

**ISSN 1127-8579**

**Pubblicato dal 27/07/2016**

**All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/38521-le-deroghe-all-obbligo-di-comunicazione-dei-motivi-ostativi-rassegna-di-giurisprudenza>**

**Autore: Panozzo Rober**

## **Le deroghe all'obbligo di comunicazione dei motivi ostativi: rassegna di giurisprudenza**

# **Deroghe all'obbligo di comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza (c.d. *preavviso di rigetto o di diniego*). Rassegna di giurisprudenza (2010 – 2015)**

## **A)LE FONTI NORMATIVE**

**Legge 7 agosto 1990, n. 241, *Nuove norme sul procedimento amministrativo*, e successive modificazioni ed integrazioni**

### **Art. 10 BIS**

#### **Comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza**

*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. Non possono essere adottati tra i motivi che ostano all'accoglimento della domanda inadempienze o ritardi attribuibili all'amministrazione.*

### **Art. 21 octies**

#### **Annulabilità del provvedimento**

*1.È annullabile il provvedimento amministrativo adottato in violazione di legge o viziato da eccesso di potere o da incompetenza.*

*2.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.*

## **B)GLI ORIENTAMENTI DELLA GIURISPRUDENZA AMMINISTRATIVA**

### **1)DEROGHE: IN GENERALE**

*---L'art. 10 bis della l. 241/1990 esprime un principio di carattere generale la cui ratio (che è quella di consentire all'interessato, quand'anche abbia partecipato al procedimento, di interloquire prima delle definitive determinazioni sfavorevoli che l'Amministrazione procedente abbia maturato) vale anche per i procedimenti vincolati. In virtù del carattere generale del principio, vanno interpretate restrittivamente tutte le eccezioni allo stesso poste, ivi compresa quella prevista dall'ultimo periodo della norma in materia di procedimenti in materia previdenziale e assistenziale, la quale va circoscritta ai soli procedimenti "gestiti dagli enti previdenziali" [il Collegio aggiunge, tuttavia, che l'Amministrazione non ha fornito la prova positiva, ai sensi dell'art. 21 octies, c. 2, della citata l. 241/1990, che anche in caso di regolare assolvimento dell'obbligo di preavviso il provvedimento conclusivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato] [Cons. di Stato aprile 2010]*

*---Nel riferirsi ai soli procedimenti a istanza di parte, l' art. 10 bis della l. 241/1990, si riferisce alle ipotesi così tipizzate dalla legge, e non a qualunque vicenda in cui la p.a. si trovi a dover rispondere a un'istanza proposta da soggetti interessati a un qualsivoglia provvedimento [Cons. di Stato febbraio 2014]*

*---“...non ha carattere tassativo l'elenco delle ipotesi, di cui all'ultimo periodo dell'art. 10 bis, l. n. 241 del 1990, per le quali non è necessaria la comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento della domanda...” [Cons. di Stato dicembre 2015]*

*---“...Appare coerente con i principi generali in materia osservare che il predetto art. 10 bis della l. n. 241 del 1990 trova applicazione con riferimento a tutti i procedimenti ad iniziativa di parte - ad eccezione di quelli espressamente esclusi (procedure concorsuali e procedimenti in materia previdenziale ed assistenziale sorti a seguito di istanza di parte e gestiti dagli enti previdenziali)...” [Tar Lazio ottobre 2013]*

*---“...Considerato che le deroghe all'obbligo previsto dall'art. 10 bis, l. n. 241 del 1990, vanno intese in senso restrittivo, avendo il legislatore della novella del 2005 (l. 11 febbraio 2005 n. 15) inteso accrescere le garanzie di trasparenza poste a presidio del cittadino di fronte all'esercizio del pubblico potere, di talché le eccezioni a siffatta ratio legis devono trovare un'applicazione necessariamente tassativa, non suscettibile di estensione analogica...” [Tar Lazio settembre 2015]*

### **1.1)DEROGHE: ... SEGUE ...DIRITTO DI ACCESSO**

*---“...in conformità con l'orientamento giurisprudenziale che il collegio ritiene di condividere, l'art. 10 bis non può ricevere applicazione nella fattispecie in questione, atteso che deve ritenersi inapplicabile l'art. 10 bis, l. n. 241 del 1990 ai procedimenti diretti ad ottenere l'accesso ad atti, sia*

*in base all'elemento testuale, in quanto l'elenco dei procedimenti cui non è applicabile contenuto in tale disposizione non si ritiene che abbia carattere di tassatività, sia in base al dato sistematico, poiché il procedimento di accesso realizza un interesse meramente partecipativo, strumentale alla soddisfazione di un interesse primario, che non si concilia con la previsione di un'ulteriore fase sub procedimentale ...” [Tar Lombardia maggio 2010]*

*---“...come costantemente affermato da questo Tribunale deve ritenersi inapplicabile l'art. 10 bis della L. n. 241 del 1990 ai procedimenti diretti ad ottenere l'accesso ad atti, sia in base all'elemento testuale, in quanto l'elenco dei procedimenti cui non è applicabile contenuto in tale disposizione non si ritiene che abbia carattere di tassatività, sia in base al dato sistematico, poiché il procedimento di accesso realizza un interesse meramente partecipativo, strumentale alla soddisfazione di un interesse primario, che non si concilia con la previsione di una ulteriore fase sub procedimentale ...” [Tar Lazio gennaio 2012]*

*---“...Il ricorrente deduce, poi, la violazione dell'art. 10-bis della legge n. 241/1990. Evidenzia, infatti, che il provvedimento di reiezione della istanza di accesso non è stato preceduto dalla comunicazione del preavviso di rigetto. A suo dire, il rispetto delle garanzie partecipative avrebbe consentito al ricorrente di fornire un apporto non marginale e determinare verosimilmente un diverso esito del procedimento. La censura non è meritevole di accoglimento. Anzitutto, secondo una parte della giurisprudenza amministrativa, l'art. 10-bis della l. n. 241/1990 deve ritenersi inapplicabile ai procedimenti diretti ad ottenere l'accesso ad atti, sia in base all'elemento testuale, in quanto l'elenco dei procedimenti cui non è applicabile il preavviso di rigetto (contenuto in tale disposizione) non ha carattere di tassatività, sia in base al dato sistematico, poiché il procedimento di accesso realizza un interesse meramente partecipativo, strumentale alla soddisfazione di un interesse primario, che non si concilia con la previsione di un'ulteriore fase sub procedimentale ... Ma anche ove si volesse accedere alla tesi del ricorrente, ritenendo astrattamente applicabile anche al procedimento di accesso documentale il disposto dell'art. 10-bis della legge n. 241/1990, il ricorrente non indica in maniera puntuale il contributo che avrebbe potuto apportare in sede procedimentale; conseguentemente se ne deve dedurre che possa trovare applicazione il disposto dell'art. 21-octies della l. n. 241/1990 e s.m.i. in merito ai vizi procedimentali, in quanto, verosimilmente, la partecipazione del ricorrente alla fase istruttoria non avrebbe potuto portare ad un diverso esito procedimentale...” [Tar Puglia aprile 2012]*

*---“...Il primo motivo è infondato in quanto l'art. 10-bis, L. n. 241/1990 (preavviso di rigetto) è inapplicabile a tutti quei procedimenti che siano volti ad ottenere l'accesso ai documenti, in quanto da un lato il procedimento di accesso, costituendo un interesse meramente partecipativo e strumentale alla soddisfazione di un interesse primario, non si concilia con la previsione di una ulteriore fase sub procedimentale, e dall'altro l'elencazione dei procedimenti cui la norma non è applicabile non può essere considerata tassativa...” [Tar Lombardia luglio 2013]*

*“...il Collegio ritiene, in primo luogo, di dover rigettare il primo motivo di ricorso, atteso che la giurisprudenza oggi maggioritaria nega la necessità del preavviso di rigetto dell'istanza di accesso agli atti...” [Tar Lombardia settembre 2015]*

## **1.2)DEROGHE: ... SEGUE ...PROCEDURE CONCORSUALI**

*---L'esclusione delle “procedure concorsuali” dall'obbligo del preavviso di rigetto, , ex art. 10 bis della l. 241/1990, appare giustificata da ragioni di par condicio, per procedimenti valutativi che si concludono con una graduatoria e che implicano pertanto, per le finalità proprie dell'inserimento nella medesima, interessi concorrenziali, anche nella fase che – precedendo l'esito finale – non*

*vede secondo la prevalente giurisprudenza controinteressati in senso giuridico formale, cosicché la legge preclude, per i procedimenti in questione, canali partecipativi riservati a taluno degli aspiranti, anche per l'evidente aggravio procedurale, connesso alla rimessa in discussione di ogni giudizio negativo, discrezionalmente emesso [Il massimo organo di giustizia amministrativa premette che l'istituto in questione come la parallela comunicazione di avvio del procedimento – prevista, per le procedure iniziate d'ufficio, ai sensi dell'art. 7 della l. 241/1990 – costituiscono espressione formale della dimensione garantistica e partecipativa, che il legislatore inteso dare al procedimento amministrativo, sia pure col temperamento, introdotto dall'art. 21 octies della legge medesima (che limita l'annullabilità dei provvedimenti per vizi formali, sostanzialmente, all'adozione di atti discrezionali)] [Cons. di Stato febbraio 2013]*

*---La deroga stabilita dall'art. 10 bis della l. 241/1990 per i procedimenti concorsuali necessita di interpretazione restrittiva, vista la sua natura eccezionale, e non è dunque estensibile ad un procedimento caratterizzato da una valutazione specifica delle singole istanze, sfociante nell'adozione di un provvedimento individuale [Il Collegio aggiunge che l'Amministrazione non ha dimostrato e neppure dedotto l'inevitabilità od ineluttabilità del provvedimento di diniego del parere favorevole, dovendosi pertanto escludere anche l'applicabilità dell'art. 21 octies della stessa l. 241/1990] [Tar Umbria giugno 2010]*

*---“...Il richiamo all'art. 10-bis della l. n. 241 del 1990 è del tutto erroneo poiché la medesima disposizione, per espressa previsione, non trova applicazione alle «procedure concorsuali»: con quest'ultima espressione si è inteso fare riferimento a tutte le procedure - quale quella inerente all'affidamento di un pubblico appalto - caratterizzate da una pluralità di istanze e da un concorso delle stesse ai fini del conseguimento della utilità perseguita ...” [Tar Sicilia gennaio 2013]*

*---È noto che l'art. 10 bis sia, da tempo, oggetto di opposte interpretazioni dottrinarie: la prima, fondata su una lettura restrittiva dell'espressione “procedure concorsuali”, che limiterebbe l'applicazione di tale disciplina esclusivamente alle procedure di assunzione nel pubblico impiego e a quelle per il conseguimento dell'idoneità per l'iscrizione negli albi e collegi professionali; la seconda, al contrario, attestata sulla valorizzazione del profilo comparativo, il che consentirebbe di ricomprendere nell'ambito di applicazione della vista disposizione qualsiasi procedura di carattere selettivo (concorsi interni, procedure di avanzamento nelle forze armate, procedure di affidamento di incarichi di progettazione, etc.). Al Collegio, tuttavia, pare dirimente analizzare il fondamento della citata disposizione, rinvenibile nella ricerca di un equilibrato rapporto tra garanzie partecipative e collaborazione istruttoria, partendo dalle disposizioni applicabili alla fattispecie. Sul punto, va ricordato che, ai sensi dell'art. 12 della legge 241/1990, “la concessione di sovvenzioni, contributi, sussidi ed ausili finanziari e l'attribuzione di vantaggi economici di qualunque genere a persone ed enti pubblici e privati sono subordinate alla predeterminazione da parte delle amministrazioni procedenti, nelle forme previste dai rispettivi ordinamenti, dei criteri e delle modalità cui le amministrazioni stesse devono attenersi. L'effettiva osservanza dei criteri e delle modalità di cui al comma 1 deve risultare dai singoli provvedimenti relativi agli interventi di cui al medesimo comma 1”. Come ha puntualmente rilevato la giurisprudenza, tale disposizione non si pone in antitesi con la disciplina di cui all'art. 10 bis, né pare espressamente introdurre “una deroga al principio generale che quest'ultimo detta, con la conseguenza che deve ammettersi la loro contemporanea applicazione: la prima disposizione, infatti, prescrive che nei procedimenti relativi a provvedimenti attributivi di vantaggi economici l'Amministrazione deve previamente pubblicizzare i criteri e le modalità alle quali intende attenersi nella loro erogazione; la seconda, invece, introduce l'obbligo di far partecipare al procedimenti il soggetto che, con la propria istanza, lo ha attivato” ..” [Tar Lombardia ottobre 2013]*

---“...Va esclusa la sussistenza della dedotta violazione dell’art. 10-bis della legge 7 agosto 1990, n. 241, posto che l’obbligo di comunicare il c.d. preavviso di rigetto non si applica, per espressa previsione della stessa norma, alle procedure concorsuali, tra le quali vanno annoverate quelle indette per l’assegnazione di contributi pubblici (introdotte dalla pubblicazione del bando e che prevedono la presentazione delle domande da parte di più concorrenti, la loro valutazione e, infine, la pubblicazione della graduatoria)...” [Tar Puglia dicembre 2013]

---“...L’art. 10-bis della legge n. 241/1990 non si applica alle procedure selettive come quella di specie, essendo evidente che il termine “procedure concorsuali” di cui al citato articolo – che descrive uno degli ambiti sottratti all’istituto del preavviso di rigetto – deve essere interpretato in modo estensivo, come riferito a qualsiasi procedimento di evidenza pubblica in cui sono coinvolti, oltre al soggetto interessato, anche altri soggetti controinteressati, tenuto conto della ratio di tale eccezione che è quella di evitare un inutile appesantimento di tali procedimenti amministrativi, in contrasto con i principi di celerità ed efficacia di cui all’art. 1 della legge n. 241/1990, e non bilanciato da un’effettiva capacità deflattiva del contenzioso giurisdizionale...” [Tar Campania dicembre 2013]

---“...S’è osservato, “a contrario”, che: “La deroga prevista per l’obbligo di preavviso di rigetto dall’art. 10 bis, l. 7 agosto 1990 n. 241 per i procedimenti concorsuali ha carattere eccezionale e, come tale, non è estensibile in via interpretativa ad un procedimento caratterizzato da una valutazione specifica delle singole istanze, sfociante nell’adozione di un provvedimento individuale (nella specie il diniego di ammissione di un progetto a finanziamento pubblico)” (T. A. R. Umbria – Sez. I, 9/06/2010, n. 366). Tale è il caso che s’è verificato nella specie, stante che l’adozione del modulo concorsuale non esclude affatto, anzi implica, la valutazione individuale delle singole istanze di ammissione al passivo....” [Tar Campania aprile 2015]

---“...E’ consolidato l’orientamento ... che esclude, per esigenze di speditezza ed economicità, dall’ambito applicativo dell’obbligo di preavviso ex art. 10 bis legge 241/90 (di cui costituisce mera applicazione l’art. 10 del Regolamento di Ateneo), oltre alle procedure concorsuali “stricto sensu”, tutti i procedimenti cui possono partecipare una pluralità di soggetti “a prescindere dalla circostanza che i partecipanti ... si trovino in una situazione di concorrenza reciproca e dalla esistenza di una graduatoria finale” ...Del resto la espressa previsione (punto 4, comma 5, dell’avviso di selezione) di insindacabilità delle valutazioni del Comitato è sufficiente ad escludere una fase partecipativa, alla quale esclusivamente sarebbe preordinato l’invio del preavviso: se la “lex specialis” non prevede alcun contraddittorio procedimentale, non si comprende a qual titolo dovrebbe preavvertirsi il candidato dell’esito negativo della sua istanza (salvo che, naturalmente, in caso di esclusione dalla valutazione per mancanza di requisiti, ipotesi esclusa dalla testuale previsione di insindacabilità ex art. 4, comma 5, dell’Avviso, ma non ricorrente nel caso di specie)...” [Tar Emilia Romagna agosto 2015]

### **1.3)DEROGHE: ... SEGUE ...CAUSE DI SERVIZIO/EQUO INDENNIZZO**

---“...Considerato, in particolare, che il primo giudice, accogliendo il ricorso del sig. S., ha annullato l’impugnato diniego di riconoscimento della dipendenza da causa di servizio dell’infermità lamentata dallo stesso e il conseguente diniego di equo indennizzo per la violazione dell’obbligo procedimentale di cui all’art. 10 bis della legge 7 agosto 1990, nr. 241, non avendo l’Amministrazione provveduto a notificare all’istante il preavviso di rigetto; Ritenuto che le ridette conclusioni meritino conferma, non potendo trovare accoglimento gli opposti rilievi

