

L'art.10 bis della L.241/90: Garanzia di partecipazione del cittadino o perdita di tempo per la P.A. ?

Autore: Podda Antonello

In: Diritto amministrativo

Uno tra gli aspetti innovativi della “nuova” L.241/90, come modificata dalla L.15/2005, è senza dubbio l'art.10 bis, che testualmente recita: Nei procedimenti ad istanza di parte il responsabile del procedimento o l'autorità competente, prima della formale adozione di un provvedimento negativo, comunica tempestivamente agli istanti i motivi che ostano all'accoglimento della domanda. Entro il termine di dieci giorni dal ricevimento della comunicazione, gli istanti hanno il diritto di presentare per iscritto le loro osservazioni, eventualmente corredate da documenti. La comunicazione di cui al primo periodo interrompe i termini per concludere il procedimento che iniziano nuovamente a decorrere dalla data di presentazione delle osservazioni o, in mancanza, dalla scadenza del termine di cui al secondo periodo. Dell'eventuale mancato accoglimento di tali osservazioni è data ragione nella motivazione del provvedimento finale. Le disposizioni di cui al presente articolo non si applicano alle procedure concorsuali e ai procedimenti in materia previdenziale e assistenziale sorti a seguito di istanza di parte e gestiti dagli enti previdenziali.

Ciò che colpisce è la scelta netta del legislatore in favore della partecipazione del privato all'azione della p.a.. L'intento di deflazionare i ricorsi e quindi di ridurre complessivamente il contenzioso verso la p.a. appare fin troppo evidente, come peraltro confermato da dottrina e giurisprudenza[1] e dagli stessi lavori preparatori[2].

Con l'introduzione del c.d. preavviso di rigetto (così definito da Tarullo[3]) si consente al privato che ha proposto istanza alla p.a., di poter conoscere anticipatamente la valutazione negativa dell'amministrazione, per poter quindi eventualmente controdedurre prima che la decisione diventi definitiva. Tale valutazione preventiva ha ovviamente un carattere provvisorio, quasi prognostico, e spetta all'istante far cambiare opinione all'amministrazione producendo osservazioni e documenti. Così si esprime in proposito il

TAR Campania “l'importanza del rispetto di tale regola procedimentale è direttamente proporzionale al tasso di discrezionalità valutativa attribuita all'amministrazione decidente, dal momento che l'anticipazione in sede procedimentale di una fase paracontenziosa con il privato consente all'amministrazione, prima di decidere in via definitiva, di vagliare con attenzione le ragioni addotte dall'istante e di evidenziare o specificare gli elementi fattuali e giuridici che hanno condotto ad una valutazione sfavorevole dell'istanza[4]. Si introduce anche un ulteriore obbligo di motivazione in una fase endoprocedimentale; è dato carico all'amministrazione di motivare le proprie decisioni in maniera chiara e facilmente comprensibile, pena l'annullabilità dell'atto[5]; naturalmente dev'esserci corrispondenza di massima tra quanto comunicato al privato in fase di preavviso di rigetto e il provvedimento finale, che

deve, come già detto, tener conto in maniera esplicita di eventuali controdeduzioni proposte nei termini dal privato; si deve quindi escludere che il provvedimento finale si fondi su ragioni del tutto nuove, non enucleabili dalla motivazione dell'atto endoprocedimentale[6], anche se appare del tutto legittimo che l'amministrazione ritenga, nel provvedimento finale, di dover meglio precisare le proprie posizioni giuridiche, in relazione alle osservazioni del privato e anche autonomamente[7].

