonte, sez. II, 2 marzo 2000, n. 223; Consiglio di Stato, sez. IV, 24 giugno 2003, n. 3813; Consiglio di Stato, sez. IV, 4 febbraio 2004, n. 395.

[12] Cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 1 ottobre 2004, n. 6383.

[13] Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 22 maggio 2001, n. 2823; Consiglio di Stato, sez. VI, 20 giugno 2003, n. 3684; Consiglio di Stato, sez. IV, 15 novembre 2004, n. 7405.

[14] L'articolo 10 della legge n. 241/1990 reca la seguente disciplina:

I soggetti di cui all'articolo 7 e quelli intervenuti ai sensi dell'articolo 9 hanno diritto:

a) di prendere visione degli atti del procedimento, salvo quanto previsto dall'articolo 24;

b) di presentare memorie scritte e documenti, che l'amministrazione ha l'obbligo di valutare ove siano pertinenti all'oggetto del procedimento.

[15] Cfr., *e multis*, T.A.R. Piemonte, sez. I, 19 novembre 2003, n. 1608, Consiglio di Stato, sez. IV, 20 dicembre 2002, n. 7252.

?

?

<https://www.diritto.it/sulla-necessita-di-applicare-in-modo-restrittivo-e-rigoroso-il-nuovo-articolo-10-bis-della-legge-7-agosto-1990-n-241-alla-stregua-dell-ordinamento-vigente/>