*dell'Amministrazione appellante, in quanto: - non trova fondamento positivo l'affermata esclusione dell'applicabilità del citato art. 10 bis in ipotesi di esercizio di poteri vincolati; - al contrario, detta disposizione esprime un principio di carattere generale la cui ratio (che è quella di consentire all'interessato, quand'anche abbia partecipato al procedimento, di interloquire prima delle definitive determinazioni sfavorevoli che l'Amministrazione procedente abbia maturato) non si vede perché non dovrebbe ugualmente valere per i procedimenti vincolati...*” [Cons. di Stato aprile 2010]

---“...In linea generale, il "preavviso di rigetto" di cui all'art. 10 bis l. 7 agosto 1990 n. 241, che è istituito di carattere generale che si iscrive nel sistema delle garanzie di partecipazione procedimentale, non si applica alle fattispecie nelle quali le predette esigenze sono comunque assicurate dalla specifica ed analitica disciplina dei relativi procedimenti. Nel caso di specie il procedimento in questione costituisce un modulo conchiuso nel quale le predette esigenze sono state comunque considerate dal disciplinato dal d.P.R. n. 461/2001. In tali ambiti quindi, del tutto esattamente il Giudice di prime cure ha fatto coerente applicazione del principio per cui la disciplina speciale prevale su quella generale (secondo il noto antico brocardo "lex specialis derogat generali"). Il preavviso di cui all'art. 10-bis della L. n.241/1990, importante strumento di partecipazione, non può però ridursi né ad un mero rituale formalistico e né ad un banale cavillo del tutto disgiunto dalla realtà delle cose. La norma, se inquadrata nell'ottica dell'imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa, deve dunque essere interpretata nel senso che il privato non può limitarsi a dolersi della mera circostanza della mancata comunicazione del preavviso di rigetto, ma deve anche allegare, o almeno indicare, quali erano gli ulteriori elementi, conoscitivi o di giudizio che, ove avesse ricevuto la detta comunicazione, avrebbe potuto introdurre per contestare le preliminari conclusioni della P.A. . In tale ambito, la doglianza relativa alla violazione della norma in esame può trovare favorevole ingresso solo quando il privato fornisca in giudizio le indicazioni o almeno lumi sugli elementi che non aveva potuto introdurre nel procedimento. In sostanza deve essere evidente che il fatto colposo della P.A. deve aver vanificato in concreto i suoi diritti di partecipazione e la corretta valutazione dei presupposti rilevanti per il provvedimento finale da parte dell'Amministrazione...” [Cons. di Stato gennaio 2011]

---La disciplina di cui all'art. 10 bis della l. 241/1990 non trova applicazione nel procedimento riguardante il riconoscimento della dipendenza della causa di servizio di infermità, regolato dal D.P.R. 461/ 2001, e ciò in considerazione della natura vincolante del parere reso dal Comitato di verifica per le cause di servizio, di cui all'art. 14 del cennato D.P.R. [Cons. di Stato luglio 2013 (parere)]

---“...Le spese del giudizio possono essere compensate fra le parti dovendosi escludere la soccombenza virtuale dell' Amministrazione, ove si consideri che il preavviso di rigetto, alla cui omissione il T.A.R., con la sentenza oggetto di impugnativa, ha collegato gli effetti invalidanti dell'atto impugnato, non è adempimento dovuto nei procedimenti di natura previdenziale, nel cui ambito va ricondotto il beneficio dell'equo indennizzo..” [Cons. di Stato maggio 2015]

---Tra le ipotesi di esclusione del (l'obbligo del) preavviso di rigetto, ex art. 10, u.c., della l. 241/1990, non rientrano i procedimenti sorti a seguito dell'istanza del dipendente finalizzata al riconoscimento della dipendenza da causa di servizio di determinate infermità, in quanto gli stessi non hanno natura previdenziale ma indennitaria [Tar Lazio gennaio 2011]

---Nei procedimenti per il riconoscimento della dipendenza da causa di servizio di una determinata infermità del pubblico dipendente il parere del Comitato di verifica, oltre ad essere obbligatorio, è vincolante per l'Amministrazione procedente, nel senso che quest'ultima è tenuta a concludere il procedimento in maniera conforme alle determinazioni dell'organo consultivo, fatte salve le ipotesi

*di palese inattendibilità o di manifesta illogicità, per cui l'Amministrazione non è tenuta alla comunicazione del preavviso di rigetto, ai sensi dell'art. 10 bis, l. 7 agosto 1990, n. 241, in quanto l'eventuale partecipazione procedimentale dell'interessato non avrebbe potuto produrre effetti sul contenuto dispositivo del provvedimento impugnato* **[Trga Trentino Alto Adige giugno 2012]**

---“...nei procedimenti finalizzati alla concessione dell'equo indennizzo, il parere del Comitato di Verifica, oltre ad essere obbligatorio, è vincolante per l'Amministrazione procedente, tenuta a concludere il procedimento in maniera conforme alle determinazioni dell'organo consultivo, fatte salve le ipotesi di palese inattendibilità o di manifesta illogicità. Pertanto l'Amministrazione non è tenuta alla comunicazione del preavviso di rigetto, ai sensi dell'art. 10bis, L. 7 agosto 1990 n. 241, in quanto l'eventuale partecipazione procedimentale dell'interessato non potrebbe produrre effetti sul contenuto dispositivo del provvedimento impugnato ... D'altra parte la disciplina di cui al citato art. 10bis presuppone che la competenza alla decisione appartenga ad un'unica autorità e impone di instaurare il contraddittorio affinché il richiedente possa fornire ulteriori chiarimenti o documenti atti a mutare l'orientamento dell'amministrazione; ne deriva che essa non è applicabile ai procedimenti complessi, quale è quello in discorso, nei quali l'autorità che emette il provvedimento finale è vincolata al parere obbligatorio di un organo qualificato...” **[Tar Emilia Romagna febbraio 2013]**

--“...Nei procedimenti per il riconoscimento della dipendenza da causa di servizio di una determinata infermità del pubblico dipendente il parere del Comitato di verifica, oltre ad essere obbligatorio, è vincolante per l'Amministrazione procedente, nel senso che quest'ultima è tenuta a concludere il procedimento in maniera conforme alle determinazioni dell'organo consultivo, fatte salve le ipotesi di palese inattendibilità o di manifesta illogicità. Pertanto l'Amministrazione non è tenuta alla comunicazione del preavviso di rigetto, ai sensi dell'art. 10-bis, L. n. 241/1990, in quanto l'eventuale partecipazione procedimentale dell'interessato non avrebbe potuto produrre effetti sul contenuto dispositivo del provvedimento impugnato ...” **[Tar Calabria febbraio 2013]**

---“...Non può essere accolto neppure l'ulteriore motivo dedotto, tenuto conto che il diniego di riconoscimento dell'equo indennizzo non richiede l'adempimento procedimentale della comunicazione del preavviso di rigetto sia perché il relativo procedimento è ricompreso tra quelli di natura previdenziale, sia perché ricorrono le condizioni previste dall'art. 21 octies, l. n. 241 del 1990, atteso che il giudizio espresso dal Comitato di Verifica è vincolante per l'Amministrazione, la quale non avrebbe potuto adottare un provvedimento diverso...” **[Tar Lazio maggio 2013]**

---“...Risulta fondata la prima censura di violazione dell'articolo 10 bis della legge 7 agosto 1990 n. 241, dovendosi ritenere ... l'applicabilità dell'art. 10 bis (preavviso di rigetto) alla fattispecie specifica (procedimenti volti al riconoscimento della dipendenza dell'infermità da causa di servizio e dell'equo indennizzo) e connesse alle decisioni assunte dalle Amministrazioni in correlazione a pareri espressi dal Comitato di Verifica per le Cause di Servizio (CVCS), per cui, anche in questa peculiare tipologia di casi, sussiste l'obbligo di comunicazione preventiva dei motivi ostativi...” **[Tar Sardegna ottobre 2013]**

---“...non sussiste violazione dell'art. 10 bis della l. 7 agosto 1990, n. 241 poiché, pur dando atto dell'esistenza di un divergente orientamento ... il Collegio ritiene che la norma non debba applicarsi al procedimento in esame in quanto concerne materia previdenziale e il ricorrente non ha formulato, neanche in questa sede, alcuna osservazione o fornito elementi idonei a dimostrare che il suo apporto collaborativo avrebbe potuto determinare un esito diverso del procedimento, sicché l'annullamento dei provvedimenti impugnati per tale motivo risulterebbe sostanzialmente inutile...” **[Tar Toscana giugno 2013]**



---“...Una parte della giurisprudenza dei TT.AA.RR. sostiene la tesi dell'obbligo di comunicazione dei motivi ostativi anche nel procedimento volto al riconoscimento della dipendenza dell'infermità da causa di servizio e dell'equo indennizzo ... Autorevolmente il Consiglio di Stato ha rilevato che la disposizione in discussione ha carattere generale e non trova riscontro positivo l'affermata esclusione dell'applicabilità di detto art. 10 bis in taluni procedimenti, trattandosi di una norma di principio volta a consentire all'interessato di interloquire, prima delle determinazioni definitive sfavorevoli, che l'amministrazione abbia maturato ... Di contro è noto al Collegio l'opposto indirizzo giurisprudenziale, altrettanto diffuso anche in sede di appello ... Secondo detto orientamento, infatti, l'art. 10 bis della L. n. 241/90 non si applicherebbe ai procedimenti aventi ad oggetto l'accertamento della dipendenza di infermità da causa di servizio ai fini della concessione dell'equo indennizzo in considerazione, sia del carattere vincolante del parere del Comitato di verifica per le cause di servizio - che rappresenta l'unico organo autorizzato a pronunciarsi circa il nesso eziologico con la patologia riscontrata -, che della natura previdenziale ed assistenziale del procedimento per il riconoscimento della causa di servizio. In realtà, osserva il Collegio, tale ultima considerazione riguarda, come testualmente recita la norma, esclusivamente quei procedimenti previdenziali gestiti dagli :” Enti previdenziali”, mentre, nel caso di specie, il parere espresso dal Comitato di verifica per le cause di servizio è, all'evidenza, espresso da un organo assolutamente estraneo alla categoria degli enti previdenziali...” [Tar Veneto agosto 2013]

---“...Il procedimento amministrativo afferente al riconoscimento della dipendenza da causa di servizio delle malattie che colpiscono i dipendenti della pubblica amministrazione è disciplinato dal D.P.R. 29 ottobre 2001 n. 461, in base al quale la Commissione Medico-Ospedaliera si pronuncia solo sull'esistenza dell'infermità, mentre il Comitato di Verifica esprime un parere sulla dipendenza da cause di servizio, al quale, a sua volta, l'Amministrazione è tenuta a conformarsi, salva la facoltà di richiedere, motivatamente, un ulteriore parere al detto Comitato, al quale è poi tenuta, comunque, ad adeguarsi. Quindi, essendo il parere del Comitato di Verifica, come espressamente sancito dal D.P.R. n. 461/2001, obbligatorio e vincolante, l'eventuale partecipazione procedimentale dell'interessato non potrebbe produrre effetti sul contenuto dispositivo del provvedimento impugnato, anche per la ricorrenza delle condizioni di cui all'art. 21- octies, l. n. 241 del 1990 ...” [Tar Calabria dicembre 2013]

---“...Secondo il prevalente orientamento dei giudici di primo grado, l'adempimento previsto dal citato art. 10 bis non troverebbe applicazione nei procedimenti aventi ad oggetto la dipendenza di un'infermità da causa di servizio ai fini della concessione dell'equo indennizzo, trattandosi di procedimenti in materia previdenziale per i quali opera l'esclusione prevista dal quinto periodo ... Secondo altre pronunce ..., l'esclusione in parola, essendo contemplata da una previsione eccezionale che richiede di essere interpretata restrittivamente, risulterebbe invece circoscritta ai soli procedimenti gestiti da enti previdenziali, quindi non sarebbe operante nei procedimenti per il riconoscimento della dipendenza di infermità da causa di servizio. Il primo orientamento rimarca, inoltre, che l'omissione del preavviso, qualora doveroso, risulterebbe comunque sanata in base al meccanismo previsto dall'art. 21 octies della legge n. 241/1990, attesa la natura vincolante del giudizio espresso dal Comitato di verifica. Altre pronunce, invece, hanno escluso l'operatività della sanatoria processuale, poiché non va confusa la natura vincolante del parere del Comitato di verifica con la natura certamente discrezionale (quantomeno, dal punto di vista della discrezionalità tecnica, cioè di una valutazione operata secondo i criteri della scienza medico-legale) del provvedimento di riconoscimento della dipendenza da causa di servizio delle infermità sofferte da pubblici dipendenti ... Senza prendere posizione in merito a tali dibattute questioni, ci si limita ad osservare come il preavviso di cui all'art. 10 bis della legge n. 241/1990 costituisca un fondamentale strumento di partecipazione che non può ridursi, però, a mero rituale formalistico. Ciò implica, nella prospettiva del buon andamento dell'azione amministrativa, che il privato non possa limitarsi a denunciare la mancata comunicazione dei motivi ostativi, ma sia anche onerato

*ad allegare gli ulteriori elementi, fattuali o valutativi, che avrebbe potuto introdurre qualora coinvolto in fase predecisionale con lo strumento del preavviso di rigetto ... In difetto di tali allegazioni, la censura relativa alla mera omissione dell'adempimento procedimentale non può trovare favorevole ingresso nel giudizio, non essendo idonea a dimostrare né l'effettiva vanificazione delle prerogative partecipative del privato né la scorretta valutazione dei presupposti rilevanti ai fini dell'adozione del provvedimento finale. Nel presente giudizio, l'esponente non ha reso evidenti gli ulteriori elementi o le obiezioni che avrebbe potuto prospettare qualora fosse stato tempestivamente reso edotto delle determinazioni del Comitato di verifica...* [Tar Liguria ottobre 2013]

---“*...Non sussiste la dedotta violazione dell'art. 10-bis della legge n. 241/1990, posto che per giurisprudenza pacifica la norma in questione non si applica al procedimento per il riconoscimento della dipendenza da causa di servizio, sia perché detto procedimento è ricompreso tra quelli di natura previdenziale, sia perché il giudizio del Comitato di verifica è vincolante per l'Amministrazione e dunque ricorrono le condizioni di cui all'art. 21-octies della medesima legge..*” [Tar Toscana settembre 2013]

---“*...L'argomento è infondato alla stregua della prevalente giurisprudenza secondo la quale in sede di procedimento di concessione dell'equo indennizzo non occorre il preavviso di diniego....*” [Tar Sicilia luglio 2013]

---“*...la disposizione di cui all'art. 10 -bis L. n. 241 del 1990 non si applica al procedimento di concessione dell' equo indennizzo per infermità dovuta a causa di servizio perché detto procedimento è ricompreso tra quelli di natura previdenziale e, inoltre, ricorrono le condizioni previste dall'art. 21-octies della L. n. 241 del 1990, atteso che il giudizio espresso dal Comitato di Verifica è vincolante per l'Amministrazione, la quale non avrebbe potuto adottare un provvedimento diverso, stante anche l'infondatezza nell'ipotesi di specie, come di seguito indicato, delle censure riferite all'erroneità del parere reso dal Comitato di Verifica ..*” [Tar Campania giugno 2013]

---“*...non vi è ragione di escludere dal campo di applicazione dell'art. 10-bis i procedimenti di cui al DPR n. 461/2001, laddove gli stessi (come accade il più delle volte) sono avviati su impulso di parte, non essendo i procedimenti de quibus ricompresi fra quelli gestiti da enti previdenziali né ad essi assimilabili per analogia (anche perché le eccezioni alla regola generale che impone il c.d. preavviso di rigetto sono da ritenere tassative)...*” [Tar Marche febbraio 2015]

---“*...va disattesa la censura, relativa all'omessa comunicazione del preavviso di rigetto, sia perché il procedimento in discorso risulta analiticamente disciplinato dal citato DPR n. 461/2001, per cui la disciplina speciale prevale su quella generale della L. n. 241/1990, sia perché l'ultimo periodo dell'art. 10 bis L. n. 241/1990, statuisce che tale norma non si applica ai “procedimenti in materia previdenziale e assistenziale” e perciò anche ai procedimenti, volti a conseguire il riconoscimento dell'equo indennizzo...*” [Tar Basilicata marzo 2015]

---“*...Da respingere è, infine, anche l'ultimo profilo di doglianza, concernente la violazione dell'art. 10-bis della legge n. 241/1990. Sul punto, il Collegio richiama il diffuso orientamento, formatasi sia in sede consultiva che giurisdizionale, che ha escluso che la disciplina di cui al ripetuto art. 10-bis trovi applicazione nei procedimenti riguardanti il riconoscimento della dipendenza della causa di servizio di determinate infermità, e ciò in considerazione della specialità del procedimento e della natura vincolante del parere reso dal Comitato di verifica per le cause di servizio .... E' stato, in particolare, osservato che la natura vincolante del parere reso dal Comitato di verifica (art. 14 del d.P.R. n. 461/2001) esclude l'obbligo del preavviso di rigetto, in quanto*