Il disposto dell'art.10 bis appare generale, e quindi valido in ogni caso, salvo quelli esplicitamente esclusi (procedure concorsuali e ai procedimenti in materia previdenziale e assistenziale), configurandosi un profilo assorbente d'invalidità del provvedimento finale, laddove l'Amministrazione ometta di effettuare la comunicazione de qua. È indubbiamente norma di principio, in quanto si inserisce nel sistema delle garanzie del cittadino nei riguardi dell'azione amministrativa, introducendo un nuovo livello endoprocedimentale di tutela e di partecipazione. Restano ovviamente esclusi i provvedimenti derivanti da norme particolari che, in quanto tali, derogano alla regola generale. Il problema è che l'interpretazione degli atti che rientrano nella categoria degli esclusi non è semplice e si presta a forzature, prova ne sia che molte amministrazioni vi stanno facendo rientrare procedimenti che poco hanno a che vedere con procedure concorsuali e previdenza, o con le citate leggi speciali. E d'altronde la stessa giurisprudenza non riesce ad avere, per ora, un atteggiamento univoco e si è divisa tra coloro che danno un'interpretazione restrittiva e quelli che invece considerano da escludere molti procedimenti[8]. Esempio è la diatriba giurisprudenziale sulla considerazione della Denuncia d'Inizio Attività (D.I.A.), che taluno fa rientrare tra le istanze di parte, altri invece la espungono da questo gruppo[9].

La complessità della questione è cresciuta in breve tempo perché - per analogia - il preavviso di rigetto è stato assimilato alla comunicazione di avvio del procedimento ex art. 7 L.241/90. Se da un lato questo strumento dovrebbe servire a rendere edotto il privato dell'inizio del procedimento che lo riguarda e quindi favorire la partecipazione, dall'altro, per espressa previsione dell'art.21 octies della stessa legge (così come novellata dalla L.15/2005), l'omissione di questa comunicazione non porta all'annullamento del provvedimento che si configuri come vincolato "qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato" [10]. Non è sufficiente che l'Amministrazione affermi che il provvedimento sarebbe stato lo stesso, occorre dimostrarlo nei fatti, anche in sede di giudizio[11]. Detto questo, è evidente che l'apposizione di un obbligo all'amministrazione, la cui violazione nulla comporta, lo svuota di significato, dando motivo alla stessa p.a. di omettere sistematicamente la comunicazione di avvio; almeno per tutte le categorie dei provvedimenti vincolati.

Analizzata sotto un altro punto di vista, questa prescrizione attribuisce al giudice amministrativo il potere-dovere di verificare se, ogni qualvolta venga dedotto un vizio formale, la pretesa del privato sia fondata o non sia per avventura palesemente infondata, al punto tale da rendere inutile, eccessivo, persino dannoso il provvedimento giudiziale di annullamento[12]. Si ipotizza infatti che l'annullamento potrebbe rivelarsi un danno per il privato in quanto farebbe perdere tempo nell'adozione di un atto che, si presume, rimarrebbe comunque identico[13]. Lo stesso Caringella assimila la questione alla distinzione, tipica del regime privatistico, tra regole del comportamento e regole dell'atto, cioè regole la cui violazione comporta una qualificazione in termini di illiceità del comportamento complessivamente inteso e regole la cui

violazione comporta invece la sanzione dell'invalidità - annullabilità del provvedimento amministrativo[14].

Insomma regole di serie A e serie B verrebbe da dire, perché se in ambito privatistico si possono trovare altre forme di compensazione/riparazione del danno subito dalla parte, nel rapporto con la p.a. questa sono difficilmente percorribili. L'analogia con il diritto privato regge pertanto fino a un certo punto.

Se è vero il provvedimento cui manca la comunicazione di avvio rimane illegittimo, è altrettanto innegabile che l'unica vera sanzione possibile, ossia l'annullamento, viene esclusa. Infatti le altre possibili sanzioni inerenti la scorrettezza procedimentale dell'amministrazione sono difficilmente indennizzabili, e comunque hanno tempi e costi talvolta che potremmo tranquillamente definire "scoraggianti" per il privato. Il quale rimane, in buona sostanza, senza tutela, sia diretta che indiretta.

