



Università degli studi di Padova

Dipartimento di Diritto Privato e Critica del diritto

Dipartimento di Diritto Pubblico

Corso di laurea in Giurisprudenza

a.a. 2023/2024

Titolo Tesi: Il preavviso di rigetto nella teoria del procedimento amministrativo

Relatore: Prof.ssa Patrizia Marzaro

Studente: Luca Giacomello

Sommario

Partecipazione procedimentale e preavviso di rigetto	5
1. <i>Cenni storici e introduttivi</i>	<i>5</i>
1. <i>Verso la l. 241/1990: le novità e la prassi applicativa</i>	<i>7</i>
2. <i>Democraticità e parità nella partecipazione procedimentale.</i>	<i>12</i>
3. <i>Gli istituti partecipativi e il loro significato nel procedimento</i>	<i>20</i>
4. <i>I motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza: l'art. 10-bis</i>	<i>24</i>
5. <i>Le funzioni partecipative</i>	<i>34</i>
6. <i>Il fondamento costituzionale ed europeo</i>	<i>41</i>
Comunicazione dei motivi ostativi: storia interpretativa prima del	
d.l. "semplificazioni" (d.l. 76/2020).....	49
1. <i>Gli interventi sull'art. 10 bis l. 241/1990</i>	<i>49</i>
2. <i>Applicabilità ed esclusioni del preavviso</i>	<i>51</i>
3. <i>La natura endoprocedimentale del preavviso</i>	<i>64</i>
4. <i>La possibile impugnabilità del preavviso</i>	<i>66</i>
5. <i>Rapporti fra il preavviso e il silenzio c.d. significativo</i>	<i>68</i>
6. <i>Collocazione del preavviso nel procedimento amministrativo e competenza</i> <i>all'adozione dell'atto.....</i>	<i>74</i>
7. <i>L'inerzia del privato provoca acquiescenza?</i>	<i>80</i>
8. <i>Contenuto e motivazione del preavviso.....</i>	<i>84</i>
9. <i>I rapporti fra art. 10-bis e art. 21-octies prima del d.l. 76/2020</i>	<i>95</i>
10. <i>Le tempistiche e i termini procedurali: interruzione o sospensione?....</i>	<i>109</i>
Le ultime modifiche del d.l. 76/2020	116
1. <i>La nuova preclusione dell'art. 10-bis</i>	<i>117</i>
2. <i>Il rafforzamento della motivazione dopo le ultime modifiche</i>	<i>130</i>

3. <i>Il nuovo rapporto con la dequotazione dei vizi formali</i>	133
4. <i>Sospensione dei termini procedurali dopo la riforma</i>	137
5. <i>Conclusioni e ultimi rilievi critici</i>	140
Bibliografia	146
<i>Dottrina e fonti</i>	146
<i>Giurisprudenza</i>	152

Partecipazione procedimentale e preavviso di rigetto

1. Cenni storici e introduttivi

La partecipazione procedimentale, benché definitivamente consacrata dalle più recenti riforme – e particolarmente dalla l. 241/1990 – non rappresenta certo un’indiscussa novità nell’ordinamento amministrativo, essendo già riconosciuta, quantomeno embrionalmente, da pregresse discipline legislative o normative settoriali.

Già la stessa legge del 20 Marzo 1865, n. 2248, ed in particolare l’art. 3 dell’allegato E, alludeva alla presentazione di deduzioni ed osservazioni scritte che precedono l’adozione del provvedimento, le quali necessariamente implicano un’interlocuzione partecipativa fra amministrazione e privato interessato¹. La giurisprudenza tuttavia, togliendo alcune isolate eccezioni², ha sempre circoscritto l’applicazione della fattispecie alle sole procedure contenziose, mai richiedendo all’amministrazione un procedimento generalmente partecipato che coinvolgesse le parti interessate e garantisse un paritario contraddittorio³. Si è inoltre notato⁴ come sia disposizioni speciali sia delle avvedute e ben risalenti sentenze del Consiglio di Stato riconoscessero all’interessato delle facoltà partecipative anche anteriormente alla riforma, pur ricorrendo specifici e limitanti presupposti⁵. L’applicazione di istituti partecipativi sarebbe quindi stata condizionata all’integrazione di specifici requisiti, dinanzi ai quali il legislatore e la giurisprudenza avrebbero ritenuto opportuna un’interlocuzione collaborativa fra le parti; o ad ambiti materiali

¹ M. C. ROMANO, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, in *L’azione amministrativa*, a cura di Alberto Romano, Torino, Giappichelli, 2016, p. 284; P. CHIRULLI, *La partecipazione al procedimento*, in *Principi e regole dell’azione amministrativa*, a cura di Maria Alessandra Sandulli, Terza edizione, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2020, p. 292.

² Tar. Toscana, Firenze, 647/1987.

³ F. SAITTA, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, in AA.VV., *Percorsi di diritto amministrativo*, Torino, G. Giappichelli editore, 2014, p. 247.

⁴ M. C. ROMANO, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, in *L’azione amministrativa*, a cura di Alberto Romano, Torino, Giappichelli, 2016, p. 284.

⁵ Cons. Stat., Sez. IV, 423/1895.

particolarmente sensibili che invece richiedessero un attivo coinvolgimento del privato interessato.

Inoltre, l'attrazione nei riguardi di forme e garanzie partecipative si rivela anche nei dibattiti presso l'Assemblea Costituente, durante i quali ci si confronta riguardo alla possibile partecipazione popolare nell'attività amministrativa, che avrebbe dovuto democraticamente rafforzare le libertà sociali e politiche del cittadino. L'emendamento, che avrebbe dovuto essere apposto alla fattispecie dell'art. 97, è tuttavia ritenuto superfluo dall'Assemblea e quindi soppresso, rilevando come il testo costituzionale già ancorasse democraticamente l'attività amministrativa alle assemblee rappresentative, cosicché menzionare la partecipazione popolare sarebbe stato eccessivo e sovrabbondante⁶. Ciò non toglie tuttavia, che il legislatore avrebbe potuto sottoporre le amministrazioni al controllo popolare, riconoscendo degli ulteriori ed eventuali mezzi utili ad una partecipazione diretta, ma sempre avvalendosi delle forme legislative ordinarie⁷. Tantopiù, il pregnante valore della partecipazione nel testo costituzionale è provato anche dal primo progetto proposto dalla Commissione, ancorché successivamente riformato. Infatti, la partecipazione, anche se riferita ai soli "lavoratori", era citata proprio dall'Art. 1, dimostrando come la Repubblica si incardinasse sul solidale coinvolgimento della comunità, nel quale avrebbe dovuto anche esprimersi la sovranità popolare consacrata dalla disposizione stessa⁸. D'altra parte, la relazione allegata al progetto costituzionale conferma ulteriormente come "spetta ai cittadini di partecipare attivamente alla gestione della cosa pubblica, rendendo effettiva e piena la sovranità popolare"⁹. Nonostante l'approvazione degli emendamenti modificativi, l'inciso, sottratto

⁶ Ci si riferisce, in particolare, all'emendamento firmato La Rocca-Togliatti: "*La legge determina i modi e le forme in cui si esercita il controllo popolare sulle pubbliche amministrazioni*". La soppressione è suggerita dall'on. Tosato, rappresentante della c.d. Commissione dei Settantacinque.

⁷ P. MEZZANOTTE, *Principio democratico e partecipazione alla decisione pubblica*, in *Federalismi.it*, n. 23/2020, pp. 138-139.

⁸ "L'Italia è una Repubblica democratica. /La Repubblica italiana ha per fondamento il lavoro e la partecipazione effettiva di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese. /La sovranità emana dal popolo ed è esercitata nelle forme e nei limiti della Costituzione e delle leggi.", *Progetto di costituzione della Repubblica Italiana, Disposizioni generali*.

⁹ M. RUINI, Progetto di Costituzione della Repubblica Italiana, relazione del presidente della Commissione per la Costituzione, Presentata alla Presidenza dell'Assemblea Costituente il 6 febbraio 1947.

dal testo della prima disposizione costituzionale, è semplicemente stato traslato e aggiunto all'Art.3, che garantisce un' "effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese."¹⁰. Inserita nell'Art. 3, la partecipazione diventa quindi un'intenzione programmatica, che vincola e orienta la futura attività legislativa, piuttosto che un valore precettivo e definitivamente realizzato.¹¹ Se, invece, fosse sopravvissuta l'originaria formulazione del primo dispositivo costituzionale, allora la partecipazione sarebbe stata erroneamente considerata già una conquista acquisita nell'ordinamento.

Anche se il riferimento costituzionale alla partecipazione sembrerebbe rapportato all'associazione politica e alla solidarietà sociale, illustre dottrina ha notato come sia necessario attualizzare le prescrizioni costituzionali anche nell'ordinamento amministrativo. D'altra parte, "se la Costituzione prevede la possibilità di una partecipazione diretta del popolo all'amministrazione della giustizia (art. 102), non si vede perché non dovrebbe essere ammessa una partecipazione del popolo anche nel campo della pubblica amministrazione"¹².

1. Verso la l. 241/1990: le novità e la prassi applicativa

Già nei decenni precedenti l'approvazione della legge procedimentale si erano sollevate delle voci dottrinali critiche riguardo alle evidenti insufficienze delle esistenti discipline che non adeguatamente riconoscevano gli apporti partecipativi degli interessati, né garantivano protezione giustiziale e una solidale cooperazione civica¹³. Nel procedimento amministrativo, insomma, mancavano delle garanzie che, mutate dalla disciplina processuale, avrebbero potuto includere la cittadinanza, responsabilizzare gli interessati e rappresentare un

¹⁰ Art. 3 Cost.

¹¹ P. MEZZANOTTE, *Principio democratico e partecipazione alla decisione pubblica*, in *Federalismi.it*, n.23/2020, p.145.

¹² Cfr. le parole di Feliciano Benvenuti riportate in G. CORSO, *Feliciano Benvenuti e l'attività amministrativa*, in *Jus: rivista di scienze giuridiche*, 2-3/2008, p. 351.

¹³ Ci si riferisce, in particolare, a Feliciano Benvenuti; si veda F. SAITTA, *Il procedimento amministrativo paritario nel pensiero di Feliciano Benvenuti*, in *Amministrare*, 3/2011, pp. 461-462.

mezzo utile alla promozione pluralistica del tessuto sociale¹⁴. Tra l'altro, si notava come il legislatore italiano tardasse nel riconoscimento di ulteriori garanzie procedurali che altri ordinamenti europei invece da tempo consacravano, come l'Austria e la Germania¹⁵. L'evidente ritardo è dovuto e segnato proprio dalla mancanza di una disciplina procedimentale generale, che ha condotto l'amministrazione ad astrarsi dalla società, isolandosi nelle attività esecutive e sottraendosi ad una partecipazione democratica.¹⁶

Dopo anni di studi e di proposte dottrinali, il legislatore revisiona organicamente il procedimento amministrativo proponendone una compiuta e sistematica disciplina, ma tendenzialmente ancorata a solidi e noti approdi giurisprudenziali: la l. 241/1990 intende quindi scandire le sequenze procedurali recuperando interpretazioni già esistenti ma, al contempo, anche ridisegnando innovativamente le posizioni dell'amministrazione nei riguardi del privato. La disciplina procedimentale si arresta su postulati valoriali che interamente avrebbero dovuto ispirare le attività dell'amministrazione, rinunciando a dettagli normativi che ne avrebbero irrigidito le forme e compromesso l'efficienza¹⁷. Il legislatore avrebbe quindi inevitabilmente consegnato l'applicazione puntuale alla giurisprudenza, che, cogliendo le particolarità delle singole fattispecie, avrebbe conformato gli assiomi legislativi alle puntuali circostanze e vicende sociali.

La legge procedimentale dedica quindi alla partecipazione amministrativa l'intero Capo III, disciplinando termini, mezzi e forme con le quali gli apporti del privato possano innestarsi nel procedimento. Fra i mezzi utili alla partecipazione degli interessati si possono citare anzitutto la comunicazione relativa all'avvio del procedimento (art. 7), l'intervento procedimentale (art. 9),

¹⁴ G. CARLOTTI, *La partecipazione procedimentale: Feliciano Benvenuti e la riforma della legge n. 241 del 1990*, in *Jus, rivista di scienze giuridiche*, 2-3/2008, p. 357.

¹⁵ F. SAIITA, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, in AA.VV., *Percorsi di diritto amministrativo*, Torino, G. Giappichelli editore, 2014, pp. 247-248.

¹⁶ F. SAIITA, *Il procedimento amministrativo paritario nel pensiero di Feliciano Benvenuti*, in *Amministrare*, 3/2011, pp. 461-462.

¹⁷ M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, quarta edizione, Bologna, Il Mulino, 2019, p. 240.

la comunicazione sui motivi ostativi (art. 10 bis, aggiunto a seguito della riforma del 2005), ma anche gli accordi integrativi o sostitutivi (art. 11).

Eppure, se si considera l'effetto della riforma sulla partecipazione amministrativa, la portata innovativa dell'intervento legislativo si coglie non tanto nella particolare originalità dei contenuti, ispirati dall'esistente giurisprudenza, quanto piuttosto nella generalizzazione delle procedure partecipative fino ad allora applicabili solo sporadicamente od occasionalmente¹⁸. Il legislatore intende quindi superare i perimetri materiali entro i quali si costringevano i mezzi partecipativi, imponendone una applicazione generalizzata. La sequenza procedimentale è scandita incorporandovi segmenti partecipativi sui quali si incardina il rapporto collaborativo fra amministrazione e privato. Le disposizioni del Capo dedicato alla partecipazione si applicheranno quindi ad ogni procedimento amministrativo, esclusi i casi espressamente definiti derogatori dalla disciplina stessa, che allude alla dovuta celerità del procedimento (art. 7) oppure a particolari attività amministrative, preordinate all'adozione di atti normativi, generali, pianificatori o programmatori (art.13)¹⁹. Tuttavia, nel secondo dei casi citati, la fattispecie da un lato esclude l'applicazione del Capo, ma, dall'altro, conferma i regimi speciali, che frequentemente disciplinano degli autonomi interventi partecipativi, eccedenti ed irriducibili alle disposizioni generali.

Riassumendo, si può notare come la riforma abbia definitivamente sovvertito il paradigma esistente: se prima i regimi partecipativi si sarebbero applicati solo nei procedimenti per i quali fossero esplicitamente imposti, oggi, viceversa, si deroga alle disposizioni del Capo nei soli casi definiti dal legislatore.

¹⁸ M. C. ROMANO, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, in *L'azione amministrativa*, a cura di Alberto Romano, Torino, Giappichelli, 2016, p. 284. Conferma l'interpretazione dottrinale anche la giurisprudenza. In particolare, Cons. Stato, sez. VI, 1453/2022, afferma che “legge n. 241/1990 ha esteso la regola del contraddittorio a tutti i procedimenti con la sola eccezione di quelli previsti dalla legge stessa.

¹⁹ *Ibidem*. Prescrivono rispettivamente gli art. 7 e 13 che: si debba omettere la comunicazione di avvio “ove non sussistano ragioni di impedimento derivanti da particolari esigenze di celerità del procedimento”; e che “Le disposizioni contenute nel presente Capo non si applicano nei confronti dell'attività della pubblica amministrazione diretta all'emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione.”

Ancora, se i valori partecipativi devono permeare interamente il procedimento amministrativo, imponendone il legislatore un'applicazione generalizzata, allora ogni eccezione o circostanza derogatoria deve sempre essere sottoposta ad interpretazioni restrittive²⁰.

Tuttavia, la reale portata innovativa della riforma non può apprezzarsi adeguatamente prescindendo dalle interpretazioni offerte dalla dottrina e dall'effettiva applicazione della giurisprudenza, chiamata a calarne i contenuti nella realtà sociale. La dottrina e parte della giurisprudenza amministrativa, anche più recenti, si sono dimostrate sensibili alle novità portate dalla riforma, valorizzando gli effetti della partecipazione procedimentale e addirittura proponendone una forma allargata, disancorata all'interesse specifico vantato dall'interventore²¹. Ciononostante, la giurisprudenza prevalente, specie appena successiva alla riforma, ha accolto diversamente la novella. Se proprio nella prassi si vivifica e si coglie la portata della novità regolatoria, allora gli effetti della riforma, accolta frequentemente da una giurisprudenza ostile, sono stati mitigati da interpretazioni restrittive e limitative. L'applicazione giurisprudenziale si è difatti rivelata incline ad una lettura per lo più formalistica e delle garanzie partecipative, certamente da un lato preferendo l'efficienza e la celerità del procedimento, ma, dall'altro, sacrificando la democratica partecipazione della società civile²². Per altro, la stessa legge procedimentale disciplina l'attività amministrativa conciliando necessità spesso confliggenti: da un lato le garanzie partecipative accordate al privato, dall'altro la celerità e la semplificazione, che nonostante le sollecitazioni comunitarie²³, sono state frequentemente preferite dalle interpretazioni giurisprudenziali. La disciplina rivela pertanto una natura evidentemente compromissoria, dovendo temperare necessità differenti, di

²⁰ F. SAIITA, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, in AA.VV., *Percorsi di diritto amministrativo*, Torino, G. Giappichelli editore, 2014, pp. 247-248.

²¹ M. R. SPASIANO, *Nuovi approdi della partecipazione procedimentale nel prisma del novellato preavviso di rigetto*, in *Il diritto dell'economia*, 2/2021, p. 30.

²² D. VAIANO, *Preavviso di rigetto e principio del contraddittorio nel procedimento amministrativo*, in *Giustamm.it*, n. 6/2007.