*l'eventuale partecipazione procedimentale dell'interessato non produrrebbe effetti sul contenuto dispositivo del provvedimento impugnato, dovendo comunque l'amministrazione procedente conformarsi al parere del Comitato...*” [Tar Basilicata aprile 2015]

---“...L'istituto del preavviso di rigetto non opera in relazione a procedimenti amministrativi di natura previdenziale, così come è ritenuto l'iter che culmina nell'erogazione dell'equo indennizzo...” [Tar Puglia gennaio 2015]

---“...Anche il motivo di ricorso con si deduce la violazione dell'art. 10 bis L. n. 241/90 è infondato, poiché nei procedimenti per il riconoscimento della dipendenza da causa di servizio di una determinata infermità, il parere del Comitato di verifica, come espressamente sancito dal D.P.R. n. 461/2001, oltre ad essere obbligatorio, è vincolante per l'Amministrazione procedente, sicché l'Amministrazione non è tenuta alla comunicazione del preavviso di rigetto, ai sensi dell'art. 10 bis, L. n. 241/90, in quanto l'eventuale partecipazione procedimentale dell'interessato non produrrebbe effetti sul contenuto dispositivo del provvedimento impugnato...” [Tar Lombardia marzo 2015]

---“...Il procedimento amministrativo in discussione ha carattere previdenziale essendo finalizzato alla concessione di una provvidenza facente parte, lato sensu, della funzione di sicurezza sociale esercitata dallo Stato ex art.38 Cost. Ne consegue che il suo svolgimento è sottratto all'applicazione dell'istituto del preavviso di rigetto per espressa previsione legislativa ...” [Tar Puglia marzo 2015]

---“...in relazione al procedimento per il riconoscimento della dipendenza delle infermità da causa di servizio è vero che l'amministrazione competente è vincolata al parere del Comitato di Verifica, ma non può essere sottovalutata la circostanza che l'amministrazione, ai sensi dell'art. 14, comma 1°, del d.P.R. n. 461/2001, qualora per motivate ragioni, non ritenga di conformarsi a tale parere, ha l'obbligo di richiedere a quest'ultimo un ulteriore parere. Ed è proprio in relazione a tale potere di “riesame” che il preavviso di rigetto di cui all'art. 10 bis, l. 7 agosto 1990 n. 241, potrebbe assolvere appieno alla propria funzione; è innegabile, infatti, che la parte istante, in tale fase procedimentale, nel formulare le sue osservazioni, potrebbe fornire all'amministrazione le “motivate ragioni” che la potrebbero indurre a non conformarsi al parere del Comitato di verifica, con il conseguente rinnovo dell'istruttoria..” [Tar Sardegna giugno 2015]

---“...nei procedimenti per il riconoscimento della dipendenza da causa di servizio ... il parere del Comitato, oltre ad essere obbligatorio, è anche vincolante per l'Amministrazione procedente sicché questa non è tenuta alla comunicazione del preavviso di rigetto poiché l'eventuale partecipazione procedimentale dell'interessato non produrrebbe effetti sul contenuto dispositivo del provvedimento finale...” [Tar Toscana giugno 2015]

---“...Nei procedimenti per il riconoscimento della dipendenza da causa di servizio di una determinata infermità, il parere del Comitato di verifica, come espressamente sancito dal D.P.R. n. 461/2001, oltre ad essere obbligatorio, è vincolante per l'Amministrazione procedente. Infatti, quest'ultima è tenuta a concludere il procedimento in maniera conforme alle determinazioni dell'organo consultivo, fatte salve le ipotesi di palese inattendibilità o di manifesta illogicità. L'Amministrazione non è, pertanto, tenuta alla comunicazione del preavviso di rigetto, ai sensi dell'art. 10 bis, l. 7 agosto 1990 n. 241, in quanto l'eventuale partecipazione procedimentale dell'interessato non produrrebbe effetti sul contenuto dispositivo del provvedimento impugnato..” [Tar Calabria luglio 2015]

---“...Il primo motivo di ricorso è palesemente infondato alla luce della consolidata giurisprudenza che esclude l'applicazione dell'art. 10 bis L. n. 241/1990 al procedimento per la concessione dell'equo indennizzo: ciò perché il procedimento in parola, attivato su istanza di parte, è fortemente tipizzato anche sul piano della partecipazione dell'interessato, si caratterizza per il parere vincolante del CVCS ed ha natura previdenziale per la quale lo stesso art. 10 bis esclude il preavviso di rigetto...” [Tar Toscana settembre 2015]

---“...Né può ravvisarsi il denunciato difetto partecipativo, in quanto, come da condivisibile orientamento pretorio, “Nei procedimenti per il riconoscimento della dipendenza da causa di servizio di una determinata infermità, il parere del Comitato di verifica, come espressamente sancito dal D.P.R. n. 461/2001, oltre ad essere obbligatorio, è vincolante per l'Amministrazione procedente, sicché l'Amministrazione non è tenuta alla comunicazione del preavviso di rigetto, ai sensi dell'art. 10 bis, L. n. 241/90, in quanto l'eventuale partecipazione procedimentale dell'interessato non produrrebbe effetti sul contenuto dispositivo del provvedimento impugnato” ...” [Tar Campania luglio 2015]

---“... con riferimento alla censura relativa al mancato preavviso di rigetto dell'istanza di riconoscimento dell'equo indennizzo, vale quanto affermato dalla giurisprudenza ... sulla scia del parere di Consiglio di Stato n. 4664/2011 del 15.12.2011, per il quale “la disposizioni di cui all'art. 10 bis Legge n. 241/1990 non si applicano al procedimento di concessione dell'equo indennizzo. sia perché detto procedimento è ricompreso tra quelli di natura previdenziale ... e sia perché ricorrono le condizioni previste dall'art. 21 - octies della Legge n. 241/1990, atteso che il giudizio espresso dal Comitato di Verifica è vincolante per l'Amministrazione, la quale non avrebbe potuto adottare un provvedimento diverso ...” [Tar Sicilia settembre 2015]

---“...Al riguardo, va condiviso l'orientamento giurisprudenziale secondo il quale, nei procedimenti per il riconoscimento della dipendenza da causa di servizio di una determinata infermità, il parere del C.V.C.S. come espressamente sancito dall'art. 14, d.P.R. n. 461 del 2001, oltre ad essere obbligatorio, è vincolante per l' amministrazione procedente, sicché questa non è tenuta alla comunicazione del preavviso di rigetto, ai sensi dell'art. 10 bis, l. 7 agosto 1990 n. 241, in quanto l'eventuale partecipazione procedimentale dell'interessato non produrrebbe effetti sul contenuto dispositivo del provvedimento impugnato...” [Tar Lazio aprile 2015]

“...È poi da rilevare che “la scadenza dei termini previsti dalle vigenti norme regolamentari in tema di procedimento per il riconoscimento della dipendenza da causa di servizio delle infermità contratte dai pubblici dipendenti, attiene a termini che hanno carattere ordinatorio, avendo una funzione meramente sollecitatoria ed acceleratoria, sicché, la loro scadenza non comporta l'illegittimità del provvedimento ma la legittimazione dell'interessato a contestare l'inerzia e i ritardi dell'Amministrazione” ... Inoltre, “nei procedimenti per il riconoscimento della dipendenza da causa di servizio di una determinata infermità, il parere del Comitato di verifica, come espressamente sancito dal d.P.R. n. 461/2001, oltre ad essere obbligatorio, è vincolante per l'Amministrazione procedente, sicché l'Amministrazione non è tenuta alla comunicazione del preavviso di rigetto, ai sensi dell'art. 10 bis, l. 7 agosto 1990 n. 241, in quanto l'eventuale partecipazione procedimentale dell'interessato non produrrebbe effetti sul contenuto dispositivo del provvedimento impugnato” ...” [Tar Puglia ottobre 2015]

#### **1.4)DEROGHE: ... SEGUE ...MATERIA EDILIZIA**

---“...Anzitutto va rilevato che, contrariamente all’assunto dell’appellante, in ragione del carattere vincolato dell’atto, non occorre alcun avviso di avvio del procedimento per gli atti sanzionatori in materia edilizia, tra cui l’ordine di demolizione della costruzione abusiva ...; così come nel caso di diniego di concessione in sanatoria su istanza di condono, la successiva ordinanza di demolizione non è viziata per violazione dell’art. 7 della l. n. 241 del 1990 in quanto, essendo stata adottata all’esito del procedimento avviato con istanza di condono dell’interessato, non si verte nell’ambito di applicazione dello stesso art. 7...” [Cons. di Stato marzo 2013]

---“...Come correttamente evidenziato dal primo giudice, il permesso di costruire ha carattere vincolato, in quanto, ai sensi dell’art. 12, comma 1, del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 può essere negato solamente per contrasto con disposizioni di legge, di strumenti urbanistici o di regolamenti edilizi. Pertanto, seguendo una linea del tutto pacifica in giurisprudenza, il T.A.R. ha evidenziato come, a norma dell’art. 21 octies della legge n. 241 del 1990, non è annullabile l’atto adottato in violazione di norme sul procedimento qualora l’atto stesso, per la sua natura vincolata, non avrebbe potuto avere un contenuto diverso...” [Cons. di Stato maggio 2013]

---“...La giurisprudenza di questo Consiglio ha già avuto modo di soffermarsi sui rapporti intercorrenti fra la fase sub-procedimentale che può concludersi con l’annullamento dell’autorizzazione rilasciata ai fini paesaggistici e la doverosità dell’attivazione del preavviso di cui all’articolo 10-bis, cit. e ha tratto conclusioni dalle quali nel caso in esame non si individuano ragioni per discostarsi. In particolare è stato osservato che la disposizione di cui all’art. 10-bis della legge 241 del 1990, in tema di cd. preavviso di rigetto non trova applicazione quando vi sono specifiche regole procedurali, sulla durata massima di una fase ‘di riesame’ di un precedente atto favorevole. In particolare, l’annullamento dell’autorizzazione paesistica - pur se disposto ai sensi dell’art. 159 del d.lgs. 42 del 2004 - non è soggetto all’obbligo di comunicazione preventiva del preavviso di rigetto di cui all’art. 10 bis della legge 241 del 1990, in quanto costituisce esercizio, entro un termine decadenziale, di un potere che intercorre tra autorità pubbliche e integra piuttosto una fase ulteriore, di secondo grado, la quale determina la caducazione del precedente atto abilitativo ... Sotto altro aspetto, si è osservato che il preavviso di rigetto di cui all’articolo 10-bis della l. n. 241 del 1990, non si applica al sub-procedimento volto all’annullamento, in tempi stretti e perentori, dell’autorizzazione paesaggistica, sub specie di riesame di quell’atto da parte dell’autorità statale e si configura come una fase di riscontro della già ritenuta possibilità giuridica di mutare lo stato dei luoghi. Ne deriva che il preavviso di diniego - finalizzato ad aprire una fase, anche non breve, di possibile confronto endoprocedimentale - è di per se stesso incompatibile con la stretta tempistica del vaglio delle condizioni di legittimità di un atto abilitante già rilasciato e produttivo di taluni effetti ...” [Cons. di Stato luglio 2013]

---“...risulta agli atti processuali che, a seguito di verbale della Polizia Locale inerente ulteriore verifica della pompeiana in parola, è stato dato avviso ai ricorrenti dell’avvio del procedimento amministrativo di accertamento delle violazioni urbanistico-edilizie, ... Inoltre, in punto di omesso preavviso, è appena il caso di richiamare il consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui la violazione dell’art. 10 bis della legge 7 agosto 1990 n. 241 non è invocabile in relazione a provvedimenti di carattere vincolato o connotati ex lege da tratti di assoluta specialità, al di là della mancanza di ogni asserzione circa l’apporto che avrebbe fornito una effettiva ulteriore partecipazione. Conseguentemente, questa doglianza non trova riscontro nella sua effettività e nel dovere di legge incombente in capo al Comune di reprimere gli abusi edilizi...” [Cons. di Stato ottobre 2013]

---“...In questo senso si era del resto espressa la giurisprudenza che aveva rilevato, con riguardo alla struttura e alla natura del procedimento di rilascio della autorizzazione paesaggistica, che si

*tratta di un procedimento unitario, attivato dall'interessato, composto ex lege anche dalla fase del riesame da parte dello Stato, nel caso in cui l'autorità preposta alla tutela del vincolo si pronunci in senso favorevole sull'istanza ... con la conseguenza che, a fronte di un procedimento ad iniziativa dell'interessato, non occorre la comunicazione del relativo avvio. La giurisprudenza più recente ha messo in rilievo come non possa ritenersi applicabile – a tale segmento procedimentale – la disposizione che impegna l'amministrazione a comunicare agli interessati il c.d. 'preavviso di rigetto', ai sensi dell'articolo 10 bis della legge n. 241 del 1990. Si è infatti osservato che questa disposizione non trova applicazione amministrativa quando vi sono specifiche regole procedurali, sulla durata massima della fase 'di riesame' di un precedente atto favorevole. In particolare si è affermato che l'annullamento dell'autorizzazione paesistica - pur se disposto ai sensi dell' art. 159 del Codice - non è soggetto all'obbligo di comunicazione preventiva del 'preavviso di rigetto' in quanto costituisce esercizio, entro un termine decadenziale, di un potere che intercorre tra autorità pubbliche che integra piuttosto una fase ulteriore, di secondo grado, la quale determina la caducazione del precedente atto abilitativo..." [Cons. di Stato novembre 2015]*

*---“...il provvedimento di diniego di condono edilizio straordinario, ex art. 32 d.l. n. 269 del 2003 non preceduto dalla comunicazione all'interessato dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza, è comunque legittimo, in quanto, da un lato, la violazione dell'art. 10 bis, l. n. 241 del 1990 non è invocabile in relazione a provvedimenti di carattere vincolato, dall'altro in quanto tale ultima norma non è applicabile a procedimenti connotati, "ex lege", da tratti di assoluta specialità ...” [Tar Calabria maggio 2011]*

*---“...Infondato è, infine, l'ultimo motivo, con il quale si deduce la violazione dell'art. 10 bis della l. n. 214/1990, alla luce dell'orientamento giurisprudenziale, secondo il quale nei procedimenti amministrativi in generale e in quelli volti alla tutela dei beni culturali in particolare, ai fini della comunicazione di avvio del procedimento (o del preavviso di rigetto), si deve tener conto dell'esigenza di una interpretazione ed applicazione non meccanica né formalistica delle norme in materia di partecipazione, in quanto il raggiungimento della finalità partecipativa o l'impossibilità di incidere sul contenuto del provvedimento vanno considerati esimenti sufficienti ai fini della validità del provvedimento adottato senza la pedissequa osservanza delle norme citate o anche in totale assenza della comunicazione..." [Tar Sicilia giugno 2011]*

*---“...Quanto alla censura relativa alla violazione dell'art. 10 bis della legge n. 241 del 1990, il Collegio aderendo alla giurisprudenza amministrativa, già fatta propria da questa Sezione e dalla quale non ha motivo di discostarsi, ritiene che, a seguito delle modifiche introdotte dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15, l'istituto del preavviso di rigetto di cui all'art. 10-bis della legge n. 241 del 1990 - Comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza - introdotto dall'art. 6 della prima legge menzionata, stante la sua portata generale, trova applicazione anche nei procedimenti di sanatoria o di condono edilizio ... Deve, conseguentemente, ritenersi illegittimo il provvedimento di diniego dell'istanza di permesso in sanatoria che non sia stato preceduto dall'invio della comunicazione di cui al citato art. 10 bis in quanto preclusivo per il soggetto interessato della piena partecipazione al procedimento e dunque della possibilità di un suo apporto collaborativo, capace di condurre ad una diversa conclusione della vicenda ...Nondimeno, occorre considerare che tali omissioni non determinano comunque l'annullabilità del provvedimento, qualora trovi applicazione il disposto dell'art. 21-octies, comma 2, prima parte della legge n. 241 del 1990, a tenore del quale “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”. Orbene, non vi è alcun dubbio che il provvedimento di diniego di condono edilizio costituisce espressione di potere vincolato rispetto ai presupposti normativi richiesti e dei quali*

*deve farsi applicazione ... Tuttavia nella fattispecie oggetto di gravame non può trovare applicazione il disposto del comma 2, prima parte, dell'art. 21-octies della legge n. 241 del 1990 sopra riportato, considerato che non è palese che il contenuto dispositivo del provvedimento impugnato non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato...* [Tar Puglia marzo 2013]