Viene allora sul serio da dubitare dell'utilità di tale prescrizione, anche nei rari casi in cui la giurisprudenza riconosce piena validità all'istituto partecipativo nei casi di provvedimento vincolato[15]. E oggi questo problema, come accennato in precedenza, aumenta di rilevanza, per quanto disposto dall'art.10 bis in tema di preavviso di rigetto. Infatti se seguiamo il ragionamento appena esposto - peraltro immediatamente sposato dalla giurisprudenza amministrativa - anche la comunicazione dei motivi che ostano all'accoglimento della domanda, se si tratta di provvedimento vincolato, non è "indispensabile", ossia la sua omissione non comporta l'annullamento dell'atto. Questo soprattutto, si legge in autorevole dottrina (Caringella), per tutelare il privato che, nel caso di annullamento di un atto vincolato per motivi formali, avrebbe la classica vittoria di Pirro, ossia un successo che in realtà si rivela una sconfitta. È da notare che il preavviso di cui discute non è dovuto neanche quando l'amministrazione non segue la richiesta così come formulata dal privato, ma piuttosto sceglie di fargli seguire un percorso diverso[16].

Argomento collegato ma distinto, è quello relativo alla motivazione del provvedimento definitivo di rigetto preceduto da preavviso e da osservazioni o controdeduzioni dell'istante. Afferma infatti l'art.10 bis che "Dell'eventuale mancato accoglimento di tali osservazioni è data ragione nella motivazione del provvedimento finale.

In che modo? E' cioè obbligata l'amministrazione a spiegare punto per punto il non accoglimento delle opinioni del privato? La giurisprudenza sembra essersi orientata per un'applicazione non tassativa della norma; infatti "la parziale incompletezza della valutazione espressa dall'amministrazione, seppure dimostrata, non determinerebbe, automaticamente, l'illegittimità del provvedimento. Infatti, non è esatto affermare che la previsione contenuta nell'articolo 10-bis della legge n. 241/1990 imporrebbe una totale aderenza ad ognuna delle singole argomentazioni esposte dal soggetto istante. Seguendo questa errata impostazione, il nuovo istituto introdotto dalla legge n. 15/2005 diventerebbe mero espediente per appesantire il fisiologico obbligo di motivazione gravante sulle amministrazioni, senza alcuna garanzia di effettiva giustizia sostanziale"[17]. Quindi - hanno in più occasioni ribadito i giudici di Palazzo Spada - rileva in primo luogo il complessivo atteggiamento dell'amministrazione, la sua volontà di illustrare, nei vari stadi del procedimento il percorso logico che ha portato alla decisione, anche senza controdedurre pedissequamente tutte le obiezioni del privato.

Ciò che invece appare certo è che la mancanza assoluta di motivazione del mancato riconoscimento delle ragioni private, è motivo di illegittimità dell'atto non sanabile in sede processuale[18].

In relazione alle peculiarità dei motivi di esclusione dall'obbligo del preavviso di rigetto, occorre fare alcune specifiche riflessioni. Si è già accennato al fatto che la norma propone due categorie di atti esclusi (procedure concorsuali e procedimenti in materia previdenziale e assistenziale sorti a seguito di istanza di parte e gestiti dagli enti previdenziali), la prima delle quali abbastanza generica e, in quanto tale, soggetta a diverse e talvolta interessate interpretazioni. Significativo quanto già esposto in precedenza a proposito della DIA (Denuncia d'Inizio Attività). Sul punto appare altresì indicativo quanto sostenuto dal TAR Sicilia nella sent. 809 del 2007: ... il collegio ritiene, discostandosi da alcuni precedenti di altri Tribunali Amministrativi Regionali e confermando l'orientamento manifestato da questo Tribunale nella citata sentenza n. 1528 del 2005 in materia di erogazione di finanziamenti pubblici, che l'esclusione dell'operatività dell'art. 10-bis della l. 241/1990 vada circoscritta ai procedimenti concorsuali propriamente detti, e non genericamente estesa anche ad ogni procedimento - come quello che qui viene in considerazione - con pluralità di parti, perché trattandosi di norma che esclude l'applicazione di una garanzia partecipativa, appare preferibile ricondurre l'individuazione delle ipotesi di esclusione ad un'operazione di stretta interpretazione, piuttosto che ad una estensione della previsione legislativa[19]. Sono sempre fatte salve norme particolari riguardanti il procedimento. Esempio in questo senso appare la sentenza 1227 del 30 maggio 2007 del TAR Sardegna. Esaminando un ricorso riguardante annullamenti di autorizzazioni paesaggistico ambientali, i giudici amministrativi del Tribunale di Cagliari hanno deciso che qualora una norma particolare (nel caso specifico il regolamento sulla L.241 del Ministero dei Beni Culturali) stabilisca una particolare procedura amministrativa che prevede la partecipazione del privato e renda edotto l'interessato dello stato del procedimento nelle sue diverse fasi, non è dovuta l'applicazione delle norme generali sul procedimento di cui si discute, richiesta invece dai ricorrenti; infatti "il privato non è dunque escluso dal procedimento di secondo grado, ma anzi la norma (il Decreto sulla L.241 n.d.a.) garantisce la sua partecipazione attiva proprio nel momento in cui l'amministrazione centrale dimostra di avere necessità di approfondimenti istruttori, per esprimere il proprio giudizio sul procedimento conclusosi con l'autorizzazione, evidenziandone le possibili carenze.