²³ M. C. ROMANO, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, in *L'azione amministrativa*, a cura di Alberto Romano, Torino, Giappichelli, 2016, p. 284.

cui l'una limita necessariamente l'altra, e che sono espressamente citate dall'art. 1 della stessa legge procedimentale²⁴. Ebbene, la giurisprudenza ha spesso disconosciuto le effettive potenzialità della partecipazione procedimentale, riducendo talvolta i mezzi partecipativi a dei semplici adempimenti formali. Inoltre, l'ambiguità del legislatore, che a parte della dottrina²⁵ è sembrato da un lato riconoscere e rafforzare le garanzie procedimentali, dall'altro deprezzarne il valore applicativo, ha assecondato la giurisprudenza più incline alle interpretazioni restrittive. Infatti i successivi interventi legislativi che hanno novellato il testo della legge procedimentale hanno certamente valorizzato le prerogative accordate al privato garantendo al contempo l'efficienza dell'attività amministrativa, ma – sembrerebbe – quasi al punto da frustrare le aspettative partecipative poco prima riconosciute²⁶. Nonostante tutto, decorso più di un trentennio dall'approvazione della legge procedimentale, si è rilevato come gli interpreti siano sempre più inclini al riconoscimento delle garanzie partecipative, viste anche le opportunità che l'amministrazione ricava dall'intervento degli interessati, raccogliendo quante più informazioni utili all'istruttoria procedimentale²⁷.

Ma, prima delle applicazioni giurisprudenziali, non si può evitare di considerare che le garanzie procedimentali si inverano anzitutto nella prassi amministrativa. L'effettiva realizzazione delle intenzioni legislative non può semplicemente discendere dalle interpretazioni testuali o da semplici dogmi dottrinali, ma si confronta con le risorse, il personale (spesso numericamente insufficiente, ancorché motivato) e le capacità dell'amministrazione, chiamata

²⁴ M. C. ROMANO, 2012, *Modelli partecipativi tra garanzia ed efficienza. L'ascendenza pretoria delle scelte legislative sul procedimento* [online], in *Amministrazione in cammino, Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione*, disponibile su <https://www.amministrazioneincammino.luiss.it>, [data di accesso: 27/10/2023].

²⁵ D. VAIANO, *Preavviso di rigetto e principio del contraddittorio nel procedimento amministrativo*, in *Giustamm.it*, n. 6/2007.

²⁶ *Ibidem*, ci si riferisce in particolare all'art. 21-octies, che giustifica la dequotazione dei vizi formali, inducendo la giurisprudenza a ritenere tali anche illegittimità derivanti dalla trasgressione delle disposizioni partecipative.

²⁷ M. R. SPASIANO, *Nuovi approdi della partecipazione procedimentale nel prisma del novellato preavviso di rigetto*, in *Il diritto dell'economia*, 2/2021, p. 31.

rimodulare le proprie attività osservando lo spirito della riforma²⁸. L'effettiva utilità della partecipazione presuppone la disponibilità dell'amministrazione, che deve rapportarsi alla controparte dimostrandosi interlocutrice reale e sensibile, non certo "prevenuta e arroccata sulle proprie posizioni"²⁹. La dottrina nota invece come l'accoglimento delle novità legislative si sia rivelato deludente, considerando l'immobilità delle pubbliche amministrazioni, incapaci di rinnovare le proprie attività procedimentali e di garantire un aggiornamento professionale al proprio personale. Ancora, la conduzione dell'attività amministrativa nasconde ancora degli evidenti pregiudizi nei riguardi della partecipazione pubblica, che inducono gli apparati burocratici ad isolarsi dalla società, ritenendosi depositari di attribuzioni che garantiscono una posizione sovraordinata ed insindacabile. Ecco allora che la partecipazione diventa per l'amministrazione non più un'opportunità utile al confronto dialettico e all'efficientamento procedimentale, ma un'intrusione della società nell'apprezzamento discrezionale, che ostacola l'esercizio unilaterale delle prerogative di cui l'amministrazione stessa, vista l'investitura legislativa, è esclusivo titolare e beneficiario³⁰.

2. *Democraticità e parità nella partecipazione procedimentale.*

Disciplinando generalmente l'attività amministrativa e le concatenazioni procedimentali, la riforma richiede un'intensa collaborazione fra privato e pubblica amministrazione, che si realizza anzitutto nell'attivo coinvolgimento delle parti interessate e nella partecipazione istruttoria del privato destinatario del provvedimento. Autorevole dottrina ha riconosciuto un valore aggiuntivo

²⁸ *Ivi*, pp. 35-36.

²⁹ M. BROCCA, *Il preavviso di diniego e la costruzione della decisione amministrativa (nota a Tar. Campania, Napoli, sez. III, 7 gennaio 2021, n. 130)*, in www.giustiziasieme.it, 25/02/2021.

³⁰ M. R. SPASIANO, *Nuovi approdi della partecipazione procedimentale nel prisma del novellato preavviso di rigetto*, in *Il diritto dell'economia*, 2/2021, p. 31; F. SAITTA, *Il procedimento amministrativo paritario nel pensiero di Feliciano Benvenuti*, in *Amministrare*, 3/2011, P. 468. In particolare, Saitta nota che "per evidenti limiti culturali, le amministrazioni pubbliche continuano a vivere tale partecipazione come un inutile fastidio".

alla partecipazione procedimentale, che, quantomeno apprezzata negli astratti disegni legislativi, segna l'apertura del procedimento alla società civile e quindi la democratizzazione dell'attività amministrativa³¹. In particolare, proprio la disciplina generale sul procedimento (l. 241/1990), che ha ridisegnato il profilo e l'attività delle pubbliche amministrazioni, avrebbe inaugurato una "evoluzione, democraticamente ispirata, dei rapporti fra amministrazione e cittadino"³². La disponibilità delle pubbliche amministrazioni nei riguardi della società segna quindi la costruzione di una cittadinanza amministrativa inclusa democraticamente nel procedimento e attivamente coinvolta nelle attività decisionali³³.

La democraticità del procedimento si esprime declinandosi quindi in forme differenti, di cui l'una inevitabilmente completa ed integra l'altra. Da un lato nell'amministrazione si riverbera indirettamente la rappresentatività democratica delle assemblee legislative, delle cui volontà la stessa è esecutrice. L'attività amministrativa quindi si ancora al circuito democratico nella misura in cui è preordinata all'esecuzione di una volontà che si esprime nella legge e che è intrinsecamente connotata da un'intenzione politica. Dall'altro lato, il procedimento amministrativo accoglie le istanze sociali e si apre alla partecipazione, la quale coinvolge il privato interessato individualmente all'esito provvedimentale, ma anche formazioni associative, rappresentanti categorie professionali o comunità territoriali. Il contatto con la società garantisce una partecipazione democratica nel procedimento, di modo da coinvolgere nell'esecuzione amministrativa anche le parti effettivamente interessate. Si può dire quindi che la pubblica amministrazione tragga la propria legittimazione

³¹ Ci si riferisce particolarmente alle posizioni di Feliciano Benvenuti, efficacemente riassunte in F. SAITTA, *Il procedimento amministrativo paritario nel pensiero di Feliciano Benvenuti*, in *Amministrare*, 3/2011, pp. 457 ss.; G. PEPE, *Il modello della democrazia partecipativa tra aspetti teorici e profili applicativi. Un'analisi comparata*, Milano, Cedam, 2020, p. 20.

³² F. MARTINES, *Partecipazione procedimentale e garanzie dei privati. L'esperienza dell'ordinamento tributario. Luci ed ombre*, in *www.giustamm.it*, 5/2007.

³³ M. TIMO, *Cittadinanza amministrativa e democrazia partecipativa*, in *Osservatorio costituzionale*, 3/2016. Si è pronunciata concordemente anche la giurisprudenza: Cons. Stato, Sez. IV, 248/2000 nota, ad esempio, che l'obbligo di comunicazione di avvio del procedimento è finalizzato ad "attuare una democratizzazione ed una trasparenza nell'esercizio della attività pubblica". In Cons. Stato, Sez. VI, 1882/2003.

democratica congiuntamente dalla legge, nella quale si esprime la sovranità popolare e che ne conforma le attività, e dalla società stessa, che partecipa al procedimento condizionandone gli esiti³⁴.

La necessità di un apporto democratico ascendente, diretto dalla società all'amministrazione, diventa tanto più evidente considerando la spiccata parcellizzazione delle istanze sociali e il crescente pluralismo, che hanno compromesso la capacità istituzionale di una sintesi politica e rappresentativa. Inoltre il costituente riconosceva una eminente posizione nella democrazia rappresentativa proprio all'associazionismo partitico, la cui rappresentatività è tuttavia costantemente declinata, visto per un verso il logoramento delle identità ideologiche e, per l'altro, la proliferazione pluralistica del tessuto sociale. Se si è ormai parzialmente deteriorata la rappresentatività istituzionale, allora l'intervento procedimentale della società civile rappresenta una garanzia democratica ulteriore, mediante la quale l'amministrazione valorizza anche la singolarità di istanze sempre più differenziate, che difficilmente possono ormai essere assorbite dai tradizionali canali preposti alla mediazione partitica e rappresentativa³⁵. Coinvolgendo la società civile, l'amministrazione apprezza e compone adeguatamente ogni possibile interesse, pubblico o privato, inerente al procedimento, rimediando ai difetti rappresentativi che rendono "la legislazione ormai inidonea come luogo di risoluzione del conflitto sociale"³⁶.

D'altra parte, frequentemente il legislatore, ormai incapace di mediare fra appartenenze sociali plurime e spiccatamente differenziate, consegna all'amministrazione stessa l'identificazione di interessi pubblici cui preordinare

³⁴ P. MEZZANOTTE, *Principio democratico e partecipazione alla decisione pubblica*, in *Federalismi.it*, n.23/2020, pp.148; M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, quarta edizione, Bologna, Il Mulino, 2019, p. 72; A. CAUDURO, *La partecipazione amministrativa come trasparente "associazione" o "dissociazione" dalle scelte dell'amministrazione pubblica*, in *diritto amministrativo*, 1/2022, p. 184.

³⁵ Si segnala che numerosa dottrina si è soffermata sul significato di una democrazia partecipativa e sui motivi, anche sociologici, che hanno indotto all'apertura delle amministrazioni nei confronti della società. Fra gli altri, si veda P. MEZZANOTTE, *Principio democratico e partecipazione alla decisione pubblica*, in *Federalismi.it*, n.23/2020, pp. 140-143; M. TIMO, *Cittadinanza amministrativa e democrazia partecipativa*, in *Osservatorio costituzionale*, 3/2016, p. 2. Ancora, la riflessione sulla crisi della forma legislativa e il rimedio rappresentato dall'apertura dell'amministrazione alla partecipazione procedimentale è approfondita da Carlo Pennisi, le cui tesi sono efficacemente riproposte in M. A. QUIROZ VITALE, *Partecipazione al procedimento amministrativo, scelte pubbliche ed istituti di garanzia: il nuovo ruolo del difensore civico*, in *Sociologia del diritto*, 3/2010, pp. 167-169.

³⁶ F. SAIITA, *Il procedimento amministrativo paritario nel pensiero di Feliciano Benvenuti*, in *Amministrare*, 3/2011, p. 460.

le proprie attività³⁷. L'attività amministrativa non si riduce più solamente nella neutrale esecuzione del precetto legislativo, ma tocca considerazioni ed esami discrezionali, anche connotati da una evidente tecnicità e difficilmente distinguibili dall'apprezzamento politico³⁸. Si è scritto, a proposito, che “l'interesse pubblico è sempre meno «dato» dalle norme e sempre più, invece, «interpretato» nel corpo vivente del procedimento amministrativo”³⁹. Rappresentano plasticamente il caso le autorità indipendenti, spesso preposte alla regolazione di specifici ambiti settoriali ma al contempo estranee e distanti dal circuito rappresentativo. Il legislatore quindi bilancia l'irresponsabilità politica e la neutralità rappresentativa dell'autorità corroborando il contraddittorio amministrativo e prescrivendo l'applicazione di procedimenti quanto più trasparenti e partecipati⁴⁰. Allora l'intervento della società civile si rende tanto più necessario: atteso che anche l'esecuzione incorpora oggi un proprio valore politico, il difetto rappresentativo dell'amministrazione è recuperato da una democratica partecipazione procedimentale, con la quale la società concorre direttamente alla definizione degli esiti decisori. La democratizzazione amministrativa passa quindi attraverso il riconoscimento di prerogative mediante le quali gli interessati compartecipano all'esercizio delle pubbliche funzioni intervenendo nel procedimento⁴¹. Se invece l'amministrazione rimanesse isolata dalla società e impermeabile alle specifiche esigenze che ne derivano, allora si ritirerebbe in un'attività esecutiva oscura, impenetrabile e disancorata dalle reali necessità, ormai difficilmente incorporate

³⁷ A. PAIANO, *La partecipazione nell'attività vincolata dell'amministrazione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1/2022, p. 93.

³⁸ M. R. SPASIANO, *Nuovi approdi della partecipazione procedimentale nel prisma del novellato preavviso di rigetto*, in *Il diritto dell'economia*, 2/2021, pp. 32-33.

³⁹ R. FERRARA, *La partecipazione al procedimento amministrativo: un profilo critico*, in *Diritto amministrativo*, 2/2017, p. 215.

⁴⁰ S. DEL GATTO, *La partecipazione ai procedimenti di regolazione delle Autorità indipendenti*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 9/2010, pp. 947-954. Si veda in tal senso Cons. Stat., Sez. VI, 1215/2010, sentenza di cui l'articolo citato è commento; SERGIO FOA, *Autorità di regolazione, nuovo indirizzo politico e cattura dal mercato*, in *Diritto amministrativo*, 4/2020, pp. 774-775.

⁴¹ R. PROIETTI, *Commentario alla legge sul procedimento amministrativo*, a cura di Solveig Cogliani, Padova, Cedam, 2007, pp. 216-217. Inoltre, commentando le tesi di Feliciano Benvenuti, Fabio Saitta scrive: “Il procedimento partecipato, dunque, da forma di esercizio del potere si è trasformato in mezzo attraverso cui si attua la democratizzazione del potere stesso”. F. SAITTA, *Il procedimento amministrativo paritario nel pensiero di Feliciano Benvenuti*, in *Amministrare*, 3/2011, p. 460.

nelle regolazioni legislative. Sia assiste pertanto ad una trasfigurazione amministrativa che porta alla “sostituzione, da una democrazia centralizzata ed indiretta (rappresentativa), di una democrazia «comunitaria»”,⁴² che coinvolge attivamente la cittadinanza e i corpi sociali, attraendo anche il privato nelle procedure decisorie.

La piega democratica della riforma è confermata dall’inversione dei rapporti fra il privato e l’amministrazione: il Capo riservato alla partecipazione disegna un modello amministrativo differente ed innovativo, per il quale il privato non è considerato solo il succube destinatario di un provvedimento già compiuto e perfetto, che ne subisce passivamente gli effetti, ma concorre all’esercizio procedimentale, condizionando la sequenza degli atti che definiscono il procedimento stesso, nonché il contenuto della risoluzione finale. Gli schemi tracciati dalla riforma superano quindi la tradizionale distanza fra l’amministrazione e il privato⁴³, segnata particolarmente dalla tipica unilateralità e dall’autoritatività del provvedimento, i cui effetti si declinano indipendentemente sia dalle volontà del destinatario che da un qualsiasi contributo partecipativo. Ad un’amministrazione sovraordinata ed autoritaria, cui il legislatore riconosce un indiscusso primato sul privato, si sostituiscono quindi rapporti collaborativi e paritari, per i quali le parti sono chiamate ad una prolifica e fruttuosa cooperazione partecipativa⁴⁴. Privato e amministrazione concorrono quindi paritariamente all’esercizio procedimentale, tanto da ritenere come il provvedimento conclusivo non possa più incorporare solamente una volontà autoritativa dell’amministrazione stessa, avendo anche l’interessato

⁴² M. NIGRO, *Il nodo della partecipazione*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1/1980, p. 228.

⁴³ M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, quarta edizione, Bologna, Il Mulino, 2019, pp. 241-243.

⁴⁴ P. AMOVILLI, *La comunicazione dei motivi ostativi all’accoglimento dell’istanza fra partecipazione, deflazione del contenzioso e nuovi modelli di contraddittorio ad armi pari*, in www.giustiziamministrativa.it, 2009. Nell’introduzione all’articolo l’autore sostiene che “si assiste cioè alla tendenza a plasmare nuove modalità di esercizio del potere, che privilegino il confronto dialettico in chiave collaborativa mediante nuovi significativi obblighi informativi a carico dell’amministrazione, dando linfa al c.d. contraddittorio procedimentale “ad armi pari”. L’evoluzione paritaria dei rapporti fra le parti nel procedimento amministrativo è confermata anche da A. PAIANO, *La partecipazione nell’attività vincolata dell’amministrazione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1/2022, p. 93.

contribuito al suo perfezionamento⁴⁵. Il privato, che inizialmente era considerato solo un inerte spettatore, partecipando al procedimento diventa quindi anch'esso un amministratore che condivide con la controparte pubblica funzioni e responsabilità⁴⁶. Ancora, se il procedimento deve ritenersi paritario, allora le parti sono gravate reciprocamente dai medesimi obblighi: anzitutto, come l'amministrazione, anche il privato è tenuto ad un'interlocuzione, leale e sincera, ritenendosi responsabile in caso di eventuali inadempimenti⁴⁷. La parzialità dei rapporti le parti richiede inoltre all'interessato la stessa buona fede ed imparzialità alla quale è obbligata l'amministrazione, e che ne ispira interamente l'attività⁴⁸. Tra l'altro, la ricostruzione di un rapporto paritario fra le parti è confermata anche dalla partecipazione negoziale sulla quale si edificano accordi integrativi o sostitutivi, considerato che l'interessato non solo condiziona l'amministrazione, ma parzialmente definisce i contenuti discrezionali del provvedimento⁴⁹. In aggiunta, aprendosi il procedimento alla partecipazione, anche l'interesse pubblico viene riqualificato: non è più soggettivizzato dall'amministrazione, che ne garantisce unilateralmente una compiuta realizzazione, ma diventa la risultante oggettiva di plurime istanze che convergono nel procedimento per

⁴⁵ R. PROIETTI, *Commentario alla legge sul procedimento amministrativo*, a cura di Solveig Cogliani, Padova, Cedam, 2007, p. 230. La riflessione dell'autore citato prosegue inoltre con le seguenti parole: "È corretto, pertanto, valutare (sempre da questo punto di vista) la partecipazione del privato in chiave funzionale allo svolgimento dell'attività amministrativa, poiché è vero che attraverso tale istituto i soggetti pubblici e quelli privati realizzano anche una forma di cooperazione nella gestione del potere amministrativo"

⁴⁶ F. SAIITA, *Il procedimento amministrativo paritario nel pensiero di Feliciano Benvenuti*, in *Amministrare*, 3/2011, pp. 461, 463. Tra l'altro, si nota anche come la corresponsabilità del privato, che contribuisce alla definizione delle decisioni pubbliche corrobora le scelte amministrative, non solo evitando l'eventuale contenzioso, ma anche restituendo rappresentatività alla decisione. In particolare, la condivisione di responsabilità fra amministrazione e privato "garantisce, per un verso, la stabilità delle decisioni riducendo le occasioni di conflitto e, per altro verso, rafforza la legittimazione dell'amministrazione, concorrendo in questo modo a colmare la distanza che la separa dai cittadini e a vincere la sfiducia di questi ultimi nei confronti dell'organizzazione burocratica" (G. CARLOTTI, *La partecipazione procedimentale: Feliciano Benvenuti e la riforma della legge n. 241 del 1990*, in *Jus, rivista di scienze giuridiche*, 2-3/2008, pp. 361-362).