---“...Per costante giurisprudenza – anche della Sezione - è illegittimo il diniego di concessione edilizia in sanatoria non preceduto dalla tempestiva comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento della domanda ... Né ricorrono i presupposti per la eccezionale sanatoria giurisprudenziale ex art. 21-octies comma 2 primo periodo della L. n. 241/1990, a mente del quale “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 secondo periodo della disposizione non valendo comunque a sanare il vizio di mancata comunicazione del preavviso di rigetto, ...). Pur tenendo fermo restando il carattere astrattamente vincolato del provvedimento di accertamento di conformità, nel caso di specie sono contestati i presupposti di fatto e di diritto del diniego di sanatoria per ciascuno dei tre manufatti abusivi, sicché, allo stato degli atti, non è affatto “palese” – cioè immediatamente evidente - che il contenuto dispositivo dei tre provvedimenti impugnati non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Donde l'illegittimità dei provvedimenti di diniego di sanatoria e delle successive ordinanze di demolizione – impugnate con l'atto di motivi aggiunti - che sono state adottate sull'espresso presupposto dei primi, e sono dunque affette da illegittimità in via derivata...” [Tar Liguria aprile 2013]

---“...Come risulta dal costante orientamento della giurisprudenza amministrativa, al quale il collegio ritiene di aderire, il preavviso di rigetto ex art. 10 bis, l. n. 241/1990, non si applica al sub-procedimento volto all'annullamento, in tempi stretti e perentori, dell'autorizzazione paesaggistica (o del parere sull'istanza di sanatoria), sub specie di riesame di quell'atto, da parte dell'autorità statale e si configura come una fase di riscontro della già ritenuta possibilità giuridica di mutare lo stato dei luoghi. Ne deriva che il preavviso di diniego - finalizzato ad aprire una fase, anche non breve, di possibile confronto endoprocedimentale - è di per se stesso incompatibile con la stretta tempistica del vaglio delle condizioni di legittimità di un atto abilitante già rilasciato e produttivo di taluni effetti ...” [Tar Lombardia 15 marzo 2013]

---“...Osservato, perciò, che l'omissione della previa comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza di rilascio del permesso di costruire non ha consentito alla ricorrente di offrire alla P.A. quegli elementi, poi allegati in sede giudiziale (in particolare, lo stato di urbanizzazione della zona e la sussistenza di altri insediamenti edilizi), che avrebbero dovuto, invece, essere presi in esame dalla P.A. stessa ai fini della completezza dell'istruttoria svolta e dell'assunzione delle determinazioni più congrue; Considerato, infatti, sul punto, che l'art. 10-bis della l. n. 241/1990, nel disciplinare l'istituto del cd. preavviso di rigetto, ha lo scopo di far conoscere alle Amministrazioni, in contraddittorio rispetto alle motivazioni da queste assunte in base agli esiti dell'istruttoria espletata, quelle ragioni (fattuali e giuridiche) dell'interessato, che potrebbero contribuire a far assumere agli organi competenti una diversa determinazione finale, derivante, appunto, dalla ponderazione di tutti gli interessi in campo ...; Considerate, inoltre, insussistenti le condizioni per applicare alla vicenda in esame l'art. 21-octies, comma 2, della l. n. 241/1990, anche alla luce delle osservazioni contenute nella perizia di parte ...” [Tar Lazio ottobre 2013]

---“...Per quanto concerne le censure di carattere procedimentale il Collegio rileva che sebbene l'istituto del preavviso di rigetto - stante la sua portata generale - trovi applicazione anche nei procedimenti di sanatoria o di condono edilizio, tuttavia, nel caso in esame, l'omessa

*comunicazione non inficia la legittimità del provvedimento, trovando applicazione il disposto dell'art. 21 octies, secondo comma, della legge n. 241/1990. Difatti, l'atto reiettivo costituisce espressione di un potere vincolato rispetto ai presupposti normativi richiesti per la concessione della sanatoria edilizia giacché si fonda sull'edificazione del manufatto in epoca successiva al termine ultimo prescritto dalla legge n. 326/2003 e sul contrasto con l'art. 32, comma 27, lettera d) della citata legge...* [Tar Campania febbraio 2013]

*---“... è sufficiente rilevare che il procedimento attivato dalla ricorrente, al quale accede la richiesta di nulla osta paesaggistico, è quello di condono, il cui esito è vincolato, con conseguente irrilevanza della partecipazione procedimentale. In ogni caso, va rilevato che il c.d. preavviso di rigetto non trova applicazione quando vi sono specifiche regole procedurali, sulla durata massima di una fase di riesame di un precedente atto favorevole. In applicazione di tale principio è stato affermato che l'annullamento dell'autorizzazione paesistica, pur se disposto ai sensi dell'art. 159 del Codice, non è soggetto all'obbligo di comunicazione preventiva del preavviso di rigetto di cui all'art. 10 bis della legge 241 del 1990, in quanto costituisce esercizio, entro un termine decadenziale, di un potere che intercorre tra autorità pubbliche e integra piuttosto una fase ulteriore, di secondo grado, la quale determina la caducazione del precedente atto abilitativo...”* [Tar Puglia luglio 2013]

*---“...Secondo il costante orientamento della giurisprudenza amministrativa, infatti, è illegittimo il provvedimento di diniego di assenso alle istanze in materia edilizia che non sia stato preceduto dall'invio della comunicazione di cui all'art. 10 bis, l. n. 241 del 1990, così precludendo al soggetto interessato la piena partecipazione al procedimento e dunque la possibilità di un apporto collaborativo, capace di condurre ad una diversa conclusione della vicenda...”* [Tar Lombardia maggio 2013]

*---“...Ambito di applicazione della disposizione sono tutti i procedimenti ad istanza di parte, con la sola esclusione di quelli di natura concorsuale o in materia previdenziale e assistenziale (art. 10 bis, ultima parte): sicché non v'è dubbio che tale disposizione si applichi anche ai procedimenti che, come nella specie, prendono avvio da un'istanza di sanatoria edilizia...”* [Tar Toscana settembre 2013]

*---“...Il ricorso è fondato, sotto l'assorbente profilo – dedotto con il primo motivo di ricorso – della violazione dell'art. 10-bis L. n. 241/1990. Come recentemente chiarito dalla Sezione, infatti, la natura sostanzialmente decisoria del parere vincolante della Soprintendenza, da rendere ai sensi dell'art. 167 comma 5 del D.Lgs. n. 42 del 2004, assume connotati tali da imporre l'analisi, in capo allo stesso organo chiamato a dare l'indicazione da cui non ci si può discostare, di tutti gli elementi rilevanti nella specie, compresa la valutazione delle osservazioni formulate dal privato istante ai sensi dell'art. 10-bis L. n. 241 del 1990 ... Del resto, anche il procedimento ordinario di autorizzazione paesaggistica prevede espressamente, per il caso di parere negativo della Soprintendenza, la rituale comunicazione agli interessati del preavviso di provvedimento ai sensi dell'articolo 10-bis della legge 7 agosto 1990, n. 241 (cfr. art. 146 comma 8 D. Lgs. n. 42/2004), onde non si vede il motivo per il quale tale fase dovrebbe essere omessa in caso di valutazione di compatibilità paesaggistica in sanatoria...”* [Tar Liguria novembre 2013]

*---“...il preavviso di rigetto ex art. 10 bis, l. n. 241/1990, non si applica al sub-procedimento volto all'annullamento, in tempi stretti e perentori, dell'autorizzazione paesaggistica ovvero, come nella specie, del parere sull'istanza di sanatoria...”* [Tar Campania settembre 2013]

*---“...Quanto al ricorso introduttivo, se ne deve dichiarare l'infondatezza; innanzitutto, secondo costante giurisprudenza, anche di questa Sezione, l'adozione dell'ordine di demolizione di opere*



*abusive non deve essere preceduta né dalla comunicazione di avvio del procedimento, attesa la situazione di urgenza in cui intervengono tali provvedimenti e data la loro natura strettamente ..., né dalla comunicazione di cui all'art. 10 bis della legge n. 241/90, trattandosi di procedimenti d'ufficio ...* [Tar Campania maggio 2013]

---“...E' del pari priva di pregio la censura imperniata sulla violazione dell'art.10 bis della stessa novella del 1990; e ciò in quanto detta norma, in tema di c.d. preavviso di rigetto, non trova applicazione quando vi sono specifiche regole procedurali, sulla durata massima di una fase di riesame di un precedente atto favorevole. In applicazione di tale principio l'annullamento dell'autorizzazione paesistica, pur se disposto ai sensi dell'art. 159 del Codice, non è soggetto all'obbligo di comunicazione preventiva del preavviso di rigetto di cui all'art. 10 bis della legge 241 del 1990, in quanto costituisce esercizio, entro un termine decadenziale, di un potere che intercorre tra autorità pubbliche e integra piuttosto una fase ulteriore, di secondo grado, la quale determina la caducazione del precedente atto abilitativo..” [Tar Lazio marzo 2013]

---“...Quanto al motivo sub a) si rileva che, per giurisprudenza pressoché costante, il provvedimento di diniego di condono ha carattere vincolato, nelle ipotesi in cui non ricorrono i presupposti per l'ammissione al suddetto beneficio, sicché rispetto a tale provvedimento non è dovuto né l'avviso di avvio del procedimento né la comunicazione del preavviso di rigetto...” [Tar Campania ottobre 2013]

---“...neppure trova applicazione l'art. 10 bis e ciò perché i procedimenti condonistici sono connotati, "ex lege", da tratti di assoluta specialità, il che esclude l'applicabilità delle ordinarie garanzie procedurali...” [Tar Campania dicembre 2013]

---“...Quanto al primo motivo, il Collegio è fermo, anche riguardo al caso di specie, nel seguire l'orientamento giurisprudenziale maggioritario secondo il quale i provvedimenti repressivi di abusi edilizi non devono essere preceduti dall'avviso dell'inizio del procedimento, e conseguentemente dal preavviso di rigetto, trattandosi di procedimenti tipizzati e vincolati - regolati in tutti i loro passaggi nei quali è consentita l'adeguata partecipazione dell'interessato- considerato, altresì, che i provvedimenti sanzionatori presuppongono un mero accertamento tecnico sulla consistenza delle opere realizzate, nonché sul carattere non assentito delle medesime, sicché alcuna alternativa sul piano decisionale si pone all'Amministrazione procedente...” [Tar Sicilia marzo 2015]

---“...per giurisprudenza consolidata il preavviso di rigetto si applica anche ai procedimenti di sanatoria edilizia...” [Tar Marche dicembre 2015]

---“...rileva innanzitutto il Collegio che laddove il diniego di concessione edilizia in sanatoria si imponga come atto dovuto (il che avviene, come nel caso di specie, in caso di dolosa infedeltà della domanda di condono), la mancata comunicazione del preavviso di rigetto dequota a mera irregolarità ...” [Tar Sicilia giugno 2015]

---“...Quanto alla lamentata mancata inclusione dell'intenzione di ingiungere la demolizione nella comunicazione partecipativa, il Collegio ritiene sufficiente richiamare, in contrario, il principio giurisprudenziale secondo il quale la natura vincolata delle sanzioni in materia edilizia esclude che l'irrogazione di esse debba essere preceduta dalla comunicazione di avvio del procedimento ...” [Tar Toscana novembre 2015]

---“...Il Collegio osserva che , non potendo essere autorizzata la realizzazione di nuovi edifici nell'area di rispetto cimiteriale, l'atto impugnato ha natura vincolata, con conseguente impossibilità di un diverso - e favorevole alla società ricorrente - contenuto del provvedimento

stesso. Pertanto, non vi sono ostacoli, considerata la natura del provvedimento impugnato, all'applicazione alla fattispecie l'art. 21 octies, comma 2, L. n. 241 del 1990 ... Ciò posto, il vizio (formale) dedotto rientra tra i c.d. "vizi non invalidanti del provvedimento", ai sensi dell'art. 21 octies L. n. 241/1990, in quanto tale irrilevante e, dunque, insuscettibile di determinare l'annullamento dell'atto..." [Tar Puglia luglio 2015]

---“...Del pari inconferente si rivela il motivo con cui si deduce l'illegittimità del diniego di sanatoria impugnato per omesso invio del preavviso di rigetto poiché, per giurisprudenza pacifica, l'art. 10 bis della legge n. 241/1990 non trova applicazione nell'ambito delle procedure di sanatoria e/o condonistiche in quanto simili procedimenti sono connotati, "ex lege", da tratti di assoluta specialità che escludono l'applicabilità delle ordinarie garanzie ... Di qui consegue l'ininfluenza ai fini del decidere del rilievo della norma di cui all'art. 21 octies L. 241/1990 specie considerando che in assenza di elementi adottati onde comprovare la sanabilità dell'intervento non si appalesano ragioni per ritenere che tramite la partecipazione dell'interessato al procedimento l'esito dell'istanza sarebbe stato favorevole al ricorrente....” [Tar Campania settembre 2015]

### **1.5)DEROGHE: ... SEGUE ...MISCELLANEA ...DIA/SCIA**

---“...Stante la predetta qualificazione degli atti impugnati alla stregua di atti di esercizio del potere di autotutela (per la precisione annullamento d'ufficio) va giudicata inammissibile la censura di cui al sesto motivo relativa al mancato preavviso di rigetto. In ogni caso, tale istituto mal si attaglia alla procedura di d.i.a., sia perché detta denuncia non è paragonabile a una mera istanza di parte e sia perché il termine di legge concesso all'amministrazione per l'adozione, a carico della d.i.a., dei provvedimenti interdittivi, è eccessivamente ristretto e non offre spazi di sospensione del procedimento tali da consentire l'esperimento del citato istituto partecipativo...” [Tar Basilicata gennaio 2015]

---“...Anzitutto, va osservato che, secondo costante e condivisa giurisprudenza, la comunicazione del preavviso di rigetto non è applicabile alla D.I.A./S.C.I.A., in relazione alla particolare natura di tale procedimento, nel quale l'Amministrazione può intervenire in un arco temporale ristretto (attualmente, sessanta giorni); in particolare, poi, la S.C.I.A., di per sé, è favorevole e la sua presentazione autorizza l'inizio dell'attività, mentre negativo è l'atto di diffida a non agire, che, però, come già evidenziato, deve essere adottato in un termine breve, che non consente spazio ad un contraddittorio predecisorio, il quale, tra l'altro, comporterebbe un'interruzione del termine perentorio per l'esercizio del potere inibitorio...” [Tar Umbria febbraio 2015]

---“...quanto alla violazione dell'art. 10 bis della L. n. 241 del 1990, dedotta con il secondo motivo di ricorso - non essendo stato il provvedimento inibitorio impugnato preceduto dal preavviso di rigetto - secondo costante e condivisa giurisprudenza, la comunicazione del preavviso di rigetto non è applicabile alla D.I.A./S.C.I.A., in relazione alla particolare natura di tale procedimento, nel quale l'Amministrazione può intervenire in un arco temporale ristretto ...” [Tar Veneto marzo 2015]

### **1.5.1)DEROGHE: ... SEGUE ...MISCELLANEA ...RICORSI GERARCHICI**

---“...la comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento della domanda non è necessaria in relazione alle decisioni di ricorsi gerarchici...” [Cons. di Stato maggio 2012]

“...Neppure è dovuta la comunicazione del preavviso di rigetto, ex art. 10 bis della legge n. 241 del 1990, quando il procedimento abbia inizio su istanza di parte e sia connotato da specialità, come nel caso dei ricorsi amministrativi o gerarchici che comunque presuppongono una fase istruttoria e di valutazione...” [Tar Lombardia giugno 2015]

### **1.5.2)DEROGHE: ... SEGUE ...MISCELLANEA ...RIESAME**

---“...Infatti, in caso di riesame, per ordine del giudice, di un provvedimento amministrativo censurato in sede giurisdizionale, la comunicazione del preavviso di diniego ex art. 10-bis citato costituisce un inutile aggravamento dell'attività amministrativa, tenuto anche conto che il riesame dell'istanza è disposto per impulso giudiziale, e quindi con tutte le garanzie del contraddittorio proprie del processo, e non su istanza di parte, allorché invece l'art. 10-bis legge 241/1990, come noto, trova applicazione per i soli procedimenti “ad istanza di parte”. Valgono al riguardo le regole dettate dalla giurisprudenza amministrativa sui ricorsi amministrativi. La comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento della domanda non è necessaria in relazione alle decisioni di ricorsi gerarchici, atteso che il preavviso di rigetto si applica ai procedimenti ad istanza di parte, mentre il ricorso amministrativo non è assimilabile a un'istanza di provvedimento, ma costituisce la contestazione di un provvedimento già emanato; inoltre è diretto a promuovere il contraddittorio prima dell'adozione di un provvedimento di amministrazione attiva, mentre, nel caso del ricorso amministrativo, il provvedimento di amministrazione attiva è già stato emanato e impugnato; prima del provvedimento impugnato il privato, di regola, ha già potuto interloquire con l'Amministrazione, sicché un ulteriore preavviso di rigetto introdurrebbe un'ulteriore fase di contraddittorio, sostanzialmente inutile e in contrasto con le esigenze di buon andamento, economicità e celerità dell'azione amministrativa; la comunicazione del preavviso di rigetto interrompe i termini per l'emanazione del provvedimento finale, e questo effetto è incompatibile con la disciplina del ricorso amministrativo perché comporterebbe il raddoppio praeter legem dei termini di decisione del ricorso; il procedimento avviato col ricorso gerarchico può concludersi con il silenzio, con l'effetto di consentire al ricorrente di impugnare in sede giurisdizionale il provvedimento già impugnato in sede amministrativa, e tale disciplina è, per la sua intrinseca funzione acceleratoria dei rimedi di tutela, incompatibile con la necessità del preavviso di rigetto; la decisione dell'Amministrazione sul ricorso gerarchico ha carattere di segretezza fino alla sua emanazione, e pertanto non ammette un preavviso di rigetto ...” [Cons. di Stato febbraio 2013]