Non vi sono dunque spazi per un'applicazione anche a questa ipotesi del regime di contraddittorio rinforzato introdotto dalla riforma a fini deflattivi, anche in considerazione del fatto che oggetto dell'esame riservato alle Sovrintendenze è un provvedimento adottato a conclusione delle classiche fasi procedurali di iniziativa, istruttoria e decisionale, durante le quali si dovrebbe essere già garantita l'informazione trasparente e completa e la partecipazione dell'interessato, o con l'apporto di integrazioni e notizie o addirittura con un'autonoma fase di **preavviso di rigetto**, conclusasi con un atto vantaggioso per lo stesso. A parte l'esclusione sul piano testuale e sistematico di un'interpretazione della norma nel senso auspicato in ricorso, se ne deve dunque escludere anche l'applicazione estensiva, finalizzata a garantire la partecipazione e la collaborazione istruttoria tra amministrazione e privato, posto che nel contesto del procedimento tali facoltà sono espressamente previste, seppure con ragionevoli e specifici limiti, mentre l'applicazione del nuovo istituto determinerebbe la violazione del divieto di aggravamento di cui all'art.1, comma 2 della 241/90".

Sempre in ordine ai motivi che "autorizzano" l'amministrazione ad omettere il preavviso di rigetto c'è

l'assoluta mancanza dei presupposti nell'istanza di parte; infatti qualora l'amministrazione dimostri l'assoluta insussistenza dei requisiti fondamentali di un'istanza, il procedimento che la riguarda non può che avere esito negativo e, in quanto tale, essere a tutti gli effetti considerato vincolato, con quanto ne consegue ed è già stato esposto in precedenza[20]. Significativa a questo proposito è la sentenza n.4412/2006 della seconda sezione del TAR Puglia, in cui si legge "la violazione dell'art. 10 bis l. 7 agosto 1990 n. 241, non produce ex se l'illegittimità del provvedimento terminale, dovendo la disposizione sul c.d. preavviso di diniego essere interpretata alla luce del successivo art. 21 octies della citata l. 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, di non annullare l'atto nel caso in cui le violazioni formali non abbiano inciso sulla legittimità sostanziale del provvedimento impugnato".

In questo filone s'innesta l'interpretazione del TAR Toscana, terza sezione, che addirittura "approva" l'omissione dell'invio del preavviso di rigetto nelle fattispecie in cui i motivi dello stesso siano ampiamente esposti nel provvedimento finale[21], in qualche modo riducendo il significato endoprocedimentale della norma e quindi la sua ragion d'essere come elemento teso a limitare il contenzioso.

Non appare invece giustificato il mancato invio del preavviso di rigetto riguardante i procedimenti, pure gestiti dagli enti previdenziali, ma non riguardanti "materia previdenziale o assistenziale"; infatti detti enti (es. INPS - INPDAP - IPOST - ENPALS - IPSEMA) non gestiscono solo istanze di quella natura, ma anche altri procedimenti che esulano dalla materia previdenziale o assistenziale. È il caso di ricordare, a questo proposito, la concessione di prestiti e mutui agli iscritti.