⁴⁷ F. SAIITA, *Il procedimento amministrativo paritario nel pensiero di Feliciano Benvenuti*, in *Amministrare*, 3/2011, pp. 466-467. L'autore nota inoltre come la corrispondenza di obblighi procedurali sia tanto più necessaria dopo l'introduzione dell'art. 10-bis, relativo alla comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza.

⁴⁸ F. SAIITA, *Il procedimento amministrativo paritario nel pensiero di Feliciano Benvenuti*, in *Amministrare*, 3/2011, pp. 468.

⁴⁹ G. CARLOTTI, *La partecipazione procedimentale: Feliciano Benvenuti e la riforma della legge n. 241 del 1990*, in *Jus, rivista di scienze giuridiche*, 2-3/2008, pp. 385-386.

essere misurate e ponderate⁵⁰. Se procedimento si incardina quindi su un rapporto multipolare e bidirezionale fra le parti, allora la corrispondenza dialogica alla quale è ispirato il rapporto fra privato ed amministrazione conduce quindi ad una riconsiderazione democratica e relazionale dell'amministrazione⁵¹.

Parte della dottrina, tuttavia, si è pronunciata criticamente sulle interpretazioni appena proposte, quantomeno ritenendo necessarie ulteriori specificazioni. Difatti la partecipazione al procedimento, che pure garantisce una proficua collaborazione fra le parti, non rende il privato un codecisore che condivide con l'amministrazione scelte e responsabilità. Né necessariamente il dialogo partecipativo al quale si ispira il procedimento implica la pariordinazione delle posizioni del privato e dell'amministrazione, che, in ogni caso, è l'unica beneficiaria delle attribuzioni potestative riconosciute dal legislatore. La partecipazione, dunque, non eradica l'autorità che ancora si imputa all'amministrazione e che si esprime proprio nell'esercizio procedimentale, nonostante la cooperazione, solo eventuale, dell'interessato, né supera le differenze e la distanza fra il titolare di attribuzioni potestative e il destinatario, che ne subisce passivamente gli effetti⁵². Ancora, la contitolarità di funzioni condurrebbe alla confusione delle posizioni pubbliche e private, mentre invece "la dialettica richiede l'alterità tra i due soggetti, necessaria per configurare un confronto"⁵³.

⁵⁰ G. CARLOTTI, *La partecipazione procedimentale: Feliciano Benvenuti e la riforma della legge n. 241 del 1990*, in *Jus, rivista di scienze giuridiche*, 2-3/2008, p. 361. Un'ulteriore conferma si ritrova in F. SAITTA, *Il procedimento amministrativo paritario nel pensiero di Feliciano Benvenuti*, in *Amministrare*, 3/2011, p. 460: "l'interesse pubblico non si configura più come un dato positivamente posto, bensì come risultato di una ponderata comparazione di tutti gli interessi coinvolti nell'esercizio del potere".

⁵¹ P. LAZZARA, *Art. 10-bis – comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza*, in *L'azione amministrativa*, a cura di Alberto romano, Giappichelli, 2016, pp. 383-384. Concordemente si pronuncia anche la giurisprudenza: "Tale obbligo, infatti, [la comunicazione di avvio] è finalizzato alla realizzazione di un'effettiva partecipazione democratica allo svolgimento dell'attività amministrativa"; Tar. Catanzaro, (Calabria) sez. I, 02/02/2006, (ud. 16/12/2005, dep. 02/02/2006), n.84.

⁵² R. PROIETTI, *Commentario alla legge sul procedimento amministrativo*, a cura di Solveig Cogliani, Padova, Cedam, 2007, p. 230; A. CAUDURO, *La partecipazione amministrativa come trasparente "associazione" o "dissociazione" dalle scelte dell'amministrazione pubblica*, in *diritto amministrativo 1/2022*, pp. 184-188.

⁵³ R. PROIETTI, *Commentario alla legge sul procedimento amministrativo*, a cura di Solveig Cogliani, Padova, Cedam, 2007, p. 230.

Nonostante le osservazioni critiche, si è ritenuto che la riforma della l. 15/2005 proseguisse nella stessa direzione già inaugurata dalla legge procedimentale, confermando una sostanziale pariordinazione delle parti e la connotazione paritaria dei rapporti fra privato e amministrazione⁵⁴. L'aggiunto art. 10-bis, che obbliga l'amministrazione ad informare il privato riguardo ai motivi ostativi e ad attivare un contraddittorio endoprocedimentale rafforzato, riprova la paritarietà dei rapporti fra le parti, che si costruiscono su una dialettica bidirezionale e multipolare⁵⁵. Il legislatore, addirittura, sembra aver superato il tradizionale modello partecipativo imperfetto ed unidirezionale: il privato non solo accede alla documentazione amministrativa e presenta memorie (art.10), ma interloquisce con l'amministrazione stessa contestando i motivi preavvisati⁵⁶. Deve considerarsi inoltre che privato ed amministrazione si confrontano reciprocamente su un progetto decisorio in uno stadio procedimentale ormai avanzato, quando ciascuno ormai è consapevole riguardo alla portata dell'affare e l'amministrazione già "ha maturato il proprio convincimento ed è pronta ad esternarlo"⁵⁷. Si approda quindi ad un contraddittorio perfetto, incardinato su uno scambio informativo e su una relazione comunicativa continua ed ininterrotta fra le parti, che si rapportano dialogando paritariamente⁵⁸.

Anche qui, non mancano interpretazioni contrarie: pur intendendo la riforma superare le asimmetrie che connotano i precedenti modelli partecipativi, l'unilateralità della decisione amministrativa esclude una compiuta equiordinazione delle parti. Infatti, quand'anche il privato partecipasse al

⁵⁴ M. CERRETO, *Il novellato preavviso di rigetto ex art. 10-bis l. 241/1990: un nuovo punto di equilibrio nel percorso di parificazione tra p.a. e privato (Modifiche apportate con d.l. 76/2020 convertito con legge n. 120/20)*, in www.giustamm.it, 11/2020.

⁵⁵ F. SAIITA, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, in AA.VV., *Percorsi di diritto amministrativo*, Torino, G. Giappichelli editore, 2014, p. 267.

⁵⁶ M. R. CALDERARO, *Il preavviso di rigetto rafforza il contraddittorio con il cittadino anche nei procedimenti di sanatoria edilizia (nota a Cons. Stato, Sez. VI, 12 aprile 2023, n. 3672)*, in www.giustiziainsieme.it, 7/06/2023.

⁵⁷ M. BROCCA, *Il preavviso di diniego e la costruzione della decisione amministrativa (nota a Tar. Campania, Napoli, sez. III, 7 gennaio 2021, n. 130)*, in www.giustiziainsieme.it, 25/02/2021.

⁵⁸ Si parla infatti frequentemente di un contraddittorio "ad armi pari": a proposito si confrontino P. AMOVILLI, *La comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza fra partecipazione, deflazione del contenzioso e nuovi modelli di contraddittorio ad armi pari*, in www.giustiziamministrativa.it, 2009, par. 1.1; F. SAIITA, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, in AA.VV., *Percorsi di diritto amministrativo*, Torino, G. Giappichelli editore, 2014, p. 267.

procedimento e contraddicendo i motivi ostativi oppostigli, alla sola amministrazione compete la definizione delle soluzioni che meglio realizzino gli interessi pubblici⁵⁹. Il privato certamente vi concorre, ma ogni attribuzione compete esclusivamente all'amministrazione, che adotta il provvedimento finale.

3. *Gli istituti partecipativi e il loro significato nel procedimento*

Se, fino alla riforma, la partecipazione del privato rispondeva alla discrezione della pubblica amministrazione, che avrebbe o meno potuto coinvolgere gli interessati nel procedimento⁶⁰, la l. 241/1990 codifica definitivamente le garanzie partecipative imponendo all'amministrazione di conformarvi le proprie attività. Gli Art. 7 e 8, anzitutto, obbligano l'amministrazione ad informare gli interessati riguardo all'attivazione del procedimento e disciplinano i contenuti della stessa comunicazione⁶¹. Naturalmente, una puntuale informazione riguardo all'esistenza del procedimento è strumentale all'effettiva partecipazione dell'interessato che, consapevole del decorso procedimentale, potrà intervenire e condizionarne gli esiti. Viceversa, se l'interessato, nei cui riguardi il provvedimento è destinato a produrre effetti diretti, non fosse informato riguardo all'attivazione del procedimento stesso, allora sarebbe vanificato il riconoscimento di garanzie partecipative. Ancora, agli interessati, eventualmente pregiudicati dal provvedimento, sarà consentito intervenire nel procedimento (Art. 9), di modo da condizionare le risoluzioni amministrative e prevenire esiti sfavorevoli. Inoltre, l'intervento di associazioni e comitati che accedono alla sequenza

⁵⁹ In particolare la critica alla parificazione fra le parti derivante dall'art. 10-bis è esposta in M. R. CALDERARO, *Il preavviso di rigetto rafforza il contraddittorio con il cittadino anche nei procedimenti di sanatoria edilizia (nota a Cons. Stato, Sez. VI, 12 aprile 2023, n. 3672)*, in www.giustiziainsieme.it, 7/06/2023. Sembra sottintendere la stessa opinione anche M. BROCCA, *Il preavviso di diniego e la costruzione della decisione amministrativa (nota a Tar. Campania, Napoli, sez. III, 7 gennaio 2021, n. 130)*, in www.giustiziainsieme.it, 25/02/2021 quando si dice che la comunicazione bidirezionale e paritaria, seppure non compromette l'autoritatività e l'unilateralità dell'amministrazione, realizza sostanzialmente un contraddittorio sulla decisione".

⁶⁰ R. PROIETTI, *Commentario alla legge sul procedimento amministrativo*, a cura di Solveig Cogliani, Padova, Cedam, 2007, p. 218.

⁶¹ P. CHIRULLI, *La partecipazione al procedimento*, in *Principi e regole dell'azione amministrativa*, a cura di Maria Alessandra Sandulli, Terza edizione, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2020, p. 292.

procedimentale garantisce democratizzazione ed accettabilità sociale dell'attività amministrativa, alla quale concorrono anche parti territorialmente rappresentative: l'esercizio delle attribuzioni riservate all'amministrazione diventa quindi razionale, democratico e dialogico⁶². Gli interventori o i privati partecipanti beneficiano quindi delle prerogative riconosciute dall'Art. 10, potendo visionare gli atti procedimentali, nonché presentare memorie e documenti, che l'amministrazione, ove pertinenti, è tenuta a considerare. Le parti possono anche avvalersi di accordi integrativi o sostitutivi (Art. 11), mediante i quali il privato accede ad una partecipazione negoziale, concordando il contenuto del provvedimento e condividendone le responsabilità⁶³. Si è tuttavia notato come il Capo dedicato alla partecipazione amministrativa frammenti la disciplina differenziandola in rapporto al tipo del procedimento – se discrezionale o vincolato, ad istanza di parte o d'ufficio – o alla natura, normativa o generale, del provvedimento. Pertanto, sembrerebbe che le disposizioni della l. 241/1990, pur disciplinando generalmente il procedimento, abbiano ricostruito dei modelli partecipativi differenziati che, tra l'altro sono stati esposti anche alle interpretazioni pretorie⁶⁴. Ciò non toglie il fatto che, considerata l'innovatività e la sistematicità delle garanzie riconosciute dalla disciplina procedimentale, la riforma abbia disegnato uno statuto applicabile alla cittadinanza amministrativa, comprensivo di diritti, facoltà e attribuzioni strumentali alla partecipazione⁶⁵.

⁶² M. R. SPASIANO, *Nuovi approdi della partecipazione procedimentale nel prisma del novellato preavviso di rigetto*, in *Il diritto dell'economia*, 2/2021, p.31; O. APPERTI, *Partecipazione procedimentale*, in *Procedimento Amministrativo*, a cura di Marcello Clarich e Giuliano Fonderico, Ipsoa, 2015, p. 166; Tar. Sicilia, Catania, Sez. I, 31.1.94, n. 67.

⁶³ G. CARLOTTI, *La partecipazione procedimentale: Feliciano Benvenuti e la riforma della legge n. 241 del 1990*, in paritaria *Jus, rivista di scienze giuridiche*, 2-3/2008, pp.385-386.

⁶⁴ M. C. ROMANO, 2012, *Modelli partecipativi tra garanzia ed efficienza. L'ascendenza pretoria delle scelte legislative sul procedimento* [online], in *Amministrazione in cammino, Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione*, disponibile su <https://www.amministrazioneincammino.luiss.it>, [data di accesso: 27/10/2023]. A dimostrazione di quanto detto, si può notare come di un pluralismo di “modelli partecipativi”, sebbene limitatamente alla legislazione urbanistica, parli anche M. COCCONI, *La partecipazione all'attività amministrativa generale*, Padova, Cedam, 2011, pp. 53 ss.

⁶⁵ R. PROIETTI, *Commentario alla legge sul procedimento amministrativo*, a cura di Solveig Cogliani, Padova, Cedam, 2007, p. 218.

I valori partecipativi, incorporati nella disciplina imposta dalla l. 241/1990, hanno profondamente ridefinito i profili dell'attività amministrativa, tanto da indurre addirittura parte della dottrina a riqualificare nozionisticamente il procedimento, superando le interpretazioni più risalenti. Se quindi la dottrina classica ricostruiva il procedimento amministrativo staticamente, considerandolo solo preordinato all'adozione dell'atto, vengono successivamente proposte delle soluzioni ben più dinamiche, che invece ne colgono il profilo funzionale⁶⁶. In particolare, si ritrova nel procedimento una regola che disciplina l'esercizio delle attribuzioni amministrative o che misura i rapporti fra amministrazione e privato, valorizzandone quindi gli apporti partecipativi⁶⁷. Il procedimento, che oramai si incardina sulla partecipazione, diventa quindi il luogo nel quale si contemperano gli interessi, indifferentemente pubblici o privati, toccati dall'esercizio amministrativo⁶⁸. Accostandosi alla giurisprudenza, la dottrina approda ad una soluzione dinamica, per la quale il "procedimento amministrativo diviene il luogo di confluenza di tutti gli interessi toccati dall'azione amministrativa" (Proietti⁶⁹). Rimangono invece attuali le precedenti interpretazioni dottrinali che considerano dinamicamente il procedimento stesso, sottintendendo l'apporto partecipativo degli interessati, nonché il rapporto collaborativo fra il privato e l'amministrazione⁷⁰.

⁶⁶ A. PAIANO, *La partecipazione nell'attività vincolata dell'amministrazione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1/2022, p. 93: "Lo stesso procedimento in origine era inteso, in senso formale, come mera sequenza di atti volti all'adozione di un provvedimento finale. Successivamente, in parallelo al mutamento intervenuto nella concezione dei rapporti fra autorità ed amministrati, esso è stato ricostruito come luogo di emersione e composizione di interessi contrapposti".

⁶⁷ O. APPERTI, *Partecipazione procedimentale*, in *Procedimento Amministrativo*, a cura di Marcello Clarich e Giuliano Fonderico, Ipsoa, 2015, pp. 164-165. Gli autori notano come nella dottrina di differenzino plurime posizioni, le quali tuttavia, a partire dalle interpretazioni più dinamiche del procedimento proposte da Sandulli e Benvenuti, valorizzano maggiormente anche il contributo del privato all'attività amministrativa piuttosto che rapportare il procedimento esclusivamente al provvedimento finale.

⁶⁸ F. MARTINES, *Partecipazione procedimentale e garanzie dei privati. L'esperienza dell'ordinamento tributario. Luci ed ombre*, in *www.giustamm.it*, 5/2007. L'interpretazione proposta è suffragata anche da Cons. Stato Sez. IV, 2280/2002: la partecipazione orienta l'amministrazione attraverso una "ponderata valutazione di tutti interessi (pubblici e privati) in gioco per il raggiungimento della miglior soddisfazione possibile dell'interesse pubblico".

⁶⁹ R. PROIETTI, *Commentario alla legge sul procedimento amministrativo*, a cura di Solveig Cogliani, Padova, Cedam, 2007, p. 229.

⁷⁰ F. MARTINES, *Partecipazione procedimentale e garanzie dei privati. L'esperienza dell'ordinamento tributario. Luci ed ombre*, in *www.giustamm.it*, 5/2007.

Inoltre, alcuni fra gli interpreti hanno ritenuto che la partecipazione stessa rappresenti ormai il motivo legittimante del procedimento, che giustifica l'esercizio delle attribuzioni riconosciute all'amministrazione⁷¹. Infatti, se il legislatore disciplina solamente dei moduli procedimentali, consegnando all'amministrazione la definizione degli interessi pubblici cui concretamente preordinare le proprie attività, allora una ponderata comparazione fra istanze e necessità toccate dalla materia richiede un'approfondita interlocuzione partecipativa. L'amministrazione, alla quale è richiesta non più una neutrale esecuzione del precetto legislativo, deve quindi raffrontare gli interessi pubblici e privati che si esprimono nel procedimento, conformando le proprie attività alle risultanze che ne derivano. Evidentemente, una proporzionata ponderazione degli interessi inerenti al procedimento richiede e postula una collaborazione partecipativa dell'amministrazione stessa, che, aprendosi alla società civile, ne recepisce istanze e necessità. Ove, viceversa, l'amministrazione si limitasse ad una applicazione solo apparente degli statuti partecipativi, allora sarà privata della legittimazione utile all'esercizio delle proprie attribuzioni: "non sarà investita di (tutto) il potere necessario dal momento che la norma attributiva della competenza è ormai norma aperta, necessitando, la sua corretta applicazione, di un accordo integrativo che può provenire solo dal compiuto utilizzo dello strumento procedimentale"⁷².