---“...L'esposto di un privato diretto a sollecitare l'esercizio di poteri di autotutela si sostanzia in una richiesta di riesame, per la quale non può ritenersi in sé sussistente alcun obbligo per la P.A. di far luogo al preavviso di rigetto qualora il successivo provvedimento sia sostanzialmente confermativo del precedente provvedimento ...” [Cons. di Stato febbraio 2013]

---“...come affermato da questa Sezione, “in caso di riesame, per ordine del giudice, di un provvedimento amministrativo gravato in sede giurisdizionale, la comunicazione del preavviso di diniego ex art. 10-bis citato, prima dell'adozione del nuovo provvedimento, adottato a sua volta in esecuzione dell'ordine del giudice medesimo, appare un inutile appesantimento dell'attività amministrativa, tenuto anche conto – e tale considerazione appare dirimente – che il riesame è disposto per ordine del giudice e non su istanza di parte, allorché l'art. 10-bis legge 241/1990,

*come noto, trova applicazione per i soli procedimenti <<ad istanza di parte>>...” [Tar Lombardia gennaio 2011]*

*“...Per quanto riguarda il c.d. preavviso di rigetto, la giurisprudenza ha affermato che “in caso di riesame, per ordine del giudice, di un provvedimento amministrativo censurato in sede giurisdizionale, la comunicazione del preavviso di diniego ex art. 10 bis citato costituisce un inutile aggravamento dell'attività amministrativa, tenuto anche conto che il riesame dell'istanza è disposto per impulso giudiziale, e quindi con tutte le garanzie del contraddittorio proprie del processo, e non su istanza di parte, allorché invece l'art. 10 bis legge 241/1990, come noto, trova applicazione per i soli procedimenti ad istanza di parte”..” [Tar Puglia febbraio 2015]*

### **1.5.3)DEROGHE: ... SEGUE ...MISCELLANEA ...ALTRO**

*“...Se è infatti vero ... che ai sensi del proprio art. 29, comma 2-bis, la legge generale sul procedimento amministrativo n. 241/1990 è applicabile anche ai procedimenti di competenza regionale, con specifico riguardo agli <<obblighi per la pubblica amministrazione di garantire la partecipazione dell'interessato al procedimento>>, attenendo gli stessi ai livelli essenziali ex art. 117, comma 1, lett. m), Cost., nondimeno, deve osservarsi che tale applicazione non può estendersi fino alla pedissequa introduzione di tutti gli istituti contemplati dalla legge statale, essendo per contro sufficiente che la normativa regionale assicuri standard partecipativi non deteriori rispetto a quelli assicurati dalla prima. Alla luce di questa notazione, deve ritenersi condivisibile il rilievo del TAR secondo cui la partecipazione procedimentale è stata comunque consentita attraverso <<l'inoltro della comunicazione di avvio procedimento e la possibilità di formulare un interpello alla Regione intimata>>, in applicazione del citato regolamento n. 31/2001...” [Cons. di Stato ottobre 2014]*

*---“...Appare coerente con i principi generali in materia osservare che il predetto art. 10 bis della l. n. 241 del 1990 trova applicazione con riferimento a tutti i procedimenti ad iniziativa di parte - ad eccezione di quelli espressamente esclusi (procedure concorsuali e procedimenti in materia previdenziale ed assistenziale sorti a seguito di istanza di parte e gestiti dagli enti previdenziali)- e quindi anche nel caso di specie inerente al procedimento di rilascio dell'autorizzazione all'installazione di un impianto di telefonia mobile ...” [Tar Lazio ottobre 2013]*

*---“...Va preliminarmente respinta la prima censura, con cui la ricorrente assume violato l'art. 10 bis della l. n. 241/1990, atteso che la stessa disposizione invocata esclude dall'obbligo del preavviso di rigetto i procedimenti previdenziali e assistenziali, tra i quali va incluso quello per la concessione della integrazione salariale ...” [Tar Sicilia gennaio 2013]*

*---“...Né può trovare accoglimento la censura con cui si deduce l'omessa comunicazione del preavviso di rigetto, non potendo tale garanzia procedimentale trovare applicazione con riferimento ad una procedura indetta per la concessione di finanziamenti pubblici ...” [Tar Calabria giugno 2013]*

*---“...Per principio giurisprudenziale consolidato, alle fattispecie di silenzio-diniego non si applica il preavviso di rigetto di cui all'art. 10-bis della legge n° 241/1990, ragion per cui la doglianza è da respingere anche sotto tale profilo ....” [Tar Marche settembre 2015]*

---“...Su punto il Collegio condivide, infatti, l'orientamento giurisprudenziale per il quale “La conferenza di servizi è disciplinata da un procedimento ad hoc, in cui la partecipazione è garantita con la stessa presenza dell'interessato, che ha ampia possibilità di interloquire con i soggetti pubblici, in funzione sia collaborativa sia difensiva, onde non deve trovare applicazione la norma dell'art. 10 bis, L. n. 241/1990” ....” [Tar Sardegna maggio 2015]

## **2)ART. 21-OCIETS: RATIO**

---L'art. 21-octies, c. 2, della l. 241/1990 – che è norma di carattere processuale, applicabile anche ai procedimenti in corso o già definiti alla data di entrata in vigore della l. 15/2005, in quanto, sancendo la non annullabilità del provvedimento, il legislatore ha inteso escludere la possibilità che esso (comunque illegittimo) e i suoi effetti vengano eliminati dal giudice amministrativo, senza spingersi ad affermare che l'atto non sarebbe più qualificabile, sul piano sostanziale, come annullabile – non degrada un vizio di legittimità a mera irregolarità, ma fa sì che un vizio, che resta vizio di legittimità, non comporti l'annullabilità dell'atto sulla base di valutazioni, attinenti al contenuto del provvedimento, effettuate ex post dal giudice circa il fatto che il provvedimento non poteva essere diverso. Errano, quindi, le Amministrazioni che intendono il ripetuto art. 21-octies come introduzione della facoltà per la p.a. di non rispettare le regole procedurali; in tal modo, verrebbe violato il principio di legalità, mentre, al contrario, le amministrazioni non debbono tenere conto della disposizione in sede amministrativa, limitandosi ad utilizzarla in sede giurisdizionale, quando sono stati commessi degli errori e non si è riusciti a correggerli attraverso l'esercizio del potere di autotutela [Cons. di Stato gennaio 2011]

---Il preavviso di rigetto, di cui all'art. 10-bis della l. 241/1990, importante strumento di partecipazione, non può ridursi né ad un mero rituale formalistico e né ad un banale cavillo del tutto disgiunto dalla realtà delle cose. La norma, se inquadrata nell'ottica dell'imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa, deve dunque essere interpretata nel senso che il privato non può limitarsi a dolersi della mera circostanza della mancata comunicazione del preavviso di rigetto, ma deve anche allegare, o almeno indicare, quali erano gli ulteriori elementi, conoscitivi o di giudizio che, ove avesse ricevuto la detta comunicazione, avrebbe potuto introdurre per contestare le preliminari conclusioni della P.A. In tale ambito, la doglianza relativa alla violazione della norma in esame può trovare favorevole ingresso solo quando il privato fornisca in giudizio le indicazioni o almeno lumi sugli elementi che non aveva potuto introdurre nel procedimento. In sostanza deve essere evidente che il fatto colposo della P.A. deve aver vanificato in concreto i suoi diritti di partecipazione e la corretta valutazione dei presupposti rilevanti per il provvedimento finale da parte dell'Amministrazione [Cons. di Stato gennaio 2011]

---Una lettura del principio partecipativo, cristallizzato dall'art. 10-bis della l. 241/1990, attenta al significato sostanziale delle garanzie all'uopo stabilite dal legislatore deve condurre ad escludere che la sua violazione formale possa sortire effetto invalidante quante volte alla mancata puntuale osservanza dell'incombente previsto dal dato positivo non abbia fatto seguito l'effettiva frustrazione della possibilità per l'interessato di dispiegare le facoltà volte ad incidere sullo svolgimento dell'azione amministrativa [Cons. di Stato novembre 2011]

---Le norme in materia di partecipazione al procedimento amministrativo non debbono essere applicate meccanicamente, ma solo quando siano suscettibili di apportare una qualche utilità

*all'azione amministrativa, nel senso di un arricchimento sul piano del merito e della legittimità, che possa derivare dalla partecipazione del destinatario al provvedimento, con la conseguenza che l'omissione del preavviso, ex art. 10-bis, della l. 241/1990, comporta l'illegittimità del provvedimento finale solo se il soggetto non avvisato possa provare che, con la sua partecipazione, avrebbe potuto, anche solo eventualmente, incidere, in termini a lui favorevoli, sul provvedimento finale [Cons. di Stato dicembre 2011]*

*---Il mancato preavviso di rigetto ex art. 10-bis, l. 241/1990, non comporta l'automatica illegittimità del provvedimento finale, in quanto in tale ipotesi trova applicazione l'art. 21-octies della stessa legge, secondo il quale il giudice non può annullare il provvedimento per vizi formali, che non abbiano inciso sulla legittimità sostanziale di un provvedimento, il cui contenuto non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato [Cons. di Stato gennaio 2012]*

*---E' infondato l'assunto secondo il quale l'atto emanato in assenza del preavviso di rigetto sarebbe illegittimo solo nell'ipotesi in cui l'interessato provi in giudizio che, qualora avesse partecipato al procedimento, avrebbe avuto, con la presentazione di osservazioni e documenti, la possibilità di avere un'incidenza causale nel provvedimento terminale; a tale interpretazione osta sia la dizione testuale dell'art. 10 bis della l. 241/1990, che impone, prima dell'emanazione del provvedimento negativo, la comunicazione all'interessato dei motivi che hanno indotto l'Amministrazione ad assumere tale orientamento, sia il fatto che il ricorso alle disposizioni contenute nell'art. 21-octies, della stessa legge, può aver luogo solo nell'ipotesi in cui le violazioni formali dell'atto non abbiano inciso sulla legittimità sostanziale del medesimo e cioè nel caso in cui l'atto non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto emanato [Cons. di Stato agosto 2013]*

*---“...L'art. 10-bis della legge 241 del 1990, che prescrive l'obbligo di comunicare il preavviso di rigetto, deve essere interpretato alla luce del successivo art. 21-octies della stessa legge n. 241 del 1990, secondo cui, laddove il ricorrente sollevi determinati vizi di natura formale, è imposto al giudice di valutare il contenuto sostanziale del provvedimento, e quindi non annullare l'atto nel caso in cui la violazione formale non abbia inciso sulla legittimità sostanziale del provvedimento impugnato...” [Tar Puglia marzo 2010]*

*---“...essa (...norma: art. 21-octies l. 241/1990...ndA) non degrada un vizio di legittimità a mera irregolarità, ma fa sì che un vizio, che resta vizio di legittimità, non comporti l'annullabilità dell'atto sulla base di valutazioni, attinenti al contenuto del provvedimento, effettuate ex post dal giudice (il provvedimento non poteva essere diverso). L'irregolarità opera, invece, ex ante e in astratto; il provvedimento amministrativo affetto da vizio formale minore è un atto ab origine meramente irregolare, come già ritenuto dalla giurisprudenza in caso di mancata indicazione nell'atto impugnato del termine e dell'Autorità cui è possibile ricorrere (art. 3 della L. n. 241/90); inosservanza che costituisce irregolarità che non rende l'atto illegittimo, ma che consente al limite il ricorso del privato oltre i termini di decadenza avvalendosi dell'errore scusabile, determinato dall'omissione compiuta dall'amministrazione. Deve perciò ritenersi che l'entrata in vigore del citato art. 21 octies non abbia inciso sulla categoria dell'irregolarità dell'atto amministrativo, come già definita da dottrina e giurisprudenza e abbia invece codificato quelle tendenze già emerse in giurisprudenza mirate a valutare l'interesse a ricorrere, che viene negato ove il ricorrente non possa attendersi, dalla rinnovazione del procedimento, una decisione diversa da quella già adottata (sulla base dell'art. 21 octies il provvedimento non è annullabile non perché assoggettato ad un diverso regime di invalidità o irregolarità, ma perché la circostanza che il contenuto non possa essere diverso priva il ricorrente dell'interesse a coltivare un giudizio, da cui non potrebbe ricavare alcuna concreta utilità)...” [Tar Lazio aprile 2010]*

---“...Al riguardo, peraltro, deve essere considerato che la dottrina e la giurisprudenza si sono profondamente interrogate sulle conseguenze della violazione della norma contenuta nell'art. 10 bis rispetto alla validità del provvedimento finale negativo. Ci si è chiesto se l'omissione del preavviso di rigetto determini l'illegittimità derivata e, quindi, l'annullabilità da parte del giudice amministrativo del provvedimento finale oppure se la violazione della norma procedimentale possa essere derubricata a mera causa di irregolarità del provvedimento di diniego. La giurisprudenza prevalente appare orientata per una lettura non formalistica dell'articolo 10 bis, analogamente a quanto ritenuto per il caso di violazione dell'articolo sette della stessa legge 241. Entrambe le norme, infatti, condividono la medesima funzione, quella di consentire al privato interessato la piena partecipazione al procedimento amministrativo. Qualora tale partecipazione risulti in qualsiasi modo essere stata consentita, appare inutile l'irrogazione, nei confronti del provvedimento finale, della sanzione di annullamento. Tale interpretazione è sorretta dai principi fondamentali del buon andamento della pubblica amministrazione, contenuto nell'articolo 97 della Costituzione, e dal principio, di derivazione comunitaria, del raggiungimento dello scopo, che sarebbe compromesso qualora, in ossequio ad una lettura eccessivamente formalistica della disposizione, si considerasse illegittimo il provvedimento adottato in esito ad una effettiva partecipazione del privato interessato, seppure in difetto di una formale previa comunicazione dei motivi ostativi. In altre parole, sarebbe irragionevole annullare un provvedimento amministrativo, per violazione della norma sul preavviso di rigetto, qualora tale violazione formale non sia stata accompagnata da una lesione sostanziale dell'interesse partecipativo del privato. A maggior ragione ciò appare valido qualora, anche in seguito all'eventuale annullamento, l'amministrazione conservasse il potere di provvedere nuovamente, in senso negativo, sull'istanza dell'interessato, per cui l'ossequio formalistico alla norma si risolverebbe, in pratica, in inutile aggravio del procedimento. Questo orientamento della giurisprudenza amministrativa è stato opportunamente recepito dal legislatore, mediante l'introduzione, nella legge sul procedimento amministrativo, dell'art. 21 octies ...” [Tar Molise febbraio 2013]

---“...L'art. 10 bis L. 7 agosto 1990 n. 241, introdotto dall'art. 6 L. 11 febbraio 2005 n. 15, che stabilisce l'obbligo per l'amministrazione nei procedimenti ad istanza di parte del c.d. "preavviso di rigetto" si pone la finalità di permettere un effettivo confronto tra l'Amministrazione e i privati anteriormente all'adozione di un provvedimento negativo, in modo che non siano trascurati elementi istruttori utili per la decisione finale. Osserva, tuttavia, il Collegio che per non assurgere a mera formalità è necessario che, pur in presenza di atto a contenuto discrezionale, l'adempimento di tale obbligo sia riguardato dal punto di vista dell'effettiva utilità che gli apporti procedurali del privato avrebbero potuto dare al provvedimento conclusivo....In tale ambito, la doglianza relativa alla violazione della norma in esame può trovare favorevole ingresso solo quando il privato fornisca in giudizio indicazioni sugli elementi che non aveva potuto introdurre nel procedimento, ciò che nella fattispecie non è avvenuto...” [Tar Toscana febbraio 2013]

---“...l'adempimento di cui all'art. 10 bis, L. 7/8/1990 n. 241 non può ridursi a mero rituale formalistico, con la conseguenza, nella prospettiva del buon andamento dell'azione amministrativa, che il privato non può limitarsi a denunciare la mancata comunicazione del preavviso di rigetto, ma è anche tenuto ad allegare gli elementi, fattuali o valutativi, che, se introdotti in fase procedimentale, avrebbero potuto influire sul contenuto finale del provvedimento..” [Tar Sardegna dicembre 2013]