La mia conclusione è quindi che una norma, palesemente sorta come una ulteriore estensione dei diritti di partecipazione del cittadino al procedimento amministrativo che lo riguarda, si è ben presto generalmente ridotta a mero adempimento burocratico, spesso non dovuto e comunque sacrificato sull'altare della celerità dell'azione amministrativa e del principio di non aggravamento del procedimento, che però appare più uno scudo dietro cui celare l'inerzia e l'insipienza di taluni uffici pubblici che una vera ricerca di efficienza ed economicità dell'attività della pubblica amministrazione.

Antonello Podda

[1] Cfr. TAR Campania, Napoli - Sez. IV sent.651/2006

[2] Cfr. Relazione della I Commissione Affari Costituzionali della Camera dei Deputati, DDL 3890, pag.5, in www.camera.it

[3] Cfr. **TARULLO S.**, L'art.-10 bis della legge n. 241/90: il preavviso di rigetto tra garanzia partecipativa e collaborazione istruttoria, in www.giustamm.it.

[4]Cfr. TAR Campania, Sez. I sent.6910/2007; T.A.R. Puglia Bari, sez. II, sent n. 2125/2006

[5] Cfr. TAR Campania, Sez. III sent.3128/2007; . TAR Campania, Sez. II sent.6672/2007

[6] Cfr. TAR Emilia-Romagna - Sez. I, sent.1783/2007; T.A.R. Piemonte Sez. I, sent n. 503/2007

[7] cfr. TAR Piemonte, sez.I, sent.503/2007 e T.A.R. Lazio, sez. I, n. 2553/2006

[8] Cfr. TAR Lazio, Roma, sez. III-ter, n. 6503/2007 e TAR Sicilia, Palermo, sez. II n. 809/2007 e sez. III n. 1528/2005 e Cons. Stato, sez. VI, ord. n. 4519/2006. (tesi restrittiva) e TAR Liguria, sez. II, n. 1678/2006, TAR Sicilia, Sez.I, sent. 1957/2007 e T.A.R. Campania, IV, n. 2641/2006 (tesi comprensiva).

[9] Cfr. TAR Campania,- Sez. VI- sent.5487/2006; TAR Marche, Sez. Pescara, sent.334/2006; TAR Veneto, Sez. II, 3418/2005 e sent.3430/2005;

[10] Cfr. TAR Campania, Napoli - Sez. IV- sent.651/2006, specie nella parte in cui i giudici sostengono che: La introduzione dell'art. 21 octies assume una valenza ulteriore rispetto ai casi in precedenza trattati dalla giurisprudenza, poiché assolve la funzione di impedire che il proliferare delle norme procedurali nel diritto amministrativo, specie a livello regolamentare, possa portare ad un uso distorto delle stesse e ad una strumentalizzazione delle regole endoprocedimentali al solo fine di ottenere la caducazione dell'atto impugnato in sede giurisdizionale. In questa prospettiva, e nei casi previsti, le norme di natura

formale assumono ora una veste di cedevolezza rispetto alle norme di natura sostanziale. La natura cedevole delle norme procedurali si rapporta alla loro valenza finale, essenzialmente strumentale al perseguimento dell'interesse sostanziale fatto valere dall'interessato. La logica della cedevolezza dei vizi di natura formale risale al principio di conservazione degli atti giuridici, che trova applicazione laddove sia stato assicurato il "raggiungimento dello scopo". Nella fattispecie, lo scopo si intende raggiunto attraverso la realizzazione dell'interesse sostanziale che sta alla base del rapporto procedimentale tra privato e pubblica amministrazione. Per tale ragione, riconosciuta la natura formale della violazione contestata, per escludere l'annullamento occorre che sia palese che l'atto, pur in assenza del vizio constatato, avrebbe avuto comunque il medesimo contenuto provvedimento negativo per l'interessato. In tal caso non si fa luogo ad annullamento poiché, la eventuale pronuncia di annullamento si rivelerebbe inutiliter data, in quanto la eventuale caducazione dell'atto impugnato non produrrebbe l'effetto voluto dall'interessato, dovendo l'amministrazione, in esecuzione della sentenza, reiterare un provvedimento di contenuto identico a quello annullato. Si introduce così nell'ambito della patologia dell'atto amministrativo una nuova categoria di vizi di legittimità c.d. minori o emendabili, da ritenersi tali in contrapposizione ai vizi sostanziali che resistono alla sanatoria di cui all'art. 21 octies. Ciò premesso, ad avviso del Collegio,