⁷¹ In particolare M. R. SPASIANO, *Nuovi approdi della partecipazione procedimentale nel prisma del novellato preavviso di rigetto*, in *Il diritto dell'economia*, 2/2021, p. 32; e M. R. SPASIANO, *La partecipazione al procedimento amministrativo quale fonte di legittimazione dell'esercizio del potere: un'ipotesi ricostruttiva*, in *Dir. Amm.*, 2/2002, pp. 283 ss. Si veda anche, a proposito, F. MARTINES, *Partecipazione procedimentale e garanzie dei privati. L'esperienza dell'ordinamento tributario. Luci ed ombre*, in *www.giustamm.it*, 5/2007; O. APPERTI, *Partecipazione procedimentale*, in *Procedimento Amministrativo*, a cura di Marcello Clarich e Giuliano Fonderico, Ipsoa, 2015, pp. 167-168: "si è diffusa la tesi della funzione legittimante dell'istituto rispetto alla decisione finale"; "l'apporto dei privati assume ad elemento sostanziale ed imprescindibile, in quanto mette la pubblica amministrazione nella condizione di esercitare il suo potere".

⁷² M. R. SPASIANO, *Nuovi approdi della partecipazione procedimentale nel prisma del novellato preavviso di rigetto*, in *Il diritto dell'economia*, 2/2021, p.34.

4. I motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza: l'art. 10-bis

Il catalogo delle garanzie partecipative è stato ulteriormente arricchito dai successivi interventi legislativi (Art. 21, l. 15/2005), in funzione dei quali al tessuto della legge generale sul procedimento è stata aggiunta la fattispecie dell'Art. 10-bis. Nella sua versione originaria il l'articolo si presentava con la formulazione seguente: *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*". Il dispositivo quindi obbliga l'amministrazione ad anticipare all'interessato i motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza, attivando un contraddittorio endoprocedimentale che garantisca un'interlocuzione fra le parti. Particolarmente, l'autorità competente all'adozione del provvedimento richiesto su istanza dell'interessato dovrà allo stesso comunicare i motivi che ostano all'accoglimento della domanda, dimodoché sia consentito al privato, nei dieci giorni successivi, contraddire la proposta decisoria presentando osservazioni e documenti.

Si è notato come, tuttavia, la disposizione si aggiunga alla disciplina procedimentale recuperando delle precedenti proposte o sperimentazioni, ancorché circoscritte ad ambiti regionali⁷³. Già la c.d. "Commissione Nigro" suggeriva l'attivazione di un contraddittorio rafforzato nei confronti degli istanti

⁷³ Un approfondimento sulle origini dell'Art. 10 bis è rinvenibile in P. LAZZARA, *Art. 10-bis – comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza*, in *L'azione amministrativa*, a cura di Alberto romano, Giappichelli, 2016, pp. 382-383.

ed un'informazione anticipata sui motivi che avrebbero giustificato la reiezione dell'istanza⁷⁴. Il legislatore, dopodiché, accoglie il suggerimento solo tardivamente: l'art. 10-bis difatti, che ne recepisce quantomeno il contenuto precettivo, pur non accluso al testo originario della l.241/1990, vi sarà aggiunto solo a quindici anni di distanza. Tuttavia, già l'applicazione di fattispecie simili era stata sperimentata negli ordinamenti regionali, che, anticipando l'intervento legislativo, ne proponevano una formulazione pressoché identica⁷⁵. Ancora, il legislatore è stato probabilmente ispirato anche dalla legge tedesca sul procedimento amministrativo, che impone l'attivazione di un contraddittorio qualora il procedimento debba concludersi con la reiezione dell'istanza⁷⁶.

La comunicazione richiesta dall'art. 10-bis (cui dottrina e giurisprudenza si riferiscono con “preavviso di rigetto”, “preavviso di diniego” o “preavviso di provvedimento negativo”) integra indubbiamente le garanzie partecipative, riconoscendo al privato un'ulteriore occasione per contestare l'eventuale contenuto svantaggioso del provvedimento e prevenirne quindi gli effetti pregiudizievoli⁷⁷. Gli interpreti si pronunciano unanimemente sulla natura del preavviso, che “conferma il carattere partecipativo del procedimento

⁷⁴ La proposta recitava: “In tutti i casi in cui il procedimento ha inizio su domanda di un soggetto diverso da colui al quale spetta la decisione finale, l'amministrazione è tenuta ad informare l'iniziatore della propria determinazione ad orientarsi negativamente in ordine alla richiesta da lui avanzata”. F. SAITTA, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, in AA.VV., *Percorsi di diritto amministrativo*, Torino, G. Giappichelli editore, 2014, pp. 267.

⁷⁵ In particolare ci si riferisce all'Art. 23 l. 28 dicembre 2004 n.17 della Regione Sicilia, all'Art. 13.4 l. 31 luglio 1993, n.13 della Regione Trentino Alto Adige.

⁷⁶ P. LAZZARA, *Art. 10-bis – comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza*, in *L'azione amministrativa*, a cura di Alberto romano, Giappichelli, 2016, pp. 382-383.

⁷⁷ A. GUALDANI, *Le novità in tema di preavviso di rigetto*, in *P.A. Persona e Amministrazione, ricerche giuridiche sull'amministrazione e l'economia*, 2/2022, pp. 536-537. Allo stesso modo si pronuncia anche Tar. Lazio, Roma, Sez. II, 22079/2010: “con tale norma si impone all'Amministrazione, prima di adottare un provvedimento sfavorevole nei confronti del richiedente, di comunicargli le ragioni ostativa all'accoglimento della sua istanza, al fine di rendere possibile l'instaurazione di un vero e proprio contraddittorio endoprocedimentale, a carattere necessario, ed aumentare così le chances del cittadino di ottenere dalla stessa Pubblica amministrazione ciò che gli interessa”. Le stesse conclusioni sono riproposte frequentemente dalla giurisprudenza: si veda, in proposito, anche Tar. Campania, Napoli, Sez. VII, 6891/2006 e Tar. Sicilia, Palermo, Sez. II, 270/2010. Un'opinione esplicitamente minoritaria invece dubita riguardo alla funzionalità partecipativa del preavviso: P. AMOVILLI, *La comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza fra partecipazione, deflazione del contenzioso e nuovi modelli di contraddittorio ad armi pari*, in www.giustiziamministrativa.it, 2009, par.2.

amministrativo, incentivando l'informazione e la trasparenza" (Proietti⁷⁸); "viene qualificato come un'importante "estensione dell'istituto della partecipazione procedimentale" (Vipiana⁷⁹). Ancora, il preavviso "si collega chiaramente al principio generale di *clare loqui*, di trasparenza e prevedibilità dell'azione amministrativa... [e al] dovere di informazione e buona fede nell'esercizio del potere" (Lazzara⁸⁰); "è espressione del principio di prevedibilità e predeterminabilità delle scelte amministrative (Chirulli⁸¹); assicura la "piena visibilità dell'azione amministrativa al momento della sua partecipazione e ...[garantisce] la partecipazione dei destinatari dell'atto finale alla fase istruttoria preordinata alla sua adozione" (Tarantino⁸²). Alle interpretazioni dottrinali si allinea inoltre la giurisprudenza: la comunicazione disciplinata dall'art. 10-bis quindi "costituisce espressione formale della dimensione garantistica e partecipativa, che dette disposizioni legislative hanno inteso dare al procedimento amministrativo"⁸³.

Il dispositivo, titolando il privato al contraddittorio rafforzato, corrobora quindi la partecipazione amministrativa ma, dall'altro lato, condiziona la scansione procedimentale, imponendo adempimenti ulteriori che sembrerebbero aggravare l'attività dell'amministrazione⁸⁴. Difatti l'inframezzo partecipativo aggiunto dalla novella richiede delle attività aggiuntive che inevitabilmente dilatano i tempi procedimentali: si deve ricordare come il

⁷⁸ R. PROIETTI, *Commentario alla legge sul procedimento amministrativo*, a cura di Solveig Cogliani, Padova, Cedam, 2007, p. 368.

⁷⁹ P. M. VIPIANA, *L'attività amministrativa*, Cedam, 2017, p. 319.

⁸⁰ P. LAZZARA, *Art. 10-bis – comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza*, in *L'azione amministrativa*, a cura di Alberto Romano, Giappichelli, 2016, p. 383.

⁸¹ P. CHIRULLI, *La partecipazione al procedimento*, in *Principi e regole dell'azione amministrativa*, a cura di Maria Alessandra Sandulli, Terza edizione, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2020, p. 299.

⁸² L. TARANTINO, *La novella dell'art. 10-bis e la posizione della giurisprudenza*, in www.giustizia-amministrativa.it, 20/06/2022.

⁸³ Tar. Napoli, (Campania) sez. V, 08/05/2023, n.2799.

⁸⁴ A. GUALDANI, *Le novità in tema di preavviso di rigetto*, in *P.A. Persona e Amministrazione, ricerche giuridiche sull'amministrazione e l'economia*, 2/2022, pp. 536-537; R. PROIETTI, *Commentario alla legge sul procedimento amministrativo*, a cura di Solveig Cogliani, Padova, Cedam, 2007, p. 368; G. MICARI, *Il preavviso di rigetto provvedimento, la "partecipazione nella partecipazione" e l'art. 21 octies della L. n. 241 del 1990 al vaglio giurisprudenziale*, in *Giurisprudenza di merito*, 6/2006, p. 1544: si conferma che dalla novella deriva "un appesantimento operativo dell'attività di amministrazione attiva ad iniziativa di parte, in apparente contraddizione (giacché prevista dalla stessa legge) con il divieto di aggravamento del procedimento, tuttora vigente".

preavviso interrompa – oggi sospende – i termini utili alla conclusione procedimento e richieda eventuali supplementi istruttori. La riforma, anzi, sembrerebbe incomprensibile se si pensa che da una parte il legislatore richiede celerità e semplificazione procedimentale e dall'altra, invece, aggiunge ulteriori obblighi particolarmente onerosi, che inevitabilmente rallentano l'attività dell'amministrazione⁸⁵. Senonché la portata della novella deve essere apprezzata considerando i vantaggi che la partecipazione procedimentale porta non solo al privato, ma anche all'amministrazione, la cui istruttoria è integrata dagli apporti documentali od informativi dell'interessato. Dal dialogo partecipativo deriva quindi un "soccorso istruttorio": l'amministrazione ricava ulteriori informazioni utili alla definizione di una ottimale decisione, quanto più condivisa, che ponderi adeguatamente ogni interesse e necessità⁸⁶. È indiscusso, quindi, che "l'utilità del contraddittorio predecisorio si riverbera anche sulla «qualità» del provvedimento finale, perché quest'ultimo sarà frutto di una valutazione dell'amministrazione più completa e meditata"⁸⁷. Invece, anteriormente alla novella, l'istanza del privato incontrava frequentemente il diniego amministrativo anche perché affetta da semplici irregolarità documentali, che avrebbero potuto essere facilmente emendate e rettificare⁸⁸. Al privato non restava pertanto che l'impugnazione del provvedimento, contestandone eventuali illegittimità, o la riproposizione dell'istanza, che avrebbe inutilmente duplicato l'attività amministrativa. Si comprende quindi come la partecipazione

⁸⁵ P. AMOVILLI, *La comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza fra partecipazione, deflazione del contenzioso e nuovi modelli di contraddittorio ad armi pari*, in www.giustiziamministrativa.it, 2009, par.2.

⁸⁶ P. LAZZARA, *Art. 10-bis – comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza*, in *L'azione amministrativa*, a cura di Alberto Romano, Giappichelli, 2016, p. 385; anche M. R. CALDERARO, *Il preavviso di rigetto rafforza il contraddittorio con il cittadino anche nei procedimenti di sanatoria edilizia (nota a Cons. Stato, Sez. VI, 12 aprile 2023, n. 3672)*, in www.giustiziainsieme.it, 7/06/2023, nota che "la dimensione garantistica dell'istituto rileva su un duplice piano, quello del privato in termini di rafforzamento del confronto dialettico con l'autorità procedente, e quello dell'amministrazione che può giovare del contraddittorio predecisorio ai fini dell'adozione della più corretta decisione amministrativa". Ancora, lo stesso autore afferma che il contraddittorio va "a vantaggio anche di una scelta pubblica che sia la migliore tra tutte quelle astrattamente perseguibili".

⁸⁷ M. BROCCA, *Il preavviso di diniego e la costruzione della decisione amministrativa (nota a Tar. Campania, Napoli, sez. III, 7 gennaio 2021, n. 130)*, in www.giustiziainsieme.it, 25/02/2021.

⁸⁸ D. VESE, *Il preavviso di rigetto tra efficienza e garanzia dell'azione amministrativa*, in *Diritto e Società*, 4/2017, p. 851.

endoprocedimentale che segue al preavviso dei motivi ostativi intenda non solo garantire il privato, riconoscendogli un'ulteriore prerogativa difensiva, ma anche completare l'istruttoria ed evitare un'inefficiente duplicazione delle attività amministrative.

Inoltre la dottrina concorda riconoscendo come al preavviso sia associata un'intenzione sostanzialmente deflattiva: il privato viene informato riguardo ai motivi che precludono l'accoglimento dell'istanza e contraddice l'amministrazione anticipando la dialettica processuale⁸⁹. Dello stesso parere si dimostra la giurisprudenza, osservando la quale il la comunicazione sui motivi ostativi “rafforza pertanto le garanzie partecipative, il contraddittorio procedimentale, e allo stesso tempo diventa strumento di deflazione del contenzioso”⁹⁰. Alla notificazione della comunicazione segue difatti un contraddittorio endoprocedimentale mediante il quale il privato, presentando propri documenti od osservazioni potrà distogliere la controparte dal preavvisato diniego ed evitare il contenzioso giudiziale. L'interessato, partecipando nei termini assegnati, aggiunge quindi ulteriori elementi informativi, arricchendo l'istruttoria e posizionandosi sul preannunciato diniego amministrativo. Nel caso in cui, effettivamente, l'apporto partecipativo del privato conduca al ravvedimento dell'amministrazione e all'adozione di un provvedimento favorevole, allora l'interessato sarà definitivamente soddisfatto, evitando ulteriori contestazioni giudiziali. L'interlocuzione partecipativa e la

⁸⁹ Sul punto i riferimenti dottrinali sono plurimi: fra i tanti si veda P. M. VIPIANA, *L'attività amministrativa*, Cedam, 2017, p.319; V. FANTI, *La nuova comunicazione nel procedimento amministrativo*, in *Urbanistica e Appalti*, 11/2005, pp. 1252-1253; P. CHIRULLI, *La partecipazione al procedimento*, in *Principi e regole dell'azione amministrativa*, a cura di Maria Alessandra Sandulli, Terza edizione, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2020, pp. 298-299; D. VESE, *Il preavviso di rigetto tra efficienza e garanzia dell'azione amministrativa*, in *Diritto e Società*, 4/2017, p. 851; D. PROFILI, *Decreto semplificazioni e procedimento amministrativo – Il nuovo preavviso di rigetto* [online], in *Il diritto amministrativo – rivista giuridica*, 2020, disponibile su: <https://www.ildirittoamministrativo.it>, [data di accesso: 27/10/2023]; L. TARANTINO, *La novella dell'art. 10-bis e la posizione della giurisprudenza*, in www.giustizia-amministrativa.it, 20/06/2022. Si aggiunge anche la giurisprudenza: si veda, a titolo esemplificativo, Tar. Puglia, Lecce, Sez. I, n. 89/2016; “L'art. 10 bis della Legge 241/1990, quindi, mira a dar luogo ad un contraddittorio endo-procedimentale, anticipando di fatto il meccanismo dialettico che ha luogo nel processo”.

⁹⁰ Tar. Puglia, Bari, Sez. III, n. 1444/2021. La stessa sentenza prosegue dicendo che “l'apporto del privato, fornito in extremis, può determinare una virata dell'amministrazione, che può risolversi nell'abbandono di ogni iniziativa giurisdizionale del privato”.

cooperazione istruttoria previene quindi un conflitto processuale fra le parti, inducendo l'amministrazione al riesame dei presupposti e risolvendo ogni contraddizione direttamente in sede procedimentale⁹¹. Al contrario, degli effetti deflattivi potrebbero discendere dalla capacità persuasiva del preavviso, le cui ragioni ostative, preannunciate dall'amministrazione, convincano il privato al punto da indurlo all'accettazione e alla condivisione della soluzione adottata o al ritiro dell'istanza⁹². Si aggiunge un'ulteriore eventualità, che conduce le parti ad una soluzione concordata: il privato, preannunciati i motivi ostativi, potrebbe anche avanzare delle proposte modificative, affinché l'istanza, emendata dall'interessato, possa incontrare il favore dell'amministrazione⁹³. Anzi, lo spettro del possibile contenzioso dovrebbe quindi indurre l'amministrazione a preferire una soluzione compromissoria e quindi a ricorrere ad accordi integrativi e sostitutivi che già sono valorizzati dalla disciplina procedimentale (art. 11 l. 241/1990) e ai quali ancora può convergere il dialogo fra le parti. Naturalmente una soluzione conciliativa e negoziale presuppone una compiuta collaborazione fra le parti e un continuo scambio dialettico, utile alla definizione di determinazioni che possano da un lato soddisfare gli interessi pubblici, cui è preordinata l'attività amministrativa, e dall'altro, non sacrificare le aspettative del privato. Anche l'amministrazione stessa potrebbe quindi proporre al privato delle soluzioni alternative che potrebbero "condurre il procedimento ad un esito

⁹¹ Gli effetti deflattivi del preavviso sono confermati anche da Cons. Stato, Sez. III, 7529/2021: "L'istituto del cd. "preavviso di rigetto" ha così lo scopo di far conoscere alle Amministrazioni, in contraddittorio rispetto alle motivazioni da esse 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 e determinando una possibile riduzione del contenzioso fra le parti".