---“...Per quanto concerne i vizi di mancato avviso di avvio del procedimento e di preavviso di rigetto, il Collegio ritiene che il ricorrere di entrambi, con effetti invalidanti sull'impugnato atto di diniego, debba essere escluso in base ad una concezione sostanzialistica dei relativi istituti, che

*devono essere attivati necessariamente dall'amministrazione "solo se (ciò) consente una partecipazione utile dell'interessato"...* [Tar Sicilia aprile 2013]

---“...Non sfugge al Collegio che la giurisprudenza ha, da diverso tempo, espunto dal percorso interpretativo delle disposizioni sulla partecipazione del privato nel procedimento amministrativo ogni applicazione formale delle citate norme, affermando che le stesse, pur costituendo principi generali dell'ordinamento giuridico, non vanno applicate meccanicamente e formalmente, nel senso che occorra annullare ogni procedimento in cui sia mancata la fase partecipativa, dovendosi piuttosto interpretare nel senso che le stesse, qualora omesse, comportano l'illegittimità dell'atto finale solo nel caso in cui il soggetto non avvisato possa poi provare che, ove avesse potuto tempestivamente partecipare al procedimento, avrebbe potuto portare nel procedimento osservazioni e valutazioni di una qualche utilità per l'amministrazione ... Non a caso, il legislatore, con la novella di cui all'art. 14 l. 11 febbraio 2005 n. 15, ha introdotto il capo IV bis, comprendente gli artt. da 21- bis a 21-nonies, recante sostanziale conferma di siffatto percorso esegetico...” [Tar Campania luglio 2013]

---“...Invero, va evidenziato il fatto che l'unica doglianza contenuta in ricorso sia quella attinente alla violazione dell'art. 10 bis della L. 241/90. In altri termini, la ricorrente lamenta di non aver ricevuto la preventiva comunicazione formale dei motivi che ostavano all'accoglimento della sua domanda, come prescritto dal richiamato articolo di legge, introdotto nel corpo della legge 241/1990 con la novella di cui alla L. 15/2005. Il cd. “Preavviso di rigetto” rappresenta, dunque, un istituto che esalta la partecipazione dell'interessato al procedimento amministrativo avviato a domanda, consentendo alla parte di conoscere in anticipo ed eventualmente contestare le prospettate ragioni del rigetto, evitandole quindi l'impatto diretto con un provvedimento finale a contenuto reiettivo. Va però rilevato che tali finalità - di incontestabile rilievo, insieme, garantista e deflattivo del potenziale contenzioso - si svuotano di significato per espressa scelta del legislatore (cfr. art. 21 octies, co. 2, L. 241/90) allorquando risulti palese che l'omesso coinvolgimento del destinatario nell'iter procedimentale (ossia, il vizio di natura procedimentale o formale) non ha comportato effetti determinanti sul contenuto finale dell'atto, in quanto vincolato (in giurisprudenza v. Tar Parma 133/2012; Tar Umbria 823/2009). In altri termini, il mancato invito alla partecipazione procedimentale è causa di annullamento dell'atto solo quando risulti evidente la determinante rilevanza del contributo che la parte avrebbe potuto fornire ai fini di orientare l'azione dell'amministrazione...” [Tar Sicilia novembre 2013]

---“...E' stato, altresì, perspicuamente affermato in giurisprudenza (cfr. T.A.R. Parma sent. n. 3 del 14 gennaio 2009) che il c.d. "preavviso di diniego" previsto dall'art. 10 bis L. 7 agosto 1990 n. 241, non va inteso in senso meccanico e formalistico, avendo tale regola partecipativa lo scopo di consentire al privato di venire a conoscenza delle ragioni che impediscono l'accoglimento della sua istanza prima che il provvedimento negativo sia divenuto definitivo e quindi di rappresentare all'Amministrazione tutte le circostanze di fatto e di diritto che egli dovesse valutare utili per l'adozione dell'atto finale; con la conseguenza che si può prescindere dalla comunicazione ivi prevista quando la parte interessata ha comunque acquisito preventiva conoscenza dei motivi ostativi all'esito positivo del procedimento...” [Tar Sicilia dicembre 2013]

---“...Come noto, l'art. 10 bis, l. n. 241 del 1990 impone all'Amministrazione, prima di adottare un provvedimento sfavorevole nei confronti del destinatario, di comunicare le ragioni ostantive all'accoglimento dell'istanza dal medesimo presentata, in modo da rendere possibile l'instaurazione di un vero e proprio contraddittorio endoprocedimentale, a carattere necessario, ed aumentare così le chances del soggetto interessato di ottenere dalla stessa p.a. il bene della vita oggetto del procedimento, a seguito di un più approfondito iter istruttorio. Tuttavia, ritiene il Collegio che la norma di cui all'art. 10 bis non può essere interpretata in modo meramente



*formalistico, dovendo essere applicata alla luce del successivo art. 21 octies, comma 2, della stessa legge, 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 disposizioni sul procedimento o sulla forma dell'atto tutte le volte in cui il contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. In altri termini, ciò che rileva, ai fini dello scrutinio della censura con cui si lamenta una violazione di carattere procedimentale, non è solo la constatazione della effettiva omissione di questa fase del procedimento, ma attiene alla sussistenza o meno di un effettivo e oggettivo pregiudizio a causa di tale omissione, che deve essere escluso, e non consente l'annullamento dell'atto, in tutti i casi in cui il contenuto dell'atto non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato....” [Tar Lazio aprile 2013]*

*---“...Osserva il Collegio che, secondo un condiviso orientamento giurisprudenziale, l'obbligo del c.d. preavviso di rigetto non deve essere interpretato in senso formalistico, ma con riguardo all'effettivo e oggettivo pregiudizio: “Il mancato rispetto dell'obbligo di preventiva comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza, imposto dalla disposizione citata, è inidoneo di per sé a giustificare l'annullamento di un atto, non essendo consentito - ai sensi del successivo art. 21 octies - l'annullamento dei provvedimenti amministrativi, il cui contenuto non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Ne consegue che, ove il privato si limiti a contestare l'omessa comunicazione del preavviso, senza nemmeno allegare le circostanze che non avrebbe potuto incolpevolmente sottoporre all'Amministrazione, il motivo con cui egli censura la mancata comunicazione deve intendersi inammissibile o comunque irrilevante per assoluta genericità”...” [Trga Trentino Alto Adige febbraio 2015]*

*---“...Quanto alla dedotta omissione del preavviso di diniego, il Collegio da atto dell'esistenza di pronunce astrattamente favorevoli alla tesi del ricorrente ..., tuttavia, ritiene di aderire all'orientamento, peraltro prevalente, in base al quale non è sufficiente al privato denunciare la mancata comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento della sua istanza poiché incombe sul medesimo l'ulteriore onere di allegare gli elementi, fattuali o valutativi suscettibili di determinare un diverso esito che avrebbe potuto introdurre qualora coinvolto in fase predecisionale con lo strumento del preavviso di rigetto...” [Tar Emilia Romagna maggio 2015]*

*---“...Ora va al riguardo ricordato che l'istituto del cd. preavviso di rigetto, di cui all'art. 10-bis della L. 7 agosto 1990, n. 241, ha lo scopo di far conoscere alle Pubbliche amministrazioni, in contraddittorio rispetto alle motivazioni da esse assunte in base agli esiti dell'istruttoria espletata, le ragioni fattuali e giuridiche dell'interessato che potrebbero contribuire a far assumere agli organi competenti una diversa determinazione finale, derivante, appunto, dalla ponderazione di tutti gli interessi in campo e determinando una possibile riduzione del contenzioso fra le parti; peraltro, il mancato rispetto dell'obbligo di preventiva comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza è di per sé inidoneo a giustificare l'annullamento del provvedimento, ai sensi dell'art. 21- octies della stessa legge, tutte le volte in cui il contenuto del provvedimento non sarebbe stato diverso da quello in concreto adottato. Con la conseguenza che in sede giurisdizionale il privato non deve limitarsi a contestare l'omessa comunicazione del preavviso, ma deve anche allegare tutte le circostanze (di certo rilevanti) che avrebbe potuto, in ipotesi, sottoporre all'Amministrazione. Tale violazione dell'obbligo di comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza è, inoltre, invocabile anche per gli atti vincolati e può comportare l'annullamento del provvedimento finale tutte le volte in cui la comunicazione del preavviso di rigetto avrebbe potuto consentire all'interessato di allegare agli atti del procedimento una ulteriore ed idonea documentazione, non potendosi ritenere vincolato un atto a fronte di una istruttoria palesemente insufficiente ...” [Tar Abruzzo luglio 2015]*

---Anzitutto la giurisprudenza citata riconduce l'istituto del c.d. preavviso di diniego a una generica necessità di partecipazione al procedimento, già ben garantita dall'impalcato procedimentale discendente dalla retta applicazione dell'art.7 della legge n.241/90, comportante l'avviso di avvio del procedimento onde consentire l'interlocuzione infraprocedimentale dell'interessato, istante o terzo. Il che denoterebbe una lettura non solo riduttiva della novella introdotta con la legge n. 15/2005, ma anche sostanzialmente irrilevante ai predetti fini, ove appunto unico scopo della norma fosse la garanzia di contraddittorio procedimentale pieno. E difatti ciò può essere affermato per l'avviso di avvio del procedimento, ma non riguardo al preavviso di diniego, il quale avviene solo una volta ultimata l'istruttoria e va qualificato come una sorta di ultima spiaggia o di ultima possibilità offerta all'istante per convincere la P.A. della fondatezza della richiesta, di talchè ben potrebbe avvenire che l'istante attenda proprio la comunicazione dei motivi ostativi per addurre le proprie osservazioni giustificative, nella consapevolezza dell'indefettibilità di tale momento procedimentale, risultando peraltro irrilevanti le acquisizioni infraprocedimentali ove non sostanziate nel preavviso di diniego, che costituisce a un tempo l'autolimita per la P.A. nell'individuazione delle ragioni del diniego – con derivata illegittimità del diniego fondato su ragioni diverse da quelle contenute nel preavviso- e il paradigma cui le confutazioni dell'istante devono conformarsi. Anche dagli arresti contenuti nelle sentenze citate sull'art.21 octies il Collegio si discosta, ritenendo la lettura sottesa non rispettosa del testo normativo e della sua novità. Affermare che il principio del raggiungimento dello scopo sia assorbente della violazione dell'art.10 bis significa pretermettere, nel caso di atto a contenuto non vincolato, vale a dire quello contemplato dall'art. 21 octies, secondo comma , seconda parte, della legge n.241/90, il chiaro disposto normativo che consente la non annullabilità – da parte del giudice ma non da parte dell'amministrazione, mercè il richiamo all'intero art.21 octies e non al solo primo comma contenuto nell'art.21 nonies L. n.241/90 - dell'atto in caso di ineluttabilità della adozione - e del suo contenuto- dimostrata tuttavia dalla p.a. costituita in giudizio. Il richiamo della esistenza del principio anche ante novella del 2005, anzi, deve essere letto esattamente al contrario; va ricordato che il tema della c.d. motivazione postuma, vale a dire la possibilità che l'amministrazione giustificasse in sede contenziosa il provvedimento insufficientemente motivato, in ottica di strumentalità delle forme – in ciò qualificando il vizio della motivazione come meramente formale- le quante volte il provvedimento comunque adottato possedesse il crisma dell'ineluttabilità, aveva condotto, lungi dall'assumere quella generica locuzione prospettata in parte dallo stesso legislatore, contenuta in una delle leggi annuali di semplificazione - poi abbandonata -secondo cui l'obbligo di motivazione si ritenesse assolto “ove la stessa emergesse dal contenuto dell'atto”, a ritenere sostanzialmente inutile l'avviso di avvio del procedimento in caso di “conoscenza aliunde”. L'art.21 octies è espressivo della medesima esigenza di conservazione dell'atto illegittimo in taluni casi. Ma affermare che il legislatore abbia voluto sostanzialmente normativizzare il principio giurisprudenziale significa negare la significativa circostanza che l'effetto sanante si abbia solo nel caso in cui sia la stessa amministrazione costituendosi in giudizio a dimostrare “che il provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato”; in altri termini il legislatore ha imposto questa ulteriore condizione, il che significa che la giurisprudenza formatasi prima della novella non può essere recepita sic et simpliciter, chè altrimenti il legislatore non avrebbe avuto nessun bisogno di introdurre detto requisito, che, tra l'altro, vale anche a distinguere le ipotesi di atto vincolato e discrezionale. La ridetta lettura, in realtà, si traduce in una disapplicazione della disposizione, le quante volte conduca alla declaratoria di non annullabilità in caso di mancata costituzione dell'amministrazione ...” [Tar Veneto maggio 2015]

---“... è sufficiente rilevare che la comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza del privato è assimilabile a quella relativa all'avvio del procedimento, in quanto entrambi gli atti hanno lo scopo di permettere un effettivo confronto tra l'Amministrazione e i privati anteriormente all'adozione di un provvedimento negativo, in modo che non siano trascurati elementi istruttori utili

*alla decisione finale. L'identità di funzione consente, quindi, di affermare che anche la mancanza della comunicazione ex art. 10 bis , l. n. 241 del 1990 incide sulla validità dell'atto conclusivo del procedimento nei soli limiti previsti dall'art. 21 octies comma 2, ossia qualora abbia determinato un deficit istruttorio; il che non si verifica, qualora il contenuto dispositivo del provvedimento impugnato non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato, ossia quando la denunciata violazione formale non abbia inciso sulla legittimità sostanziale del medesimo provvedimento impugnato ...” [Tar Toscana aprile 2015]*

*---“...che, quanto infine alla lamentata assenza della preventiva comunicazione dei motivi ostatici ex art. 10-bis della legge n. 241 del 1990, occorre tenere conto che, per costante giurisprudenza, un simile adempimento non può ridursi a mero rituale formalistico, con la conseguenza che, nella prospettiva del buon andamento dell'azione amministrativa, il privato non può limitarsi a denunciare la mancata o incompleta comunicazione del preavviso di rigetto, ma è anche tenuto ad allegare gli elementi, fattuali o valutativi, che se introdotti in fase procedimentale avrebbero potuto influire sul contenuto finale del provvedimento (v., tra le altre, TAR Sardegna, Sez. II, 17 novembre 2014 n. 952), mentre nella fattispecie, come si è visto, non sono state adottate circostanze che avrebbero potuto astrattamente condurre all'accoglimento dell'istanza..” [Tar Emilia Romagna luglio 2015]*

*---“...La disposizione sul preavviso di rigetto, come la giurisprudenza ha più volte precisato, deve, infatti, essere interpretata alla luce del successivo art. 21-octies, comma 2, della stessa legge 241: tale articolo 21-octies dovendo ritenersi applicabile anche nelle ipotesi di omessa comunicazione del preavviso di rigetto, per cui, laddove il ricorrente sollevi un vizio di natura formale come quello in esame, è imposto al giudice di valutare il contenuto sostanziale del provvedimento, e quindi non annullare l'atto nel caso in cui la violazione formale non abbia inciso sulla legittimità sostanziale del provvedimento impugnato, non essendo al riguardo rilevante la natura vincolata o discrezionale del provvedimento adottato senza il prescritto preavviso...” [Tar Calabria luglio 2015]*

*---“...Nella prospettiva del buon andamento dell'azione amministrativa, il privato non può limitarsi a denunciare la mancata comunicazione dei motivi ostatici all'accoglimento della sua istanza, ma è onerato ad allegare gli ulteriori elementi, fattuali o valutativi, che avrebbe potuto introdurre qualora coinvolto in fase predecisionale con lo strumento del preavviso di rigetto...” [Tar Piemonte maggio 2015]*

*---“...Né è suscettibile di accoglimento l'argomentazione con la quale il ricorrente si duole della violazione della previsione di cui all'art. 10-bis della legge 241/1990, in quanto l'insussistenza del diritto a detenere armi è fattore di per sé idoneo a dequotare il mancato preavviso di rigetto a vizio non invalidante, ai sensi dell'art. 21-octies, comma 2, 2° parte, della stessa legge 241, atteso che, quand'anche vi fosse stato tale preavviso, il provvedimento finale avrebbe avuto identico tenore contenutistico .... La disposizione sul preavviso di rigetto, come la giurisprudenza ha più volte precisato, deve, infatti, essere interpretata alla luce del successivo art. 21-octies, comma 2, della stessa legge 241: tale articolo 21-octies dovendo ritenersi applicabile anche nelle ipotesi di omessa comunicazione del preavviso di rigetto, per cui, laddove il ricorrente sollevi un vizio di natura formale come quello in esame, è imposto al giudice di valutare il contenuto sostanziale del provvedimento, e quindi non annullare l'atto nel caso in cui la violazione formale non abbia inciso sulla legittimità sostanziale del provvedimento impugnato, non essendo al riguardo rilevante la natura vincolata o discrezionale del provvedimento adottato senza il prescritto preavviso ... Cioè, in definitiva, 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...*”  
**[Tar Calabria novembre 2015]**