il vizio prospettato con riferimento all'omesso **preavviso di rigetto**, appartiene, senza dubbio, alla categoria dei vizi emendabili ai sensi dell'art. 21 octies della legge n. 241/1990 come innovata dalla legge n. 15/2005.

[11] Cfr. TAR Toscana - Sez.1 Firenze - sent. 147/2007; TAR Sicilia, Palermo, Sez. I, sent.1391/2007; TAR Campania, Napoli, Sez.II, sent.2116/2006

[12] Francesco CARINGELLA, Consigliere di Stato, "**Il nuovo ruolo del G.A.: articolo 21 OPTIES legge 241**" in www.giustizia-amministrativa.it

[13] Cfr. Consiglio di Stato - sez.IV - sent.3608/2006

[14] Francesco CARINGELLA, op.cit.

[15] cfr. TAR Campania, sez.II, sent.1460/2006

[16] cfr. TAR Sicilia, Sez.I, sent. 1959/2007

[17] Cfr. Consiglio di Stato - Sez.V - sent.3655/2007

[18] Cfr. Consiglio di Stato - Sez.VI - sent.2596/2007

[19] Cfr. Consiglio di Stato - Sez.VI - ord.4519/2006; di parere contrario TAR Veneto, I sez., sent.3663/2005, TAR Veneto, III sez., sent.292/2007.

[20] Cfr. TAR Campania, Sezione VI, sent.1885/2007

[21] TAR Toscana, III sez., sent. 1013/2007, in cui si legge al proposito: "Va esaminata con priorità la censura procedimentale che lamenta difetto di contraddittorio nel procedimento, in violazione dell'art 10 bis della legge n. 241/90, non avendo il Comune

reso note alla società istante le ragioni ostative all'accoglimento della domanda.

La finalità della norma invocata, tuttavia, non pare possa consentire la sua applicazione in maniera rigorosamente produttiva di illegittimità

del provvedimento ogni qual volta essa risulti violata. Se è infatti vero, ed emerge dalla relazione al disegno di legge (CD, n.3890), che la disposizione tende a limitare il contenzioso tra cittadino e pubblica amministrazione, deve però anche prendersi atto che la finalità collaborativa della disposizione trova sua ragione, e nel contempo si esaurisce, nello stesso termine di conclusione del procedimento, e che la eventuale sentenza di annullamento per violazione dell'art. 10bis

non precluderebbe all'Amministrazione di rinnovare la medesima determinazione adempiendo al dettato della norma, cioè indicando nuovamente le medesime ragioni già adottate col provvedimento annullato.

Tale rigorosa conclusione applicativa dell'art. 10bis, che pare peraltro ben lontana dal principio di economicità del procedimento amministrativo, pare al Collegio debba ragionevolmente evitarsi nelle fattispecie in cui le motivazioni ostative siano state diffusamente esposte dal provvedimento finale e soprattutto parte ricorrente non dimostri la loro illegittimità (su tale punto si rinvia all'esito della censura esaminata al punto 2.e). Conclusivamente su tale aspetto ritiene il Tribunale che il motivo di violazione dell'art. 10 bis, non conducendo ad alcuna utilità sostanziale, non sia assistito da un interesse sostanziale, risultando inammissibile”.

<https://www.diritto.it/l-art-10-bis-della-l-24190-garanzia-di-partecipazione-del-cittadino-o-perdita-di-tempo-per-la-p-a/>