⁹² M. BROCCA, *Il preavviso di diniego e la costruzione della decisione amministrativa (nota a Tar. Campania, Napoli, sez. III, 7 gennaio 2021, n. 130)*, in www.giustiziainsieme.it, 25/02/2021; M. RAMAJOLI, *Preavviso di rigetto, preclusioni, giusto procedimento e giusto processo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 3/2022, p. 604.

⁹³ M. BROCCA, *Il preavviso di diniego e la costruzione della decisione amministrativa (nota a Tar. Campania, Napoli, sez. III, 7 gennaio 2021, n. 130)*, in www.giustiziainsieme.it, 25/02/2021. L'autore evidenzia tuttavia che si tratta di un "profilo delicato", che non è toccato dalla formulazione testuale dell'art. 10-bis. Eppure -prosegue- la soluzione sembra giustificarsi ricorrendo ai principi dell'art. 1, comma 2-bis, della l. 241/1990. La stessa interpretazione è condivisa anche in M. RAMAJOLI, *Preavviso di rigetto, preclusioni, giusto procedimento e giusto processo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 3/2022, p. 604.

finale diverso”⁹⁴. Tuttavia ci si è chiesti se l’amministrazione fosse effettivamente tenuta a proporre al privato una soluzione conciliativa, ove possibile e contestualmente all’opposizione dei motivi ostativi, oppure se ogni onere ricadesse esclusivamente sull’interessato. È sembrata quindi competere al privato ogni proposta modificativa: una soluzione diversa implicherebbe evidenti aggravii procedurali e frustrerebbe l’efficienza dell’attività amministrativa. D’altra parte, la disciplina legislativa mai si sofferma sul contenuto delle osservazioni presentate dal privato, se non per obbligare l’amministrazione a considerarne gli effetti e motivarne la reiezione⁹⁵. Allora, se la parte pubblica può essere solo tenuta a motivare sulle osservazioni e le contestazioni private, spetta al privato proporre un accordo conciliativo. Naturalmente la proposta del privato non può “snaturare l’originaria istanza” avanzando soluzioni definitivamente estranee al perimetro e agli ambiti della stessa che condurrebbero alla deviazione del procedimento e, dal lato dell’amministrazione, all’elusione delle garanzie disciplinate dall’art. 7⁹⁶. Se così fosse, allora l’intervento modificativo equivarrebbe all’avanzamento di un’ulteriore istanza, per la quale dovrebbe essere attivato un differente procedimento amministrativo⁹⁷. Insomma, il preavviso rappresenta l’ultima occasione utile ad una soluzione condivisa, che possa soddisfare entrambe le parti ed evitarne il conflitto⁹⁸. Una tale interpretazione sembra essere più che approvata dalla dottrina dominante: il privato potrà quindi non solo integrare l’istanza, aggiungendovi ulteriori allegazioni documentali od emendandone eventuali vizi, ma potrà anche contestare i motivi ostativi opposti e, soprattutto, “presentare proposte

⁹⁴ Tar. Campania, Napoli, Sez. VII, 5640/2013.

⁹⁵ M. BROCCA, *Il preavviso di diniego e la costruzione della decisione amministrativa (nota a Tar. Campania, Napoli, sez. III, 7 gennaio 2021, n. 130)*, in www.giustiziansieme.it, 25/02/2021.

⁹⁶ Cfr. P. LAZZARA, *Art. 10-bis – comunicazione dei motivi ostativi all’accoglimento dell’istanza*, in *L’azione amministrativa*, a cura di Alberto romano, Giappichelli, 2016, p. 385; M. RAMAJOLI, *Preavviso di rigetto, preclusioni, giusto procedimento e giusto processo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 3/2022, pp. 604-605. L’opinione dottrinale è confermata anche dal Tar. Campania, Napoli, Sez. IV, 2952/2017: “le osservazioni in risposta al preavviso di cui all’art. 10 bis L. 241/1990, non possono essere uno strumento volto a snaturare l’originaria istanza”.

⁹⁷ In tal senso si pronuncia anche il Tar. Toscana, Firenze, Sez. II, 684/2017.

⁹⁸ P. AMOVILLI, *La comunicazione dei motivi ostativi all’accoglimento dell’istanza fra partecipazione, deflazione del contenzioso e nuovi modelli di contraddittorio ad armi pari*, in www.giustiziamministrativa.it, 2009.

alternative che l'amministrazione ha il dovere di considerare"⁹⁹. Si accoda la giurisprudenza, che conferma quanto detto riguardo al ricorso ad una partecipazione negoziata, potendo le parti approdare anche a delle "soluzioni alternative" che garantiscano una equilibrata mediazione¹⁰⁰.

In ogni caso, se gli esiti del contraddittorio si rivelano infruttuosi e l'amministrazione conferma invece i motivi ostativi già preavvisati, allora il privato potrà sempre avvalersi dei consueti rimedi giustiziali e contestare il diniego amministrativo. Anteriormente alla riforma invece il privato sarebbe stato consapevole dei motivi ostativi solo con il provvedimento negativo e non avrebbe potuto contestare la reiezione dell'istanza se non con il ricorso e l'impugnazione¹⁰¹. È evidente quindi che la novella deflaziona il contenzioso amministrativo aprendo il procedimento ad un contraddittorio quasi giustiziale, che, imitando la dialettica processuale, porti le parti ad una soluzione conciliativa¹⁰².

Eppure, se gli esegeti si sono trovati per lo più concordi sulla natura del preavviso, tutt'altro si deve concludere in ordine ai contenuti precettivi: la lettura e l'interpretazione della novella hanno difatti sollevato perplessità dottrinali e conflitti giurisprudenziali che, più recentemente (d.l. 76/2020), il legislatore ha tentato di dirimere.

⁹⁹ P. LAZZARA, *Art. 10-bis – comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza*, in *L'azione amministrativa*, a cura di Alberto Romano, Giappichelli, 2016, p. 385.

¹⁰⁰ Concordemente si pronunciano Tar. Sicilia, Catania, Sez. I, 1855/2013; Tar. Campania, Salerno, Sez. I, 589/2016.

¹⁰¹ V. FANTI, *La nuova comunicazione nel procedimento amministrativo*, in *Urbanistica e Appalti*, 11/2005, p. 1252-1253.

¹⁰² Sull'efficacia deflattiva discendente dal preavviso e, in generale, dalla partecipazione procedimentale si veda R. PROIETTI, *Commentario alla legge sul procedimento amministrativo*, a cura di Solveig Cogliani, Padova, Cedam, 2007, pp. 228-229: "Ulteriore fine della l. n. 241/1990 va ravvisato nella prevenzione dei ricorsi amministrativi e giurisdizionali. L'istituto della partecipazione si colloca in tale prospettiva, poiché consentendo al cittadino di tutelare i propri interessi direttamente durante lo svolgimento dell'attività amministrativa, si può evitare, almeno in alcuni casi, di dover attendere la conclusione del procedimento per impugnare il provvedimento (in via amministrativa o dinanzi all'Autorità giudiziaria), anticipando già nel corso del procedimento i motivi di dissenso e gli elementi che si frappongono all'adozione di una determinata decisione. Al riguardo risulta emblematico l'art. 10-bis (introdotto dalla l. n. 15/2005) ..."

Anzitutto, la dottrina più attenta non evita di notare come la riforma legislativa non si sottragga a delle evidenti ambiguità e contraddizioni che, tra l'altro, hanno stimolato la giurisprudenza più incline ad un ossequio formalistico delle garanzie partecipative¹⁰³. Tant'è che parte degli interpreti si è pronunciata anche criticamente nei riguardi della novella, dubitando riguardo agli effetti del preavviso che, pur dovendo garantire partecipazione, trasparenza e prevedibilità nell'attività amministrativa, avrebbe rischiato di ridursi ad un inutile adempimento formale¹⁰⁴. Nello specifico, è sembrato infatti che il legislatore del 2005 da un lato rafforzasse le garanzie del privato, obbligando l'amministrazione a preavvisare l'interessato riguardo ai motivi ostativi e invitandolo ad una partecipazione predecisoria, e che, dall'altro, vanificasse il contenuto delle prerogative poco prima riconosciute¹⁰⁵. La stessa riforma (l. 15/2005) aggiunge difatti alla legge procedimentale anche l'Art. 21-octies, che, pur prevenendo un'inefficiente duplicazione delle attività amministrative, esclude l'annullamento del provvedimento affetto da vizi dovuti all'inosservanza delle stesse garanzie ed esonera l'amministrazione dagli obblighi partecipativi¹⁰⁶. Le aporie e i nodi derivati dai rapporti fra le stesse fattispecie sono stati affrontati sia dalla giurisprudenza che dalla dottrina, che sino al risolutivo intervento legislativo si sono divise approdando a soluzioni nettamente differenti. Le incertezze sono state quindi diradate a distanza di un quindicennio dal legislatore il quale, novellando ancora la fattispecie (d.l. 76/2020), ha esplicitamente escluso l'applicabilità dell'art. 21-octies comma 2 nei riguardi del preavviso.

Ulteriori dubbi e perplessità affiorano anche considerando gli ambiti applicativi dell'art. 10-bis: se la comunicazione di cui all'Art. 7 è riferita ai soli procedimenti attivati d'ufficio, il preavviso sarà dovuto solo quando l'iniziativa

¹⁰³ D. VAIANO, *Preavviso di rigetto e principio del contraddittorio nel procedimento amministrativo*, in Giustamm.it, n.6/2007.

¹⁰⁴ F. SAITTA, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, in AA.VV., *Percorsi di diritto amministrativo*, Torino, G. Giappichelli editore, 2014, p. 247.

¹⁰⁵ V. FANTI, *La nuova comunicazione nel procedimento amministrativo*, in *Urbanistica e Appalti*, 11/2005, p. 1258.

¹⁰⁶ V. FANTI, *La nuova comunicazione nel procedimento amministrativo*, in *Urbanistica e Appalti*, 11/2005, p. 1258.

risale ad un'istanza di parte¹⁰⁷. Vista la generalizzata portata applicativa della fattispecie, il legislatore esclude il preavviso tassativamente nelle sole procedure concorsuali, previdenziali e assistenziali, garantendo celerità ed efficienza dell'attività amministrativa¹⁰⁸. La dottrina ha quindi ritenuto che la fattispecie intenda rafforzare il contraddittorio procedimentale nei riguardi di titolari di interessi legittimi tipicamente pretensivi, i quali, presentando osservazioni o documenti, potranno condizionare le risoluzioni amministrative contestando l'adozione di un provvedimento sacrificativo¹⁰⁹.

Si aggiungono ulteriori diatribe interpretative relative alla formulazione stessa del testo legislativo che ha attratto l'attenzione della dottrina e della giurisprudenza. La formulazione originaria del dispositivo prescriveva infatti l'interruzione dei termini procedimentali, necessaria a che l'amministrazione potesse considerare il contenuto delle controsservazioni proposte dall'interessato. In particolare, gli interpreti si sono divisi ritenendo in parte che il legislatore si riferisse effettivamente all'interruzione dei termini e, per altra parte, che la fattispecie, nonostante il tenore testuale, prescrivesse la sospensione dei termini. L'abbondante disputa dottrinale e giurisprudenziale è quindi stata quindi, di nuovo, acquietata dall'ultimo intervento legislativo (d.l. n. 27/2020), che ha definitivamente risolto ogni possibile ambiguità¹¹⁰.

Altre incertezze hanno tuttavia attanagliato gli interpreti, che si sono anche interrogati anche sulla qualificazione del preavviso, sui suoi contenuti, sulla sua impugnabilità, sull'autorità competente alla notificazione, sull'eventuale acquiescenza dell'interessato e su altre circostanze dubbiose e problematiche.

¹⁰⁷ P. CHIRULLI, *La partecipazione al procedimento*, in *Principi e regole dell'azione amministrativa*, a cura di Maria Alessandra Sandulli, Terza edizione, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2020, p. 299. Riguardo alle critiche che sono state formulate, specie in rapporto alla mancanza di tutela nei riguardi dei controinteressati, si veda D. VAIANO, *Preavviso di rigetto e principio del contraddittorio nel procedimento amministrativo*, in *Giustamm.it*, n. 6/2007 e G. CARLOTTI, *La partecipazione procedimentale: Feliciano Benvenuti e la riforma della legge n. 241 del 1990*, in *Jus, rivista di scienze giuridiche*, 2-3/2008, Pp. 383-384.

¹⁰⁸ A. GUALDANI, *Le novità in tema di preavviso di rigetto*, in *P.A. Persona e Amministrazione, ricerche giuridiche sull'amministrazione e l'economia*, 2/2022, pp. 539-540.

¹⁰⁹ V. FANTI, *La nuova comunicazione nel procedimento amministrativo*, in *Urbanistica e Appalti*, 11/2005, p. 1252; P. CHIRULLI, *La partecipazione al procedimento*, in *Principi e regole dell'azione amministrativa*, a cura di Maria Alessandra Sandulli, Terza edizione, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2020, p. 299.

¹¹⁰ P. CHIRULLI, *La partecipazione al procedimento*, in *Principi e regole dell'azione amministrativa*, a cura di Maria Alessandra Sandulli, Terza edizione, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2020, p. 300.

Certamente la riforma dell'art. 10-bis ha solleticato l'interesse della dottrina e ha diviso la giurisprudenza, richiedendo al legislatore un intervento risolutivo.

La disposizione è quindi stata periodicamente riformata, tentando di sciogliere le contraddizioni emerse dalla prassi applicativa.

5. *Le funzioni partecipative*

Gli interpreti si sono lungamente interrogati riguardo al profilo funzionale della partecipazione amministrativa, arrendendosi su posizioni differenti¹¹¹. Aggiunta alla disciplina procedimentale la fattispecie dell'art. 10-bis, i dubbi già esistenti si sono inoltre irrobustiti sino ad involgere anche la stessa natura del preavviso.

Le divisioni dottrinali sono parzialmente dovute anche all'originaria formulazione del testo proposto dalla Commissione Nigro, che esauriva la partecipazione procedimentale nel contraddittorio fra le parti, necessario a che il privato potesse resistere all'attività amministrativa e difendere le proprie posizioni¹¹². Proprio sulla proposta originaria si è costruita un'interpretazione difensiva della partecipazione procedimentale, la quale, riducendosi al contraddittorio, diventa allora connotata da una funzionalità essenzialmente garantistica, postulando un conflitto antagonistico fra interessi pubblici e privati che confluisce e si sintetizza nel procedimento stesso. Nel contraddittorio si realizzerebbe quindi una dialettica quasi processuale che anticipa la protezione giustiziale delle posizioni private, evitando una successiva impugnazione del provvedimento¹¹³. In accordo con tale lettura, la partecipazione procedimentale rappresenterebbe per il privato un semplice mezzo difensivo, mediante il quale

¹¹¹ S. TARULLO, *Preavviso di rigetto fra garanzia partecipativa e collaborazione istruttoria*, in www.giustamm.it, 1/2005. In particolare, si parla di una "dottrina spaccata tra i fautori della tesi garantistica e fautori della tesi collaborativa".

¹¹² M. C. ROMANO, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, in *L'azione amministrativa*, a cura di Alberto Romano, Torino, Giappichelli, 2016, p. 286.

¹¹³ M. C. ROMANO, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, in *L'azione amministrativa*, a cura di Alberto Romano, Torino, Giappichelli, 2016, p. 286; A. CAUDURO, *La partecipazione amministrativa come trasparente "associazione" o "dissociazione" dalle scelte dell'amministrazione pubblica*, in *diritto amministrativo* 1/2022, p. 191.

P. CHIRULLI, *La comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza dopo i "decreti semplificazioni"*, in *Rivista giuridica di urbanistica*, n. 1/2022, p. 105.

ricavare un'utilità o prevenire un sacrificio autoritativamente imposto dall'amministrazione: il coinvolgimento dell'interessato sarebbe quindi motivato da una intenzione egoistica piuttosto che collaborativa¹¹⁴.

Altra parte degli interpreti ha proposto invece una soluzione differente che valorizza la declinazione collaborativa della partecipazione procedimentale, cogliendo il beneficio istruttorio derivante dagli apporti privati¹¹⁵. La partecipazione del privato infatti arricchisce l'istruttoria aggiungendovi informazioni utili ad una ottimale risoluzione amministrativa: l'interessato, collaborando con l'amministrazione, deduce fatti e rappresenta interessi che completano il panorama informativo e necessariamente condizionano anche gli esercizi discrezionali¹¹⁶. Un rapporto partecipativo ispirato alla collaborazione procedimentale garantisce allora la soddisfazione "dell'interesse pubblico ad un'istruttoria completa ed adeguata", nonché il buon andamento dell'amministrazione, nella misura in cui il provvedimento è adottato "su una più adeguata rappresentazione delle circostanze esistenti"¹¹⁷. Inoltre, la declinazione collaborativa della partecipazione è stata valorizzata specialmente nei procedimenti connotati da una particolare complessità tecnica, nel corso dei quali l'amministrazione, anche per "la cronica insufficienza di adeguate risorse economiche", incontra delle oggettive difficoltà decisorie: allora l'originaria asimmetria informativa potrà essere superata dagli apporti privati, frequentemente suffragati da perizie, pareri e consulenze¹¹⁸. Il contenuto informativo di memorie e documenti presentati dal privato diventa quindi

¹¹⁴ Cfr. R. PROIETTI, *Commentario alla legge sul procedimento amministrativo*, a cura di Solveig Cogliani, Padova, Cedam, 2007, p. 233; S. TARULLO, *Preavviso di rigetto fra garanzia partecipativa e collaborazione istruttoria*, in www.giustamm.it, 1/2005, p. 3; R. FERRARA, *La partecipazione al procedimento amministrativo: un profilo critico*, in *Diritto amministrativo*, 2/2017, p. 215: "la partecipazione al procedimento amministrativo si caratterizza per un profilo genuinamente «egoistico», in quanto è obiettivamente volta ad orientare a proprio vantaggio il processo valutativo e decisionale delle amministrazioni pubbliche, al punto da potersi addirittura parlare di una forma di tutela anticipata".