---“...*E invero, secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza, le garanzie partecipative hanno valore necessariamente sostanziale, per cui la relativa omissione rileva solo quando si verifica l'effettiva frustrazione della possibilità per l'interessato di sottoporre all'amministrazione dati di fatto o di diritto idonei ad incidere sulla determinazione finale ... In tale prospettiva, si è condivisibilmente ritenuto che la violazione dell'articolo 10-bis della legge n. 241 del 1990 non produca ex se l'illegittimità del provvedimento 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 ...*” **[Tar Lombardia agosto 2015]**

---“...*deve rilevarsi che il preavviso di diniego ex art. 10 bis della L. n. 241 del 7 agosto 1990 non può ridursi a mero rituale formalistico, con la conseguenza, nella prospettiva del buon andamento dell'azione amministrativa, che il privato non può limitarsi a denunciare la mancata o incompleta comunicazione del preavviso di rigetto, ma è anche tenuto ad allegare gli elementi, fattuali o valutativi, che, se introdotti in fase procedimentale, avrebbero potuto influire sul contenuto finale del provvedimento...*” **[Tar Campania maggio 2015]**

---“...*Con riferimento alla lamentata violazione dell'art. 10 bis della legge n. 241 del 1990, per non essere stati comunicati al ricorrente i motivi ostativi all'accoglimento della sua richiesta di rinnovo del permesso di soggiorno, osserva il Collegio che la comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza del privato è assimilabile a quella relativa all'avvio del procedimento, in quanto entrambi gli atti hanno lo scopo di permettere un effettivo confronto tra l'Amministrazione e i privati anteriormente all'adozione di un provvedimento negativo, in modo che non siano trascurati elementi istruttori utili alla decisione finale. L'identità di funzione consente, quindi, di affermare che anche la mancanza della comunicazione ex art. 10 bis, l. n. 241 del 1990 incide sulla validità dell'atto conclusivo del procedimento nei soli limiti previsti dall'art. 21 octies comma 2, ossia qualora abbia determinato un deficit istruttorio. Ma vi è da aggiungere che l'adempimento di cui all'art. 10 bis, L. 7/8/1990 n. 241 non può ridursi a mero rituale formalistico, con la conseguenza, nella prospettiva del buon andamento dell'azione amministrativa, che il privato non può limitarsi a denunciare la mancata comunicazione del preavviso di rigetto, ma è anche tenuto ad allegare gli elementi, fattuali o valutativi, che, se introdotti in fase procedimentale, avrebbero potuto influire sul contenuto finale del provvedimento...*” **[Tar Campania giugno 2015]**

---“...*Tuttavia, il preavviso di rigetto di cui all'art. 10 bis L.n. 241/1990, infatti, pur costituendo un fondamentale strumento di partecipazione, non può ridursi a mero rituale formalistico, con la conseguenza che, nella prospettiva del buon andamento dell'azione amministrativa e della dequotazione dei vizi formali, tale vizio può assumere rilievo solo nelle ipotesi in cui dalla omessa interlocuzione del privato nell'ambito del procedimento, impedita dalla mancata comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento della propria istanza, sia derivato un contenuto dell'atto finale diverso da quello che sarebbe derivato sulla base della valutazione degli ulteriori elementi che il privato avrebbe potuto fornire all'Amministrazione al fine di superare i rilievi ostativi...*” **[Tar Lazio aprile 2015]**

## **2.1)ART. 21-OCIETS ... SEGUE ... ATTO VINCOLATO**

---L'omessa comunicazione del preavviso di rigetto, ex art. 10 bis della l. 241/1990, non comporta l'annullabilità del provvedimento finale quante volte per la natura vincolata dello stesso sia palese che l'apporto partecipativo del privato non avrebbe potuto in ogni caso incidere sul contenuto di detto provvedimento **[Cons. di Stato dicembre 2011]**

---“...La violazione dell'art.10 bis della legge generale sul procedimento non produce ex se la invalidità del provvedimento finale, dovendo la disposizione di preavviso di rigetto essere interpretata alla luce dell'art. 21 octies della legge n.241/90 , per cui occorre valutare il contenuto sostanziale della determinazione conclusiva, allorché questa risulti non incisa dal vizio formale (in tal senso, ex multis, Cons. Stato Sez. V 10 ottobre 2007 n. 5321). E poiché il provvedimento in contestazione ha natura vincolata, dovendo l'istanza di sanatoria essere definita unicamente alla stregua delle rigorose disposizioni normative dettate in materia, è evidente che il contenuto del provvedimento adottato dal Comune non avrebbe potuto essere diverso da quello (di diniego) assunto...” **[Cons. di Stato settembre 2013]**

---“...Quanto poi all'altro motivo dell'appello, ritiene il Collegio di non poter considerare viziente l'omessa comunicazione del preavviso di provvedimento di rigetto, in ragione della natura vincolante - sopra messa in evidenza - del parere reso dal Comitato di verifica ...D'altronde, per giurisprudenza costante, l'art. 10 bis della legge n. 241 del 1990, di cui la parte privata lamenta la violazione, non deve essere interpretato in senso formalistico, ma con riguardo all'effettivo e oggettivo pregiudizio. Per meglio dire, il mancato rispetto dell'obbligo di preventiva comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza, imposto dalla disposizione citata, è inidoneo di per sé a giustificare l'annullamento di un atto, non essendo consentito - ai sensi del successivo art. 21 octies - l'annullamento dei provvedimenti amministrativi, il cui contenuto non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Ne consegue che, ove il privato si limiti a contestare l'omessa comunicazione del preavviso, senza nemmeno allegare le circostanze che non avrebbe potuto incolpevolmente sottoporre all'Amministrazione (come avviene nella presente controversia), il motivo con cui egli censura la mancata comunicazione deve intendersi inammissibile o comunque irrilevante per assoluta genericità...” **[Cons. di Stato dicembre 2013]**

---“...la mancanza del preavviso di rigetto, ai sensi dell'art. 10 bis, non è da ritenersi viziente nel caso in cui il contenuto del provvedimento impugnato non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto stabilito, quand'anche detto preavviso avesse consentito al ricorrente un'ulteriore fase partecipativa..” **[Tar Sardegna febbraio 2012]**

---“...Quanto, poi, all'omessa comunicazione del preavviso di rigetto, si può ritenere che la natura vincolata del provvedimento, conseguente all'altezza del torrino, superiore al limite massimo ammissibile, consente di superare la formale violazione dell'art. 10 bis della legge n. 241 del 1990...” **[Tar Umbria febbraio 2013]**

---“...In presenza di una causa vincolata di diniego del permesso di soggiorno, nessuna rilevanza può poi essere attribuita alla violazione dell'art. 10-bis della l. 7 agosto 1990 n. 241, che risulta scriminata dalla previsione di cui all'art. 21-octies, 2° comma della stessa legge...” **[Tar Toscana febbraio 2013]**

----“...pur non avendo l'amministrazione controdedotto esplicitamente su tutte le argomentazioni svolte dal ricorrente a seguito del preavviso di diniego, il provvedimento adottato, per la sua natura vincolata, non avrebbe potuto avere un dispositivo diverso da quello in concreto adottato...” **[Tar Lombardia marzo 2013]**

---“...Con l'ultimo motivo di gravame, la ricorrente, dopo aver evidenziato che l'Amministrazione comunale avrebbe omesso di comunicarle il preavviso di rigetto, deduce la violazione dell'art. 10-bis della l. n. 241/1990...In proposito, ritiene il Collegio di poter fare applicazione dell'art. 21-octies della l. n. 241/1990 e s.m.i. L'insussistenza dei presupposti normativamente previsti per la stabilizzazione del personale precario (l'incarico lavorativo conferito della ricorrente non è ascrivibile alla categoria del pubblico impiego a tempo determinato, essendosi concretato, secondo quanto precisato nello stesso contratto di conferimento dell'incarico, nella esecuzione di prestazioni lavorative di carattere non continuativo, retribuite forfetariamente dall'Amministrazione comunale, senza alcun riferimento al Contratto collettivo del comparto Regioni – Autonomie locali), la mancata allegazione e dimostrazione in giudizio delle condizioni previste dal legislatore per la stabilizzazione (la presenza di posti vacanti nella dotazione organica; il rispetto del Patto di stabilità interno) e, soprattutto, lo stato di dissesto finanziario dell'Ente inducono il Collegio a ritenere che l'eventuale partecipazione della ricorrente in sede procedimentale non avrebbe potuto portare ad un differente esito il procedimento relativo alla istanza presentata dalla ricorrente medesima...” [Tar Puglia marzo 2013]

---“...Il ricorso, peraltro, è infondato nel merito. Di esso è infondato il primo motivo, atteso che, per costante giurisprudenza ... l'obbligo di invio del preavviso di diniego di cui all'art. 10 bis l. 7 agosto 1990 n°241 non va visto in senso formalistico, e quindi, ove non rispettato, non rileva, se non si dimostra che nel caso concreto il possibile destinatario avrebbe potuto rappresentare elementi tali da orientare l'amministrazione in senso difforme. Così non è nella specie, attesa l'infondatezza degli ulteriori motivi di ricorso di che appresso...” [Tar Lombardia aprile 2013]

---“...Posto - come più volte sottolineato - che l'abuso è insanabile, è evidente che il provvedimento di diniego impugnato si connota come atto dovuto. E poiché secondo il pacifico orientamento della giurisprudenza, a fronte di atti dovuti il c.d. preavviso di rigetto costituisce un inutile aggravio procedimentale - che pertanto può essere “omesso” senza riflessi invalidanti sul provvedimento conclusivo - il provvedimento in questione ben resiste alla dedotta censura...” [Tar Sicilia aprile 2013]

---“...Il Comune resistente ha replicato, sostenendo la natura vincolata del permesso di costruire e, conseguentemente, ha invocato l'applicabilità dell'art. 21-octies, comma 2, prima parte della legge n. 241 del 1990, a tenore del quale “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”. La difesa dell'Amministrazione ha poi rilevato che, dalla semplice lettura della norma, emergerebbe che essa non disciplina il procedimento di “consultazione” dei progettisti e, soprattutto, non prevede la partecipazione dell'istante al procedimento; allo stesso modo, la norma non prevederebbe l'obbligo per il Dirigente del Settore Territorio, anche in caso di consultazione con i progettisti, di esplicitare nel proprio parere le risultanze della consultazione; in ogni caso, il parere eventualmente reso dai progettisti a seguito di consultazione non sarebbe vincolante e dunque ininfluenza ai fini della interpretazione delle n.t.a. del PUE, per la quale farebbe fede soltanto il parere del Dirigente U.T.C.. Il Collegio deve premettere che condivide l'orientamento della giurisprudenza amministrativa -richiamata dal Comune di M., fatta anche propria dalla Sezione - secondo la quale l'art. 10-bis della legge n. 241 del 1990 deve essere letto in combinato disposto con il successivo art. 21-octies della medesima legge; conseguentemente in ipotesi di atto vincolato la censura di mancata comunicazione di preavviso di rigetto non inficia la legittimità del provvedimento in applicazione dell'art. 21 octies, comma 2, primo periodo, della legge n. 241 del 1990 in quanto il contenuto dispositivo del provvedimento oggetto di gravame non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato ...Tuttavia occorre altresì considerare che la giurisprudenza prevalente condivisa dal Collegio ritiene che, a fronte di un procedimento

*avviato con istanza di parte, con l'applicazione dell'art. 10-bis della legge n. 241 del 1990, l'interesse da tutelare è quello di far conoscere le ragioni ostative all'accoglimento dell'istanza per sollecitare la formazione del contraddittorio fra Amministrazione e soggetto interessato, onde prevenire che le questioni connesse con l'emanazione del provvedimento siano rimesse alla sola onerosa tutela giudiziaria, anche nelle ipotesi di atti vincolati. Ed infatti, se si prescinde da una interpretazione rigidamente formalistica delle norme degli art. 7 e 10-bis della citata legge si deve convenire che tali disposizioni, che garantiscono il contraddittorio procedimentale, mirano a consentire agli interessati di interloquire con la Pubblica Amministrazione per conseguire gli obiettivi desiderati e meglio perseguire il loro interesse ...” [Tar Puglia agosto 2013]*

*---“...Con il terzo motivo di ricorso il sig. Saina lamenta l’omissione della comunicazione di avvio ex art. 7 L. 241/1990 e del preavviso di rigetto ex art. 10 bis L. 241/1990. Il motivo non ha pregio. Si osserva che il procedimento non ha natura discrezionale, essendo l’amministrazione comunale tenuta a determinare l’esito dell’istanza esclusivamente sulla base dei presupposti di legge. Conseguentemente è applicabile l’art. 21 octies L. 241/1990 in virtù del quale non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese, come nella vicenda odierna, che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato...” [Tar Puglia giugno 2013]*

*---“...Né rileva l’omissione del c.d. preavviso di rigetto della domanda di condono ex art. 10 bis, posto che, come si è visto, il provvedimento impugnato si fonda legittimamente sulla presentazione della domanda di condono oltre il termine di legge, circostanza che imponeva all’amministrazione di ritirare in autotutela l’atto. Sul punto deve rammentarsi infatti che il mancato “preavviso di rigetto” costituisce violazione di una norma sul procedimento: sicché, ai sensi dell’art. 21 octies, il provvedimento adottato in violazione dell’art. 10 bis non è annullabile quando, per la natura vincolata del potere esercitato, sia palese che il contenuto dispositivo del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato...” [Tar Campania novembre 2013]*

*---“...se è pur vero che l’impugnato provvedimento di diniego del rinnovo del permesso di soggiorno per motivi di lavoro autonomo è stato adottato prima della scadenza del termine concesso alla ricorrente (con il c.d. preavviso di rigetto) per produrre ulteriore documentazione probatoria relativamente alla propria situazione reddituale, va tuttavia osservato che il provvedimento in questione non avrebbe potuto avere contenuto dispositivo diverso da quello adottato...” [Trga Trentino Alto Adige aprile 2015]*

*---“...il mancato invio della previa comunicazione dei motivi ostativi all’accoglimento della domanda, nel caso di specie scolora a irregolarità non viziante, giusta quanto dispone l’articolo 21 octies, comma 2, L. n. 241/1990. Nel caso di provvedimenti vincolati la violazione formale, quale è quella di omissione del cd. preavviso di rigetto, non è infatti in grado di incidere sulla legittimità sostanziale dei medesimi...” [Tar Friuli Venezia Giulia aprile 2015]*

*---“...Pure infondata è la dedotta violazione delle garanzia partecipative. In materia infatti il Consiglio di Stato ha avuto modo di affermare, proprio con riferimento all’omissione del cd. preavviso di rigetto ex articolo 10-bis della legge 7 agosto 1990, n. 241, che “il parere di congruità dell’Avvocatura dello Stato ... ha natura obbligatoria e vincolante, con la conseguenza che l’amministrazione è tenuta a trasferirlo nel formale provvedimento da adottare sull’istanza di rimborso, il quale non può essere annullato per violazioni di norme sul procedimento ai sensi dell’art. 21-octies, comma 2, l. n. 241 del 1990”..” [Tar Lazio marzo 2015]*

*---“... il mancato rispetto dell’obbligo di preventiva comunicazione dei motivi ostativi all’accoglimento dell’istanza è di per sé inidoneo a giustificare l’annullamento del provvedimento,*

*ai sensi dell'art. 21- octies della stessa legge, tutte le volte in cui il contenuto del provvedimento non sarebbe stato diverso da quello in concreto adottato ... Con la conseguenza che in sede giurisdizionale il privato non deve limitarsi a contestare l'omessa comunicazione del preavviso, ma deve anche allegare tutte le circostanze (di certo rilevanti) che avrebbe potuto, in ipotesi, sottoporre all'Amministrazione. Tale violazione dell'obbligo di comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza è, inoltre, invocabile anche per gli atti vincolati e può comportare l'annullamento del provvedimento finale tutte le volte in cui la comunicazione del preavviso di rigetto avrebbe potuto consentire all'interessato di allegare agli atti del procedimento una ulteriore ed idonea documentazione, non potendosi ritenere vincolato un atto a fronte di una istruttoria palesemente insufficiente...* [Tar Abruzzo luglio 2015]