¹¹⁵ Cfr. Tar. Lazio, Roma, Sez. II, 429/2021; Tar. Abruzzo, Pescara, Sez. I, 56/2023.

¹¹⁶ M. C. ROMANO, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, in *L'azione amministrativa*, a cura di Alberto Romano, Torino, Giappichelli, 2016, p. 286.

¹¹⁷ V. FANTI, *La nuova comunicazione nel procedimento amministrativo*, in *Urbanistica e Appalti*, 11/2005, p. 1252.

¹¹⁸ R. FERRARA, *La partecipazione al procedimento amministrativo: un profilo critico*, in *Diritto amministrativo*, 2/2017, pp. 216-217.

funzionale ad una equilibrata ponderazione degli interessi coinvolti, se non alla stessa definizione “di quell’interesse pubblico soggettivizzato dalla norma attributiva del potere in capo all’amministrazione procedente”¹¹⁹.

Da qui si comprendono le differenze che certa dottrina traccia fra contraddittorio e partecipazione, benché gli interpreti vi ricorrano spesso indifferentemente, sovrapponendone i contenuti¹²⁰. È stato difatti ritenuto che il contributo del privato al procedimento amministrativo si esprima in differenti forme, rappresentate dal contraddittorio e dalla partecipazione, delle quali rispettivamente l’una risponde ad un’accezione difensiva, mentre l’altra collaborativa¹²¹. Particolarmente, il contraddittorio presupporrebbe un’interlocuzione antagonistica fra privato e amministrazione, e, ricalcando un rapporto quasi processuale, la naturale conflittualità degli interessi rappresentati dalle parti, pubblici e privati. Quindi nel contraddittorio si rivela l’anima difensiva della partecipazione procedimentale. Dall’altro lato, invece, la partecipazione risponde ad un’intenzione collaborativa, risolvendosi non nella dialettica fra interessi differenti ed incompatibili, pubblici e privati, ma, anzi, diventando “il veicolo attraverso il quale gli interessati possono contribuire all’esercizio della discrezionalità amministrativa”¹²².

E, ancora, le funzionalità degli apporti partecipativi sono state diversamente qualificate in rapporto alla natura del procedimento amministrativo e alle aspirazioni del privato¹²³. La declinazione difensiva o partecipativa della partecipazione deriverebbe quindi dal contenuto del

¹¹⁹ M. C. ROMANO, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, in *L’azione amministrativa*, a cura di Alberto Romano, Torino, Giappichelli, 2016, p. 286.

¹²⁰ F. SATTA, *Contraddittorio e partecipazione nel procedimento amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, 2/2010, pp. 306-307. La differenza qualitativa fra il contraddittorio e la partecipazione sembra sottintesa anche in O. APPERTI, *Partecipazione procedimentale*, in *Procedimento Amministrativo*, a cura di Marcello Clarich e Giuliano Fonderico, Ipsoa, 2015, pp. 166-167. Il passo citato, specificamente, riferisce riguardo ai più risalenti interventi dottrinali che riconducevano la partecipazione essenzialmente ad una finalità difensiva.

¹²¹ F. MARTINES, *Partecipazione procedimentale e garanzie dei privati. L’esperienza dell’ordinamento tributario. Luci ed ombre*, in *www.giustamm.it*, 5/2007 in tal senso parla di due forme di partecipazione procedimentale: il contraddittorio e la partecipazione in senso stretto.

¹²² F. SATTA, *Contraddittorio e partecipazione nel procedimento amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, 2/2010, pp. 307-308.

¹²³ D. VAIANO, *Preavviso di rigetto e principio del contraddittorio nel procedimento amministrativo*, in *Giustamm.it*, n.6/2007.

procedimento e, conseguentemente, dalla natura degli interessi legittimi del privato. Specificamente, nei procedimenti preordinati all'adozione di provvedimenti sacrificativi (su iniziativa d'ufficio), dinanzi ai quali si riconduce al privato la titolarità di interessi legittimi oppositivi, la partecipazione sarebbe difensiva. L'interessato intende difatti resistere all'iniziativa sacrificativa dell'amministrazione opponendovi un proprio interesse e contestando le soluzioni adottate o presumibilmente adottabili. Viceversa, se il procedimento è preordinato all'adozione di provvedimenti ampliativi (su istanza di parte), il privato è titolare di interessi legittimi pretensivi e la partecipazione diventa collaborativa¹²⁴. Allora l'interessato partecipa presentando memorie e documenti dimodoché l'amministrazione possa disporre di un corredo informativo quanto più esaustivo e completo e, finalmente, accogliere l'istanza.

Posta quindi la corrispondenza fra tipo procedimentale e natura dell'apporto partecipativo, a parte della dottrina è sembrato che la novella legislativa, aggiungendo l'art. 10-bis, invertisse o quantomeno avesse disconosciuto il consueto paradigma¹²⁵. In particolare, se la comunicazione dei motivi ostativi postula una predecisione amministrativa, allora è più semplice associare il segmento partecipativo successivo ad una funzione difensiva più che collaborativa. Preavvisato difatti il diniego dell'istanza, si attiverebbe un contraddittorio amministrativo mediante il quale antagonisticamente il privato contesta i motivi dedotti dall'amministrazione stessa e difende le pretese già avanzate. In tali circostanze, nonostante il procedimento sia attivato su apposita istanza dell'interessato, la partecipazione sarebbe non collaborativa ma difensiva.

Anche al di là della fattispecie dell'art. 10-bis, è stato rilevato che le differenze fra contraddittorio e partecipazione si sono progressivamente assottigliate, tanto da rendere indistinguibili l'esercizio di prerogative difensive

¹²⁴ Cfr. D. VAIANO, *Preavviso di rigetto e principio del contraddittorio nel procedimento amministrativo*, in Giustamm.it, n.6/2007; M. C. ROMANO, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, in *L'azione amministrativa*, a cura di Alberto Romano, Torino, Giappichelli, 2016, p. 288.

¹²⁵ Ci si riferisce in particolare a D. VAIANO, *Preavviso di rigetto e principio del contraddittorio nel procedimento amministrativo*, in Giustamm.it, n. 6/2007.

dell'interessato e un benefico contributo informativo¹²⁶. Si può difatti facilmente comprendere che, quand'anche l'intervento partecipativo dell'interessato sottintenda un'intenzione meramente egoistica ed individuale, nondimeno contribuisce al completamento dell'istruttoria e collabora a che l'amministrazione disponga di ogni informazione utile ad un ottimale esercizio provvedimentale¹²⁷. Quindi, benché le funzioni partecipative siano sempre state considerate in un rapporto di prevalenza, incompatibilità od esclusione, attualmente gli interpreti riconoscono alla partecipazione una doppia funzione: da un lato garanzia nei riguardi dell'interessato, dall'altro invece occasione istruttoria utile a colmare eventuali lacune informative¹²⁸. Concordemente si è pronunciata anche la giurisprudenza, la quale ha frequentemente ritenuto che le garanzie partecipative consacrate dal Capo III fossero connotate da una funzione sia collaborativa che difensiva. In particolare, le prerogative partecipative riconosciute dalla disciplina procedimentale sono “in funzione non di sola garanzia nei confronti di titolari di situazioni giuridiche soggettive, ma anche di acquisire elementi utili ai fini della scelta decisionale”¹²⁹.

Il dibattito sulla funzione che ispira la partecipazione procedimentale si è quindi successivamente riverberato anche sulla natura del preavviso e alla sua funzione nell'ambito del procedimento amministrativo¹³⁰. In particolare, gli

¹²⁶ R. PROIETTI, *Commentario alla legge sul procedimento amministrativo*, a cura di Solveig Cogliani, Padova, Cedam, 2007, p. 231.

¹²⁷ M. C. ROMANO, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, in *L'azione amministrativa*, a cura di Alberto Romano, Torino, Giappichelli, 2016, p. 288; F. SAITTA, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, in AA.VV., *Percorsi di diritto amministrativo*, Torino, G. Giappichelli editore, 2014, p. 249.

¹²⁸ O. APPERTI, *Partecipazione procedimentale*, in *Procedimento Amministrativo*, a cura di Marcello Clarich e Giuliano Fonderico, Ipsoa, 2015, p. 167; P. CHIRULLI, *La partecipazione al procedimento*, in *Principi e regole dell'azione amministrativa*, a cura di Maria Alessandra Sandulli, Terza edizione, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2020, p. 292; A. PAIANO, *La partecipazione nell'attività vincolata dell'amministrazione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1/2022, pp. 92-93.

¹²⁹ Cons. Stato, Sez. VI, 1453/2002. Fra i plurimi riferimenti giurisprudenziali si cita anche Cons. Stato, Sez. VI, 98/2003: la norma dell'art. 7 della legge 241/1990 è “posta a tutela non solo dell'interesse privato, ma anche di quello pubblico a che i provvedimenti amministrativi siano adottati sulla scorta della rappresentazione di tutte le circostanze di fatto e di diritto”. Ancora, secondo Tar. Campania, Napoli, Sez. I, 1555/2009, la norma dell'art. 7 è “preordinata non solo ad un ruolo difensivo ma anche alla formazione di una più completa, meditata e razionale volontà dell'Amministrazione”.

¹³⁰ F. SAITTA, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, in AA.VV., *Percorsi di diritto amministrativo*, Torino, G. Giappichelli editore, 2014, p. 271

interpreti si sono interrogati riguardo sia alla posizione procedimentale del segmento partecipativo successivo alla comunicazione sia alla sua natura difensiva o collaborativa¹³¹. Il dubbio riguarda essenzialmente la collocazione istruttoria o predecisoria del preavviso, che, rappresentando un atto endoprocedimentale, da un lato precede la definitiva risoluzione amministrativa, ma dall'altro concorre al perfezionamento delle attività istruttorie¹³². La posizione procedimentale del preavviso condiziona quindi il suo valore alternativamente difensivo o collaborativo: quanto più l'atto è rivolto all'istruttoria, tanto più la partecipazione diventa collaborativa; se invece la comunicazione semplicemente precede la decisione allora il contraddittorio si deve ritenere meramente difensivo¹³³.

Non sono mancate le opinioni di chi ha associato alla partecipazione richiesta dal dispositivo un valore essenzialmente processuale e, quindi un'intenzione difensiva: il preavviso sarebbe allora riconducibile "alla richiesta che il giudice civile fa alle parti, nella prima udienza di trattazione, per ottenere chiarimenti necessari"¹³⁴. Anche considerando le più recenti riforme, il preavviso dovrebbe quindi ricondursi ad un segmento prevalentemente predecisorio, rafforzando il contraddittorio e garantendo degli adeguati spazi difensivi¹³⁵. Altra parte degli interpreti si è invece ritrovata sulla sponda opposta, ritenendo che il preavviso fosse connotato da un valore collaborativo, considerando anche gli apporti contributivi del privato e la possibilità di una conciliazione negoziale fra le parti. A riguardo si è anche pronunciata la Corte Costituzionale, considerando sia le differenze fra contraddittorio processuale ed amministrativo e, contemporaneamente, la diversità ontologica delle parti. In particolare si rileva

¹³¹ P. CHIRULLI, *La partecipazione al procedimento*, in *Principi e regole dell'azione amministrativa*, a cura di Maria Alessandra Sandulli, Terza edizione, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2020, p. 299.

¹³² P. LAZZARA, *Art. 10-bis – comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza*, in *L'azione amministrativa*, a cura di Alberto romano, Giappichelli, 2016, p. 385.

¹³³ Per un approfondimento sul punto vedi *infra*.

¹³⁴ G. MICARI, *Il preavviso di rigetto provvedimento, la "partecipazione nella partecipazione" e l'art. 21 octies della L. n. 241 del 1990 al vaglio giurisprudenziale*, in *Giurisprudenza di merito*, 6/2006, p. 1544; si pronuncia a favore di un parallelismo fra processo e procedimento anche L. BUFFONI, *I principi generali dell'attività amministrativa tra concretizzazione della Costituzione formale ed integrazione della Costituzione materiale*, in *La riforma della Legge 241/1990 sul procedimento amministrativo: una prima lettura*, a cura di Alberto Massera, in *www.astrid-online.it*, pp. 12-13, [data di accesso: 17/12/2023].

¹³⁵ P. CHIRULLI, *La partecipazione al procedimento*, in *Principi e regole dell'azione amministrativa*, a cura di Maria Alessandra Sandulli, Terza edizione, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2020, p. 300.

come “secondo la giurisprudenza amministrativa, il più intenso livello di contraddittorio è quello previsto dalla legge processuale, ossia il contraddittorio «orizzontale e paritario» (tra due parti in posizioni di parità rispetto ad un decidente terzo e imparziale), mentre il contraddittorio procedimentale è normalmente di tipo «verticale» (tra l'interessato e l'Amministrazione, titolare del potere e collocata su un piano non paritario) ed ha essenzialmente una funzione collaborativa e partecipativa, piuttosto che difensiva”¹³⁶.

Tuttavia, la dottrina e la giurisprudenza prevalente sembrano conciliare posizioni differenti, riconoscendo al preavviso un valore polifunzionale e imputando l'interlocuzione del privato successiva alla comunicazione dei motivi ostativi di un valore sia difensivo che collaborativo¹³⁷. Le tipiche funzioni partecipative si conciliano e convivono nel preavviso, che precede un segmento procedimentale mediante il quale il privato contemporaneamente contraddice e collabora con l'amministrazione, difendendosi, ma anche integrando l'istruttoria dimodoché le decisioni possano rivelarsi quanto più avvedute e meditate¹³⁸. La giurisprudenza quindi conferma quanto detto ritenendo che il preavviso, garantendo la partecipazione dell'istante, “solleciti contraddittorio procedimentale in funzione collaborativa e difensiva”: l'interessato introduce dei materiali informativi ulteriori ma al contempo rileva eventuali illegittimità affettanti i motivi ostativi già comunicati¹³⁹.

¹³⁶ Corte Cost., 13/2019. Riconduce al preavviso un fine collaborativo anche Tar. Campania, Napoli, Sez. VIII, 884/2015.

¹³⁷ In questi termini si pronuncia in particolare F. SAIITA, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, in AA.VV., *Percorsi di diritto amministrativo*, Torino, G. Giappichelli editore, 2014, p. 271: “Se si conviene sulla polifunzionalità dell'istituto partecipativo nel suo complesso, non può che ritenersi che anche nell'art. 10-bis coesistano aspetti garantistici e collaborativi”.

¹³⁸ Fra i plurimi riferimenti dottrinali si citano: G. CARLOTTI, *La partecipazione procedimentale: Feliciano Benvenuti e la riforma della legge n. 241 del 1990*, in *Jus, rivista di scienze giuridiche*, 2-3/2008, p.381 scrive che “probabilmente è nel giusto chi sostiene che le due anime della partecipazione sono sempre coesistenti”; M. RAMAJOLI, *Preavviso di rigetto, preclusioni, giusto procedimento e giusto processo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 3/2022, p. 603; A. GUALDANI, *Le novità in tema di preavviso di rigetto*, in *P.A. Persona e Amministrazione, ricerche giuridiche sull'amministrazione e l'economia*, 2/2022, p. 538; D. VESE, *Il preavviso di rigetto tra efficienza e garanzia dell'azione amministrativa*, in *Diritto e Società*, 4/2017, p. 851.

¹³⁹ Cfr. Cons. Stato, Sez. III, 3140/2023; Cons. Stato, Sez. VI, 1001/2020; Tar. Campania, Napoli, Sez. IV, 5561/2022.

Non si può, per concludere l'esame sulle funzioni e sulla posizione del preavviso, evitare di notare come dalla comunicazione derivino egli ulteriori effetti benefici sull'attività amministrativa, che si apre alla partecipazione sociale¹⁴⁰. Particolarmente, obbligando l'amministrazione ad informare anticipatamente l'interessato riguardo ai motivi ostativi all'accoglimento, il legislatore intende garantire la trasparenza dell'attività amministrativa, il legittimo affidamento del privato, nonché correttezza e buona fede nei rapporti fra le parti¹⁴¹. Se quindi il procedimento diventa un luogo nel quale si spiega l'interlocuzione fra amministrazione e privato, allora il rapporto fra le parti deve essere ispirato da correttezza, trasparenza e buona fede (principi esplicitamente consacrati dal legislatore nell'art. 1.2-bis l. 241/1990, dopo il d.l. 76/2020), affinché il confronto dialettico possa effettivamente ridurre i tempi procedurali e deflazionare il contenzioso¹⁴². Inoltre il preavviso garantisce la controllabilità e verificabilità dell'attività amministrativa, nella misura in cui all'interessato sarà consentito contestare i motivi oppostigli o rilevare eventuali illegittimità¹⁴³.

6. Il fondamento costituzionale ed europeo

Naturalmente la partecipazione procedimentale trova una propria giustificazione, oltre che nella legge amministrativa, anche nel tessuto costituzionale. Anzitutto la dottrina concorda ritenendo che la partecipazione, garantendo buon andamento ed imparzialità amministrativa, risponda ai contenuti dell'art. 97 Cost¹⁴⁴. Esaminando la stessa fattispecie, si è ritenuto che

¹⁴⁰ M. ANTONIOL, *L'art. 10-bis della legge 241/1990*, in *Avanguardia giuridica*, 25 febbraio 2011, pp. 9-10.

¹⁴¹ G. MICARI, *Il preavviso di rigetto provvedimento, la "partecipazione nella partecipazione" e l'art. 21 octies della L. n. 241 del 1990 al vaglio giurisprudenziale*, in *Giurisprudenza di merito*, 6/2006, p. 1544.

¹⁴² S. TARULLO, *Preavviso di rigetto fra garanzia partecipativa e collaborazione istruttoria*, in *www.giustamm.it*, 1/2005, p. 2.

¹⁴³ F. MARTINES, *Partecipazione procedimentale e garanzie dei privati. L'esperienza dell'ordinamento tributario. Luci ed ombre*, in *www.giustamm.it*, 5/2007.

¹⁴⁴ P. CHIRULLI, *La partecipazione al procedimento*, in *Principi e regole dell'azione amministrativa*, a cura di Maria Alessandra Sandulli, Terza edizione, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2020, p. 292; M. C. ROMANO, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, in *L'azione amministrativa*, a cura di Alberto Romano, Torino, Giappichelli, 2016, p. 286; M. R. CALDERARO, *Il preavviso di rigetto ai tempi della semplificazione amministrativa*, in *Federalismi.it*, 11/2022, p. 131; M. C. ROMANO, 2012,

il dispositivo obblighi l'amministrazione affinché l'attività possa rivelarsi sempre imparziale, trasparente e ragionevole. La partecipazione procedimentale gode dunque di un'indiretta copertura costituzionale: da un lato, introducendosi un'interlocuzione dialettica fra le parti, si obbliga l'amministrazione a rivelare limpidamente le proprie attività e ad informarne il privato, garantendone la trasparenza. Dall'altra invece si richiede una ragionevole ed imparziale ponderazione di ogni circostanza, anche dedotta dal privato, utile all'esito decisorio¹⁴⁵.

Inoltre non si deve dimenticare che, secondo quanto detto prima (*supra*) la partecipazione rivela un'intenzione difensiva, titolando il privato alla protezione dei propri interessi specie dinnanzi ad un intervento sacrificativo della controparte. Allora l'intervento partecipativo dell'interessato, sottintendendo una dialettica difensiva, sarebbe indirettamente coperto dagli art. 113 e 24 Cost., benché prevalentemente riferiti ai rimedi tipicamente giustiziali¹⁴⁶. La partecipazione procedimentale diventa il mezzo attraverso il quale il privato difende propri diritti ed interessi legittimi anziché dinnanzi all'autorità giurisdizionale confrontandosi dialetticamente con la pubblica amministrazione, contestando le risultanze procedimentali e condizionandone le attività¹⁴⁷. Ancora, nonostante la Carta riconosca e garantisca il contraddittorio solo in sede processuale, la partecipazione difensiva, riconducibile proprio ad un conflitto antagonista fra le parti, è stata associata prevalentemente all'art. 111 Cost: il privato dunque, deve sempre essere consultato dall'amministrazione prima di qualsiasi intervento sacrificativo¹⁴⁸.

Modelli partecipativi tra garanzia ed efficienza. L'ascendenza pretoria delle scelte legislative sul procedimento [online], in *Amministrazione in cammino, Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione*, disponibile su:

[<https://www.amministrazioneincammino.luiss.it>], [data di accesso: 27/10/2023].

¹⁴⁵ Fra i molti riferimenti dottrinali si possono citare R. PROIETTI, *Commentario alla legge sul procedimento amministrativo*, a cura di Solveig Cogliani, Padova, Cedam, 2007, pp. 216-217; A. CAUDURO, *La partecipazione amministrativa come trasparente "associazione" o "dissociazione" dalle scelte dell'amministrazione pubblica*, in *diritto amministrativo* 1/2022, p. 191.

¹⁴⁶ A. CAUDURO, *La partecipazione amministrativa come trasparente "associazione" o "dissociazione" dalle scelte dell'amministrazione pubblica*, in *diritto amministrativo* 1/2022, p. 191.

¹⁴⁷ F. MARTINES, *Partecipazione procedimentale e garanzie dei privati. L'esperienza dell'ordinamento tributario. Luci ed ombre*, in *www.giustamm.it*, 5/2007.

¹⁴⁸ F. MARTINES, *Partecipazione procedimentale e garanzie dei privati. L'esperienza dell'ordinamento tributario. Luci ed ombre*, in *www.giustamm.it*, 5/2007.

Già in tempi ben risalenti la Corte Cost. si era pronunciata ritenendo che, se il provvedimento avrebbe potuto sacrificare delle posizioni soggettive del privato, l'attività amministrativa avrebbe dovuto essere disciplinata garantendo un "giusto procedimento", rigorosamente conformato ai moduli legislativi e aperto anche al dialogo con le parti interessate¹⁴⁹. Nel giusto procedimento avrebbero dovuto quindi confluire le garanzie partecipative, le quali, garantendo un equilibrato rapporto dialogico fra amministrazione e privato avrebbero aperto la parte pubblica ad un confronto dialettico e difensivo. Gli arresti giurisprudenziali più risalenti approdavano invece a conclusioni ben divergenti dalle opinioni ora tuttalpiù condivise dagli interpreti e successive all'approvazione della legge procedimentale. Infatti la stessa Corte ha sempre ostinatamente negato il valore costituzionale delle garanzie integranti un giusto procedimento amministrativo: il legislatore avrebbe solamente dovuto trarne un criterio direttivo ma non avrebbe mai potuto esserne vincolato¹⁵⁰. Pertanto, la giurisprudenza ha sempre escluso che la necessità di una partecipazione procedimentale potesse derivare anche implicitamente dalle fattispecie costituzionali, ritenendo invece che vincolasse il legislatore solo nel caso in cui il provvedimento avrebbe potuto compromettere la titolarità di diritti soggettivi, mentre ogni altro caso sarebbe stato risolto solo discrezionalmente¹⁵¹. La disciplina legislativa avrebbe dunque potuto indifferentemente concedere al privato o meno delle apposite prerogative mediante le quali interferire con le attività amministrative sollecitando la controparte all'accoglimento dell'istanza:

¹⁴⁹ Ci si riferisce, in particolare, alla Sentenza n. 13/1962 Corte Cost., citata anche da O. APPERTI, *Partecipazione procedimentale*, in *Procedimento Amministrativo*, a cura di Marcello Clarich e Giuliano Fonderico, Ipsa, 2015, p. 163.

¹⁵⁰ D. VAIANO, *Preavviso di rigetto e principio del contraddittorio nel procedimento amministrativo*, in *Giustamm.it*, n.6/2007; R. PROIETTI, *Commentario alla legge sul procedimento amministrativo*, a cura di Solveig Cogliani, Padova, Cedam, 2007, p. 219, M. C. ROMANO, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, in *L'azione amministrativa*, a cura di Alberto Romano, Torino, Giappichelli, 2016, Pp. 285- 286. L. MACCARI, *Le garanzie di partecipazione al procedimento amministrativo dopo la riforma introdotta con la legge n. 15/2005*, in *Le riforme della l. 7 agosto 1990 n. 241 tra garanzia della legalità e amministrazione di risultato*, a cura di L. Perfetti, Cedam, aprile 2008, p. 55 specifica che "La Corte Costituzionale ha anche di recente precisato che il principio del giusto procedimento non può ritenersi assistito in assoluto da garanzia costituzionale e deve essere assegnato ad esso il ruolo di «un criterio di orientamento, come per il legislatore così come per l'interprete»".

¹⁵¹ D. VAIANO, *Preavviso di rigetto e principio del contraddittorio nel procedimento amministrativo*, in *Giustamm.it*, n.6/2007.

un eventuale difetto delle stesse garanzie non avrebbe condotto all'illegittimità costituzionale delle stesse disposizioni¹⁵². In altre parole, la Corte riteneva necessario il riconoscimento di prerogative partecipative solo dinnanzi ad un apporto difensivo del privato, dovuto a procedimenti preordinati ad un esito decisorio tipicamente sfavorevole¹⁵³. In ogni altra circostanza invece, il legislatore non sarebbe stato tenuto a disciplinare il procedimento di modo da garantire un'interlocuzione partecipativa fra le parti, mancando nella Carta qualsiasi dispositivo che obblighi esplicitamente l'amministrazione al coinvolgimento degli interessati¹⁵⁴. Le conclusioni raggiunte dalla Corte sono state tutt'altro che isolate ed occasionali, essendosi la stessa pronunciata ripetutamente sulla materia, sempre negando un qualsiasi riconoscimento costituzionale di garanzie atte ad integrare e definire un giusto procedimento amministrativo¹⁵⁵. Si è quindi escluso il valore costituzionale delle garanzie partecipative sia nelle proprie accezioni difensive che, tantopiù, collaborative: da un lato quindi la necessità di un contributo informativo dell'interessato non avrebbe potuto discendere dalle prescrizioni dell'art. 97, mentre, dall'altro, il contraddittorio difensivo non avrebbe potuto essere protetto dall'art. 24, applicabile solo dinnanzi a procedimenti giustiziali. Più specificamente, si è concluso che "il dovere di adesione obbligatoria a modelli di procedimento amministrativo del genere, con la attiva partecipazione concomitante perenne, cioè, dei soggetti privati, non è desumibile dalla disposizione dedotta (art. 97), non potendosi ravvisare costituzionalizzato, per le considerazioni più sopra

¹⁵² La Corte Cost. si pronuncia quindi negando che il contraddittorio amministrativo sia assistito da una qualsiasi copertura costituzionale: "Non rileva, infatti, l'assenza di contraddittorio davanti al consiglio dell'ordine professionale, dato che il relativo procedimento è puramente amministrativo e la garanzia costituzionale della difesa e operante nei confronti di chi agisca in giudizio per la tutela dei suoi diritti e interessi legittimi" (Corte Cost. 32/1974).

¹⁵³ O. APPERTI, *Partecipazione procedimentale*, in *Procedimento Amministrativo*, a cura di Marcello Clarich e Giuliano Fonderico, Ipsoa, 2015, p. 163 riferisce che "nell'ipotesi di riduzione o soppressione di situazioni giuridiche di diritto in capo al privato, come quelle afferenti alla conservazione del posto di lavoro o alla proprietà di un bene, l'amministrazione doveva consentire la formazione di un contraddittorio".

¹⁵⁴ R. PROIETTI, *Commentario alla legge sul procedimento amministrativo*, a cura di Solveig Cogliani, Padova, Cedam, 2007, pp. 219-220. L'autore nota tuttavia come le conclusioni della corte costituzionale siano state avversate da parte della dottrina, la quale ha notato come il giusto procedimento dovesse essere ancorato a plurime disposizioni costituzionali (art. 3, 24, 97, 21).

¹⁵⁵ Fra i provvedimenti si possono citare anche Corte Cost. 32/1974, Corte Cost. 122/1974, Corte Cost. 23/1978, Corte Cost. 234/1985.

esposte circa la portata dell'invocato parametro, il cosiddetto principio del giusto procedimento”¹⁵⁶. Ancora, la Corte ha ritenuto che il difetto di garanzie partecipative “non può importare violazione dell'art. 24, secondo comma, della Costituzione, perché la garanzia di difesa, come la Corte ha ritenuto più volte (cfr., da ultimo, sentenze n. 200 del 1970 n. 10 del 1971), è limitata al procedimento giurisdizionale (...) mentre non si estende alla attività amministrativa”¹⁵⁷.

L'avvento della legge procedimentale ha tuttavia rigirato gli arresti giurisprudenziali precedenti, benché consolidati, e confermato l'opinione, benché isolata, degli interpreti i quali già in tempi risalenti ancoravano la partecipazione procedimentale ad assiomi di valore costituzionale che permeano il valore precettivo della Carta¹⁵⁸. Si arriva quindi alla definitiva costituzionalizzazione delle garanzie partecipative confluenti nel giusto procedimento: il contributo dell'interessato concorre all'effettiva realizzazione dei precetti della Carta, richiedendo all'amministrazione l'espletamento di attività quanto più trasparenti ed imparziali (art. 97) e aprendo l'amministrazione anche al dialogo conflittuale, necessario alla protezione delle posizioni dell'interessato (art. 24)¹⁵⁹. Inoltre, le interpretazioni precedentemente proposte sembrano superate non solo dalle novità della disciplina procedimentale, ma anche dalla “penetrazione nell'ordinamento interno sia del diritto comunitario che della

¹⁵⁶ Corte Cost. 234/1985.

¹⁵⁷ Corte Cost. 122/1974.

¹⁵⁸ A. ZITO, *Il “diritto ad una buona amministrazione” nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea e nell'ordinamento interno*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2/2002, p. 437.

¹⁵⁹ R. PROIETTI, *Commentario alla legge sul procedimento amministrativo*, a cura di Solveig Cogliani, Padova, Cedam, 2007, pp. 227-228; L. MACCARI, *Le garanzie di partecipazione al procedimento amministrativo dopo la riforma introdotta con la legge n. 15/2005*, in *Le riforme della l. 7 agosto 1990 n. 241 tra garanzia della legalità e amministrazione di risultato*, a cura di L. Perfetti, Cedam, aprile 2008, p. 55. L. BUFFONI, *I principi generali dell'attività amministrativa tra concretizzazione della Costituzione formale ed integrazione della Costituzione materiale*, in *La riforma della Legge 241/1990 sul procedimento amministrativo: una prima lettura*, a cura di Alberto Massera, in *www.astrid-online.it*, pp. 12-13, [data di accesso: 17/12/2023] nota che “con la tempestiva comunicazione di cui parla l'art. 10-bis sembra essersi consumata una sorta di trasposizione nel procedimento amministrativo dell'informazione di garanzia tipica del procedimento penale, con una codificazione del «diritto di difesa» nella procedura amministrativa e, per così dire, una giurisdizionalizzazione delle garanzie del procedimento. In altri termini, l'art. 10-bis evoca con forza il parallelo tra principio del giusto procedimento e principio del giusto processo.”

Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), per effetto rispettivamente degli art. 11 e 117 comma primo Cost.¹⁶⁰ La partecipazione procedimentale si è ancora quindi anche all'ordinamento internazionale e comunitario, nel quale, ispirandosi alle garanzie comunemente riconosciute nelle tradizioni nazionali, si sono gradualmente codificate prerogative, diritti e garanzie¹⁶¹. La dottrina, d'altra parte, ha notato come gli stessi redattori della Carta di Nizza abbiano solamente proposto una ricognizione delle prassi già invalse negli Stati Membri, considerandone le comuni tradizioni costituzionali, per garantirne la visibilità e migliorarne la protezione¹⁶². Eppure proprio la stessa Carta è connotata da una evidente innovatività, dovendosi considerare il primo catalogo internazionale che riconosce alla cittadinanza il diritto ad una buona amministrazione¹⁶³. Dall'altro lato, se l'originalità della Carta risiede proprio nel riconoscimento sovranazionale di tali garanzie, invece i contenuti ricalcano le soluzioni pretorie offerte dalla giurisprudenza europea, che già precedentemente richiedeva all'amministrazione un procedimento equo, imparziale e sollecito¹⁶⁴. Nel catalogo rappresentato dalla Carta quindi confluiscono delle interpretazioni ormai consolidate e suffragate dalla prassi applicativa, di modo da cristallizzare e rafforzare garanzie già riconosciute solo giurisprudenzialmente¹⁶⁵. Anzitutto, la

¹⁶⁰ P. AMOVILLI, *La comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza fra partecipazione, deflazione del contenzioso e nuovi modelli di contraddittorio ad armi pari*, in www.giustiziamministrativa.it, 2009, par. 1. L'autore nota inoltre che alla costituzionalizzazione del principio del "giusto procedimento" si arriva indirettamente passando per la pubblicità dell'attività amministrativa: lo confermerebbe la Corte Cost. 104/2006.

¹⁶¹ M. C. ROMANO, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, in *L'azione amministrativa*, a cura di Alberto Romano, Torino, Giappichelli, 2016, pp. 284-285.

¹⁶² D. U. GALLETTA, *Il diritto ad una buona amministrazione europea come fonte di essenziali garanzie procedurali nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 3/2005, pp. 821-822.

¹⁶³ D. U. GALLETTA, *Il diritto ad una buona amministrazione europea come fonte di essenziali garanzie procedurali nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 3/2005, p. 822.

¹⁶⁴ Cfr. P. AMOVILLI, *La comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza fra partecipazione, deflazione del contenzioso e nuovi modelli di contraddittorio ad armi pari*, in www.giustiziamministrativa.it, 2009, par. 1.

¹⁶⁵ CGUE 31 marzo 1992, causa C-255/90 P, Burban; fra le più recenti sentenze della stessa corte riguardo al principio di buona amministrazione e all'applicazione dell'art. 41 della Carta si consulti invece CGUE 18 ottobre 2023, causa T-402/20, Zippo Manufacturing and Others v Commission; CGUE 01 marzo 2023, causa T-324/21, Harley-Davidson Europe Ltd and Neovia Logistics Services International v European Commission.

stessa Carta dedica alla pubblica amministrazione specifiche disposizioni che ne conformano le attività, richiedendo, fra l'altro, la conduzione di procedimenti imparziali, partecipati, trasparenti ed accessibili. Più specificamente, L'art. 41 riconosce quindi un "diritto ad una buona amministrazione", imponendo il coinvolgimento del cittadino e l'attivazione del contraddittorio quantomeno nei casi in cui debba approvarsi un provvedimento sfavorevole¹⁶⁶. Il privato deve essere quindi previamente consultato dall'amministrazione, affinché possa difendere la propria posizione e le proprie pretese nel procedimento, prevenendo un futuro esito provvedimentale pregiudizievole¹⁶⁷. La disposizione garantisce allora il contraddittorio procedimentale, quantomeno nei riguardi del destinatario del provvedimento sacrificativo, accedendovi delle protezioni aggiuntive che corroborano la posizione difensiva del privato, fra le quali conviene ricordare l'accesso documentale e gli obblighi motivazionali¹⁶⁸. Occorre rilevare inoltre come oramai alla stessa Carta, prima connotata da un solo valore politico, sia riconosciuto un valore vincolante dall'art. 6 TUE, sicché anche le disposizioni relative all'attività amministrativa sono state definitivamente incorporate nel tessuto dell'ordinamento comunitario¹⁶⁹. Fra queste parte della dottrina include anche gli art. 47 e 48 della Carta, i quali, ancorché associati ad un contenuto meramente processuale, si prestano anche ad un'interpretazione analogica, utile a traslarne i precetti anche nel procedimento amministrativo¹⁷⁰. D'altra parte anche la Corte EDU,

¹⁶⁶ Si riporta di seguito il testo della prima parte della disposizione: Ogni persona ha diritto a che le questioni che la riguardano siano trattate in modo imparziale ed equo ed entro un termine ragionevole dalle istituzioni, organi e organismi dell'Unione. 2. Tale diritto comprende in particolare: a) il diritto di ogni persona di essere ascoltata prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che le rechi pregiudizio (...)"