---“...*Quanto al primo motivo di censura, inerente la mancata comunicazione del preavviso di rigetto, si condivide l'eccezione mossa dall'amministrazione: trattasi di procedimenti vincolati, essendo il computo della base pensionabile interamente disciplinato per legge e scevro di qualunque profilo di discrezionalità. Trova dunque applicazione, come eccepito da parte resistente, l'art. 21 octies della l. n. 241/90...*” [Tar Piemonte febbraio 2015]

---“...*Con riferimento alla mancanza del preavviso di rigetto, deve rilevarsi che il provvedimento di diniego di condono edilizio costituisce espressione di potere vincolato rispetto ai presupposti normativi richiesti e dei quali deve farsi applicazione..*” [Tar Campania maggio 2015]

---“...*La mancanza di qualsiasi profilo di discrezionalità da parte del Commissario, nel decidere se elargire o meno l'indennizzo a fronte dell'informativa antimafia esclude che la ricorrente dovesse essere messa in grado di partecipare al relativo procedimento, o con la comunicazione di avvio ex art. 7, l. 7 agosto 1990, n. 241 o dandole il preavviso di rigetto ai sensi dell'art. 10 bis della stessa legge. La partecipazione non avrebbe potuto far concludere il procedimento con un esito diverso, essendo il Commissario governativo tenuto ad applicare la normativa antimafia che esclude l'erogazione di qualsiasi provvidenza da parte dello Stato alle imprese sospettate di contiguità mafiosa...*” [Tar Lazio giugno 2015]

## **2.2)ART. 21-OCIETS ... SEGUE ... 2° COMMA, SECONDA PARTE**

---“...*E' stata in primo luogo dedotta violazione dell'art. 10 bis della l. n. 241/1990 per avere il Comune respinto un'istanza della ricorrente senza preavviso delle ragioni di diniego....La censura è ad avviso della Sezione indivisibile, atteso che la comunicazione va considerata quale provvedimento conclusivo di un procedimento ad istanza di parte ma la comunicazione di preavviso di diniego nei procedimenti di tal guisa deve ritenersi assoggettata alle stesse regole valevoli per la comunicazione di avvio del procedimento, con conseguente superamento del vizio formale in questione nelle ipotesi, come quella di specie, in cui la comunicazione di avvio del procedimento non è necessaria. Infatti, al riguardo, l'obbligo in questione presuppone che l'interessato ignori l'esistenza del procedimento stesso ...*” [Cons. di Stato maggio 2013]

---“...*sulla illegittimità della mancata applicazione dell'art. 10-bis della legge 7 agosto 1990, n. 241, nel procedimento relativo all'istanza di riesame; la prevalente giurisprudenza infatti, nell'ottica di un'interpretazione non inutilmente formalistica delle garanzie partecipative, bene ha chiarito che “la violazione dell'art. 10-bis della legge n. 241 del 1990, non produce ex se l'illegittimità del provvedimento finale, dovendo la disposizione sul preavviso di rigetto essere interpretata comunque - secondo l'indirizzo giurisprudenziale maggioritario - 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.*” ...; dovendosi applicare questo indirizzo nel presente giudizio essendo stata acclarata la legittimità sostanziale dell'impugnato diniego del riesame in autotutela ...” **[Cons. di Stato maggio 2015]**

---“...Al riguardo ci si limita a richiamare il consolidato – e qui condiviso – orientamento secondo cui l'articolo 10-bis, cit. deve essere valutato dal Giudice avendo riguardo al successivo articolo 21-octies relativo alla non annullabilità degli atti per omessa comunicazione di avvio (cui è da assimilare, ai fini che qui rilevano, il mancato preavviso di rigetto) laddove l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto dispositivo dell'atto non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato...” **[Cons. di Stato luglio 2015]**

---“...L'istituto del cd. preavviso di rigetto, di cui all'art. 10-bis citato, ha lo scopo di far conoscere 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; tuttavia, tale scopo viene meno ed è di per sé inidoneo a giustificare l'annullamento del provvedimento nei casi in cui il suo contenuto non sarebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato, sia perché vincolato, sia perché sebbene discrezionale sia raggiunta la prova della sua concreta e sostanziale non modificabilità...” **[Cons. di Stato settembre 2015]**

---“...la mancata comunicazione del preavviso di rigetto non comporta ex se l'illegittimità del provvedimento finale, in quanto la norma sancita dall'art. 10 bis cit., va interpretata alla luce del successivo art. 21 octies, co. 2, l. n. 241 del 1990, 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 disposizioni sul procedimento o sulla forma dell'atto allorché il contenuto dispositivo non sarebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato...” **[Cons. di Stato dicembre 2015]**

---Quando l'amministrazione non provi in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato, è illegittimo il diniego non preceduto dal preavviso di rigetto **[Tar Calabria aprile 2011]**

---“...Il difetto di preventiva comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento di un'istanza è peraltro assimilabile all'assenza di comunicazione di avvio del procedimento in quanto entrambi gli atti, seppure con riferimento a due distinte fasi sub-procedurali, hanno lo scopo di permettere un effettivo confronto tra l'Amministrazione e i privati anteriormente all'adozione di un provvedimento negativo in modo che non siano trascurati elementi istruttori utili per la decisione finale; sicchè, a tale identità di funzione consegue che anche la mancanza della comunicazione ai sensi dell'art. 10 bis L. 241/90 incide sulla validità dell'atto conclusivo nei soli limiti previsti dall'art. 21 octies comma 2 della stessa legge, ossia quando si sia determinato un deficit istruttorio e quindi soltanto quando il soggetto non avvisato provi che, ove avesse avuto la possibilità di partecipare, avrebbe potuto presentare osservazioni ed opposizioni, anche solo eventualmente idonee ad incidere, in termini a lui favorevoli, sull'atto conclusivo del procedimento...” **[Tar Basilicata gennaio 2013]**

---“Non è pacifica l'applicabilità di entrambe le sanatorie di cui al secondo comma dell'articolo 21 octies, al caso di provvedimento negativo impugnato per omissione del preavviso di rigetto, in violazione dell'articolo 10 bis. Secondo un più rigoroso e formalistico orientamento della giurisprudenza, la sanatoria prevista dalla seconda parte del secondo comma (che opera, come si è

visto, sia per attività vincolata sia per quella discrezionale) è riferibile, come espressamente indicato dalla legge, alle sole violazioni riguardanti l'art.7 della legge n. 241 del 1990; di conseguenza, la violazione dell'obbligo di comunicare i motivi ostativi all'accoglimento potrebbe essere sanata in sede processuale solo se si tratta di provvedimento reso in esito ad attività vincolata, giammai nel caso di provvedimento discrezionale. Secondo questo primo orientamento, "la violazione da parte della P.A. dell'art. 10 bis, l. n. 241 del 1990, relativo all'obbligo di inoltrare all'interessato la comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza, ha carattere assorbente e comporta l'annullamento del provvedimento conclusivo del procedimento, in quanto è risultata preclusa alla parte interessata la partecipazione al procedimento". (T.A.R. Milano Lombardia sez. IV, 3 luglio 2012, n. 1888). D'altra parte, come già osservato, la finalità cui tendono gli articoli 7 e 10 bis della legge 241 del 90 è identica: garantire la partecipazione del privato, in forme diverse, tenendo conto della diversa struttura dei procedimenti ad iniziativa di parte rispetto a quelli iniziati d'ufficio. Se così è, appare irragionevole valutare diversamente la violazione dell'una rispetto all'altra norma, anche nel caso di attività discrezionale (seconda parte del comma 2 dell'art. 21 octies) escludendo l'annullamento del provvedimento finale, dal contenuto immutabile, adottato senza previa comunicazione di avvio del procedimento, nel caso di procedimento ad iniziativa ufficiosa, e ritenendo, al contrario, annullabile il provvedimento finale, pure questo dal contenuto immutabile, non preceduto dalla comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento della richiesta. Nonostante la lettera della disposizione contenuta nell'articolo 21 octies, appare, dunque, preferibile l'orientamento che consente all'amministrazione, in via generale, dunque 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. Ciò può essere ammesso, non tanto interpretando in senso estensivo l'ultima parte dell'art.21 octies, operazione difficilmente accettabile, dato che il significato testuale della disposizione è chiaramente riferito alla sola omissione della comunicazione d'avvio, quanto, piuttosto, in applicazione dei principi già esposti di conservazione degli atti, strumentalità delle forme, raggiungimento dello scopo, ed economicità amministrativa, corollari del più grande principio di buon andamento della P.A., sancito dall'art. 97 della Costituzione, che sembrano poter sostenere un'interpretazione analogica coerente con i principi dell'ordinamento..." [Tar Molise febbraio 2013]

--- "...In ogni caso, avuto riguardo al merito delle ragioni del diniego di cui si dirà appresso, la violazione dell'art. 10 bis, l. n. 241 del 1990 - che prevede, nei procedimenti ad istanza di parte, la comunicazione agli istanti, prima della formale adozione di un provvedimento negativo, dei motivi che ostano all'accoglimento della domanda - non può ritenersi tale da produrre ex se l'illegittimità del provvedimento finale. La disposizione sul preavviso di rigetto, infatti, dev'essere interpretata alla luce del successivo art. 21 octies, comma 2, che 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. In altri termini, la mancanza del preavviso di rigetto, ai sensi dell'art. 10 bis, non è da ritenersi viziante nel caso in cui il contenuto degli atti impugnati non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto stabilito, quand'anche detto preavviso avesse consentito ai ricorrenti un'ulteriore fase partecipativa, sicché ricorre l'effetto sanante di cui all'art. 21 octies della succitata l. n. 241 del 1990, a mente del quale il provvedimento amministrativo non è annullabile per mancato avviso del procedimento quando l'Amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto dell'atto non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato..." [Tar Sardegna aprile 2013]

--- "...Infondata si palesa, infine, la dedotta violazione dell'art. 10 bis della l. n. 241 del 1990, in quanto sia dal provvedimento impugnato sia dagli elementi forniti in giudizio dall'amministrazione comunale emerge che il contenuto dispositivo del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso

da quello concretamente adottato, trovando, dunque, applicazione la previsione di cui all'art. 21 octies, comma 2 della l. n. 241 del 1990..." [Tar Umbria luglio 2013]

--- "...va rilevato che l'art. 21 octies, comma 2, prima frase, L. n. 241/1990 statuisce la "non annullabilità", in tutti i casi di violazione di qualsiasi norma di carattere procedimentale o sulla forma degli atti, se "sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato" e tale norma, secondo un condivisibile orientamento giurisprudenziale ..., va interpretata estensivamente anche con riferimento all'art. 10 bis L. n. 241/1990...." [Tar Basilicata novembre 2013]

--- "...La disposizione sul preavviso di rigetto ... dev'essere interpretata alla luce del successivo art. 21 octies, comma 2, che 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. In altri termini, la mancanza del preavviso di rigetto, ai sensi dell'art. 10 bis, non è da ritenersi viziante nel caso in cui il contenuto degli atti impugnati non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto stabilito quand'anche detto preavviso avesse consentito alla ricorrente un'ulteriore fase partecipativa..." [Tar Sardegna novembre 2013]

--- "...Va infine scrutinato il primo motivo aggiunto dedicato all'annullamento della determina prot. n. 160/12 del 2 ottobre 2012 per violazione dell'articolo 10 - bis della legge 241 del 1990 stante la necessità di un nuovo, rispetto a quello relativo all'istanza ex articolo 36 d.P.R. 380/2001, preavviso di rigetto derivante dalla richiesta integrativa di valutare tale istanza anche in base al LR sul cd. piano casa. Anche detto motivo va respinto. L'articolo 21 - octies, comma 2, prevede altresì che "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.". La norma segna l'irrelevanza, ai fini dell'annullamento, della lesione delle cd. garanzie partecipative anche ove essa sia costituita dalla mancata, preliminare comunicazione dei motivi che ostano alla favorevole definizione del procedimento avviato ad istanza di parte. Tale irrilevanza richiede tuttavia la verifica della circostanza per la quale "il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato." successiva ad accertamento sollecitato dall'amministrazione a mezzo di apposita eccezione sostanziale o condotto dal giudice, al quale la norma è comunque indirizzata, sulla base degli atti depositati in giudizio..." [Tar Lazio dicembre 2013]

--- "...In proposito, il Collegio osserva che il preavviso di rigetto ex art. 10 bis della l. n. 241/1990 è assimilabile alla comunicazione di avvio del procedimento di cui al precedente art. 7, in quanto entrambi gli atti hanno lo scopo di permettere un effettivo confronto tra l'amministrazione e i privati anteriormente all'adozione di un provvedimento negativo, in modo che non siano trascurati elementi istruttori utili alla decisione finale. Secondo l'orientamento giurisprudenziale prevalente, l'identità di funzione consente, quindi, di affermare che anche la mancanza della comunicazione ex art. 10 bis cit. incide sulla validità dell'atto conclusivo del procedimento nei soli limiti previsti dal successivo art. 21 octies, comma 2, ossia qualora abbia determinato un deficit istruttorio. Il che non si verifica, qualora il contenuto dispositivo del provvedimento impugnato non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato, ossia quando la denunciata violazione formale non abbia inciso sulla legittimità sostanziale del medesimo provvedimento impugnato..." [Tar Campania maggio 2013]

--- "... va sottolineato che risulta irrilevante la violazione dell'art. 10 bis L. n. 241/1990, in quanto l'art. 21 octies, comma 2, seconda frase, L. n. 241/1990, ai sensi del quale "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 da quello in concreto adottato”, si applica estensivamente anche con riferimento al preavviso di rigetto..” [Tar Basilicata gennaio 2015]*

*---“...L'infondatezza delle censure sin qui scrutinate consente infine di confutare la valenza inficiante asseritamente assunta, nella fattispecie, dalla mancata osservanza dell'obbligo di preavviso di rigetto ex art. 10-bis legge 241 del 1990. Infatti, l'omessa comunicazione del preavviso di rigetto non comporta ex sé l'illegittimità del provvedimento finale, alla luce del successivo art. 21-octies, n. 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 allorquando il contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato...” [Tar Basilicata luglio 2015]*

*---“...è sufficiente rilevare che la comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza del privato è assimilabile a quella relativa all'avvio del procedimento, in quanto entrambi gli atti hanno lo scopo di permettere un effettivo confronto tra l'Amministrazione e i privati anteriormente all'adozione di un provvedimento negativo, in modo che non siano trascurati elementi istruttori utili alla decisione finale. L'identità di funzione consente, quindi, di affermare che anche la mancanza della comunicazione ex art. 10 bis , l. n. 241 del 1990 incide sulla validità dell'atto conclusivo del procedimento nei soli limiti previsti dall'art. 21 octies comma 2, ossia qualora abbia determinato un deficit istruttorio; il che non si verifica, qualora il contenuto dispositivo del provvedimento impugnato non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato, ossia quando la denunciata violazione formale non abbia inciso sulla legittimità sostanziale del medesimo provvedimento impugnato...” [Tar Toscana aprile 2015]*

*---“...Né è suscettibile di accoglimento l'argomentazione con la quale il ricorrente si duole della violazione della previsione di cui all'art. 10-bis della legge 241/1990, in quanto l'insussistenza del diritto a detenere armi è fattore di per sé idoneo a dequotare il mancato preavviso di rigetto a vizio non invalidante, ai sensi dell'art. 21-octies, comma 2, 2° parte, della stessa legge 241, atteso che, quand'anche vi fosse stato tale preavviso, il provvedimento finale avrebbe avuto identico tenore contenutistico ...La disposizione sul preavviso di rigetto, come la giurisprudenza ha più volte precisato, deve, infatti, essere interpretata alla luce del successivo art. 21-octies, comma 2, della stessa legge 241: tale articolo 21-octies dovendo ritenersi applicabile anche nelle ipotesi di omessa comunicazione del preavviso di rigetto, per cui, laddove il ricorrente sollevi un vizio di natura formale come quello in esame, è imposto al giudice di valutare il contenuto sostanziale del provvedimento, e quindi non annullare l'atto nel caso in cui la violazione formale non abbia inciso sulla legittimità sostanziale del provvedimento impugnato, non essendo al riguardo rilevante la natura vincolata o discrezionale del provvedimento adottato senza il prescritto preavviso Cioè, in definitiva, 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...” [Tar Calabria novembre 2015]*

*---“...L'omessa comunicazione del c.d. « preavviso di rigetto » di cui all'art. 10 bis, l. n. 241 del 1990 non provoca ex se l'illegittimità del provvedimento finale tutte le volte in cui si provi l'irrilevanza della partecipazione dell'interessato rispetto ad un esito del procedimento medesimo che, comunque, non avrebbe potuto essere diverso e ciò in quanto il principio di cui all'art. 21 - octies comma 2, seconda parte, l. n. 241 del 1990, della non annullabilità del provvedimento per violazione dell'art. 7 della medesima legge, trova applicazione anche nel caso di violazione dell'art. 10 bis...” [Tar Campania settembre 2015]*

Rober PANOZZO

(15 luglio 2016)