¹⁶⁷ D. U. GALLETTA, *Il diritto ad una buona amministrazione europea come fonte di essenziali garanzie procedurali nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 3/2005, p. 830-831.

¹⁶⁸ A. ZITO, *Il "diritto ad una buona amministrazione" nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea e nell'ordinamento interno*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2/2002, p. 437.

¹⁶⁹ M. C. ROMANO, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, in *L'azione amministrativa*, a cura di Alberto Romano, Torino, Giappichelli, 2016, p. 285; M. C. ROMANO, 2012, *Modelli partecipativi tra garanzia ed efficienza. L'ascendenza pretoria delle scelte legislative sul procedimento* [online], in *Amministrazione in cammino*, *Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione*, disponibile su <https://www.amministrazioneincammino.luiss.it>, [data di accesso: 27/10/2023].

¹⁷⁰ M. R. CALDERARO, *La partecipazione nel procedimento amministrativo tra potere e rispetto dei diritti di difesa*, in *Foro Amministrativo*, 5/2015, p. 1315.

interpretando il testo della Convenzione, ne ha sempre ritenuto applicabile l'art. 6 anche ai rapporti fra cittadino e amministrazione, seguendo il medesimo filo argomentativo, nonostante la disposizione intenda riferirsi prevalentemente al processo penale e civile¹⁷¹.

Le disposizioni citate penetrano indubbiamente nell'ordinamento nazionale, condizionando l'attività amministrativa ed imponendo la scansione di procedimenti quanto più equi, imparziali, trasparenti ed ovviamente partecipati. L'applicabilità delle stesse fattispecie europee non è solo dovuta agli art. 11 e 117 Cost., che rappresenterebbero un parametro interposto, ma anche dalla legge procedimentale, il cui art. 1 esplicitamente rinvia alle garanzie dell'ordinamento comunitario. Ne segue quindi che la disciplina procedimentale, specie considerandone gli istituti partecipativi, deve essere sempre interpretata conformemente ai principi ispiratori europei, che inevitabilmente vincolano l'amministrazione¹⁷². La continua e costante compenetrazione fra ordinamento interno, internazionale e comunitario dimostra quindi un'"inesauribile spinta" che conduce verso la cristallizzazione delle garanzie confluenti nel "giusto procedimento" e alle quali deve ormai ispirarsi interamente l'attività amministrativa¹⁷³. Naturalmente ne esce rafforzata la partecipazione procedimentale, che oggi sembra non solo garantita dalla disciplina amministrativa, ma anche aspirare ad un orizzonte sovranazionale, rispondendo a valori essenziali sui quali si costruisce l'ordinamento comunitario¹⁷⁴.

¹⁷¹ P. AMOVILLI, *La comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza fra partecipazione, deflazione del contenzioso e nuovi modelli di contraddittorio ad armi pari*, in www.giustiziamministrativa.it, 2009, par. 1.

¹⁷² M. C. ROMANO, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, in *L'azione amministrativa*, a cura di Alberto Romano, Torino, Giappichelli, 2016, p. 285; G. CARLOTTI, *La partecipazione procedimentale: Feliciano Benvenuti e la riforma della legge n. 241 del 1990*, in *Jus, rivista di scienze giuridiche*, 2-3/2008, pp. 370-371.

¹⁷³ P. AMOVILLI, *La comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza fra partecipazione, deflazione del contenzioso e nuovi modelli di contraddittorio ad armi pari*, in www.giustiziamministrativa.it, 2009, par. 1.

¹⁷⁴ G. CARLOTTI, *La partecipazione procedimentale: Feliciano Benvenuti e la riforma della legge n. 241 del 1990*, in *Jus, rivista di scienze giuridiche*, 2-3/2008, p. 371.

Comunicazione dei motivi ostativi: storia interpretativa prima del d.l. “semplificazioni” (d.l. 76/2020)

1. *Gli interventi sull'art. 10 bis l. 241/1990*

La fattispecie di cui all'art. 10 bis, aggiunta successivamente alla legge procedimentale (*supra*), è stata interessata da plurimi interventi legislativi, che ne hanno riformato o specificato i contenuti¹. Il motivo delle periodiche riforme è stato probabilmente dovuto alla problematica categorizzazione dottrinale dell'istituto e, conseguentemente, alle incertezze applicative che ne sono derivate (*supra*). Se quindi la fattispecie ha frequentemente diviso la giurisprudenza amministrativa, sollevando numerosi dubbi relativi a differenti profili ed effetti del preavviso², il legislatore è intervenuto per sciogliere dubbi e aporie applicative, ricalibrando gli effetti del dispositivo e corroborando il valore dell'apporto partecipativo del privato³. Seguendo la cronologia degli interventi legislativi, la prima correzione (l.180/2011) segue di pochi anni il concepimento della fattispecie, ma si limita ad un solo ritocco migliorativo, che lascia intatta la struttura e i contenuti sostanziali della fattispecie. In particolare, il legislatore, aggiungendo all'articolato un'ultima frase, vieta la deduzione di motivi ostativi rappresentati da inadempienze e ritardi dell'amministrazione stessa. Il dispositivo quindi specifica che defezioni o inefficienze dell'amministrazione non possono riverberarsi sull'istante, condizionando sfavorevolmente le

¹ S. TARULLO, *Preavviso di rigetto fra garanzia partecipativa e collaborazione istruttoria*, In www.giustamm.it, 1/2005, p. 1. In particolare, l'art. 10 bis è stato inserito dall'art. 6 della legge n. 15 dell'11 febbraio 2005 (in Gazz. Uff. n. 42 del 21 febbraio 2005).

² M. RAMAJOLI, R. VILLATA, *Procedimento art. 10 bis l. 251/1990*, in *Libro dell'anno del Diritto*, 2012.

³ L. TARANTINO, *La novella dell'art. 10-bis e la posizione della giurisprudenza*, in www.giustizia-amministrativa.it, 20/06/2022; P. CHIRULLI, *La partecipazione al procedimento*, in *Principi e regole dell'azione amministrativa*, a cura di Maria Alessandra Sandulli, Terza edizione, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2020, pp. 303-304; P. CHIRULLI, *La comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza dopo i “decreti semplificazioni”*, in *Rivista giuridica di urbanistica*, n. 1/2022, p. 112; l'autrice nota che le riforme hanno modificato l'art. 10-bis hanno avuto l'intenzione di “rendere più incisivo l'impatto sull'azione amministrativa del cittadino”.

risoluzioni provvedimentali e sacrificandone le anche legittime aspirazioni⁴. Tuttavia, se le prime modifiche hanno solamente rifinito i contenuti della fattispecie, la riforma più recente (dl. 76/2020) è intervenuta per riformulare interamente il dispositivo, semplificando il procedimento, contraendone i tempi e garantendo ulteriori protezioni al privato⁵. Il legislatore è intervenuto guardando alla prassi applicativa e tentando di risolvere definitivamente le evidenti perplessità giurisprudenziali, esplicitando quanto prima sembrava dubbio, ambiguo o sottointeso. Sono quindi stati rafforzati gli effetti della comunicazione di modo da garantire la qualità delle decisioni amministrative ed un equilibrato rapporto fra amministrazione e privato⁶. Inoltre, le modifiche intendono garantire l'efficienza delle attività amministrative, non solo semplificando il procedimento e contraendo i tempi procedurali, ma anche rimediando alle problematiche che facevano del preavviso solo un onere procedimentale incapace di incidere realmente sugli esiti decisionali⁷. Per rivedere brevemente le novità della novella, il c.d. “decreto semplificazioni” (d.l. 76/2020) ha anzitutto alterato gli effetti del preavviso sul termine utile alla conclusione del procedimento, risolvendo definitivamente le controversie interpretative relative al significato della pregressa formulazione testuale del dispositivo e, specificatamente, al significato dell'interruzione dei termini. Secondariamente, si è rafforzato l'obbligo motivazionale gravante sull'amministrazione, che è ora tenuta a considerare seriamente le osservazioni presentate dal privato, valorizzando gli apporti partecipativi dell'istante. Ancora, si aggiungono preclusioni nei riguardi dell'amministrazione, cui è vietata la deduzione di ulteriori motivi ostativi successivi al preavviso, sempreché non sopravvenuti, onde evitare reiterati dinieghi e frustrare slealmente le aspirazioni

⁴ D. PROFILI, *Decreto semplificazioni e procedimento amministrativo – Il nuovo preavviso di rigetto* [online], in *Il diritto amministrativo – rivista giuridica*, 2020, disponibile su: <https://www.ildirittoamministrativo.it>, [data di accesso: 27/10/2023]; P. M. VIPIANA, *L'attività amministrativa*, Cedam, 2017, pp. 318-319.

⁵ L. TARANTINO, *La novella dell'art. 10-bis e la posizione della giurisprudenza*, in www.giustizia-amministrativa.it, 20/06/2022; P. CHIRULLI, *La partecipazione al procedimento*, in *Principi e regole dell'azione amministrativa*, a cura di Maria Alessandra Sandulli, Terza edizione, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2020, P. 306.

⁶ P. CHIRULLI, *La comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza dopo i “decreti semplificazioni”*, in *Rivista giuridica di urbanistica*, n. 1/2022, p. 104.

⁷ *Ibidem*

dell'istante. Per ultimo, il legislatore specifica finalmente i rapporti fra il preavviso e la fattispecie di cui all'art. 21-octies, che, dequotando i c.d. “vizi formali”, era applicata anche al caso dell'omissione del preavviso⁸.

2. *Applicabilità ed esclusioni del preavviso*

Benché il legislatore si sia prodigato definendo puntualmente i perimetri applicativi della fattispecie, dottrina e giurisprudenza si sono anzitutto interrogate sugli ambiti toccati dagli effetti del preavviso, partendo anzitutto dal tenore testuale del dispositivo⁹. Sulla lettera della fattispecie, rimasta indenne e mai toccata dalle successive riforme, si sono poi innestati i successivi arresti giurisprudenziali che, considerando la natura dei procedimenti esaminati, hanno ridefinito i limiti applicativi del dispositivo¹⁰.

Per un verso, l'amministrazione è espressamente obbligata al preavviso dei motivi ostativi solo se il procedimento è attivato su specifica istanza dell'interessato, mentre in ogni altro caso l'applicazione del dispositivo sembrerebbe testualmente esclusa¹¹. Il dispositivo infatti chiaramente dispone che “*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*”, chiarendo il tipo procedimentale a cui deve applicarsi la fattispecie. Pertanto

⁸ G. MILO, *Il preavviso di diniego dopo la legge 11 settembre 2020 n. 120*, in *Rivista Giuridica AmbienteDiritto.it*, 4/2020, p. 5.

⁹ P. M. VIPIANA, *L'attività amministrativa*, Cedam, 2017, pp. 319-320; M. ANTONIOL, *L'art. 10-bis della legge 241/1990*, in *Avanguardia giuridica*, 25 febbraio 2011, p. 13; e Tar. Campania, Napoli, Sez. VIII, 5817/2009; Tar. Sicilia, Catania, Sez. I, 475/2008 specifica che può “darsi diniego, lapalissianamente, solo a fronte di una richiesta, laddove i provvedimenti conseguenti ai procedimenti avviati d'ufficio (ad esempio, quelli sanzionatori) non possono qualificarsi dinieghi”.

¹⁰ Cfr. P. CHIRULLI, *La partecipazione al procedimento*, in *Principi e regole dell'azione amministrativa*, a cura di Maria Alessandra Sandulli, Terza edizione, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2020, p. 300.

P. M. VIPIANA, *L'attività amministrativa*, Cedam, 2017, p. 319.

¹¹ R. PROIETTI, *Commentario alla legge sul procedimento amministrativo*, a cura di Solveig Cogliani, Padova, Cedam, 2007, p. 374, O. APPERTI, *Partecipazione procedimentale*, in *Procedimento Amministrativo*, a cura di Marcello Clarich e Giuliano Fonderico, Ipsoa, 2015, p. 188.

l'amministrazione sarebbe invece esonerata nei casi alternativi, per cui il procedimento risalga ad un'iniziativa d'ufficio o di altra parte pubblica diversa dalla procedente, ovvero alla presentazione di un atto che non può tecnicamente rappresentare un'istanza privata¹². Per altro verso, il legislatore contempla delle eventualità derogatorie che escludono l'applicazione delle garanzie partecipative riconosciute dal dispositivo stesso, considerando la natura del procedimento. Specifica infatti il legislatore che *“le disposizioni di cui al presente articolo non si applicano alle procedure concorsuali e ai procedimenti in materia previdenziale e assistenziale sorti a seguito di istanza di parte e gestiti dagli enti previdenziali”*. La norma si riferisce quindi da un lato a procedure concorsuali e, dall'altro, a procedimenti previdenziali e assistenziali, dinnanzi ai quali si consumerebbero gli spazi applicativi del dispositivo di cui all'art. 10-bis. Sulla qualificazione delle esclusioni tuttavia dottrina e giurisprudenza si dividono, ritenendo per una parte che i casi derogatori tipizzati debbano considerarsi tassativi, e per altra che invece ne sia consentita anche un'interpretazione funzionale e sistematica, ritrovando ulteriori incompatibilità anche estranee alle circostanze eccezionali identificate dal legislatore¹³.

Da un lato la dottrina, incoraggiata da parte della giurisprudenza, ha infatti notato come la stessa formulazione del dispositivo induca a ritenere generalmente applicabile la fattispecie ad ogni procedimento attivato su istanza di parte, dovendo invece considerarsi ogni deroga od esclusione rigorosamente tassativa ed eccezionale, oltrech  impassibile di qualsiasi interpretazione analogica¹⁴. Pertanto, l'amministrazione sarebbe sempre obbligata al preavviso

¹² M. ANTONIOL, *L'art. 10-bis della legge 241/1990*, in *Avanguardia giuridica*, 25 febbraio 2011, pp. 13-14.

¹³ P. AMOVILLI, *La comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza fra partecipazione, deflazione del contenzioso e nuovi modelli di contraddittorio ad armi pari*, in www.giustiziamministrativa.it, 2009.

¹⁴ M. RAMAJOLI, R. VILLATA, *Procedimento art. 10 bis l. 251/1990*, in *Libro dell'anno del Diritto*, 2012; A. GUALDANI, *Le novità in tema di preavviso di rigetto*, in *P.A. Persona e Amministrazione, ricerche giuridiche sull'amministrazione e l'economia*, 2/2022, pp. 537-538; Cons. Stato, Sez. VI, ord. 4519/2006; Cons. Stato, Sez. VI, 256/2011; Tar. Campania, Napoli, Sez. VII, 5164/2016; Tar. Lazio, Roma, Sez. III, 6503/2007: *“la deroga stabilita dal cit. art. 10 bis per i procedimenti concorsuali necessita di interpretazione restrittiva vista la sua natura eccezionale e non   estensibile ad un procedimento caratterizzato da una valutazione specifica delle singole istanze che sfocia nell'adozione di un provvedimento individuale. Dunque, ad avviso del giudice di*

dei motivi ostativi sempreché non ricorrano delle eccezionali ipotesi derogatorie tipicamente identificate dal legislatore, per le quali si applicano invece procedimenti speciali, consideratane le particolarità o l'eccentrica natura¹⁵. D'altra parte, una tale esegesi, che pure si considera minoritaria, sarebbe dovuta alla natura dell'esclusione, la quale deroga ad una garanzia partecipativa generale riconosciuta per ogni procedimento attivato su istanza, e che quindi non può prestarsi ad interpretazioni estensive o tantopiù analogiche¹⁶. Relativamente alle procedure concorsuali menzionate dalla fattispecie le interpretazioni più restrittive limitano quindi l'esclusione alle sole attività utili all'assunzione del pubblico impiego, procedure per il riconoscimento di idoneità o iscrizione ad albi professionali, per l'ammissione alla sottoscrizione di contratti alle dipendenze di pubbliche amministrazioni¹⁷. Ogni altra attività non riconducibile alla categoria concorsuale così restrittivamente definita rimarrebbe quindi estranea all'applicazione dell'art. 10-bis.

Del resto, non possono dimenticarsi nondimeno delle interpretazioni contrarie, per le quale è stato ritenuto escludibile il preavviso dinnanzi a procedimenti pure irriducibili alle esplicite deroghe, ove la comunicazione fosse incompatibile con la natura del procedimento stesso¹⁸. La disciplina si dovrebbe

appello, la norma *in parte qua* è di stretta interpretazione e non può essere applicata se non alle fattispecie espressamente previste”

¹⁵ Sembra di quest'opinione P. LAZZARA, *Art. 10-bis – comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza*, in *L'azione amministrativa*, a cura di Alberto romano, Giappichelli, 2016, p. 393, per il quale i conflitti con la normativa settoriale andrebbero risolti integrandovi le discipline generali, sempreché non si prevedano delle omologhe garanzie.

¹⁶ O. APPERTI, *Partecipazione procedimentale*, in *Procedimento Amministrativo*, a cura di Marcello Clarich e Giuliano Fonderico, Ipsoa, 2015, p. 189; Tar. Sicilia, Palermo, Sez. II, 809/2007: il collegio ritiene che “l'operatività dell'art. 10-bis della l. 241/1990 (come pure dell'art. 11-bis della l.r. n. 10 del 1991) 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.”

¹⁷ S. TARULLO, *Preavviso di rigetto fra garanzia partecipativa e collaborazione istruttoria*, in www.giustamm.it, 1/2005, p. 9; V. FANTI, *La nuova comunicazione nel procedimento amministrativo*, in *Urbanistica e Appalti*, 11/2005, pp. 1254-1255.

¹⁸ P. LAZZARA, *Art. 10-bis – comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza*, in *L'azione amministrativa*, a cura di Alberto romano, Giappichelli, 2016, p. 393; Tar. Veneto, Sez. II, 3418/2005; Tar. Lazio, Roma, Sez. III, 30/2012: “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,

quindi interpretare sistematicamente, cogliendo eventuali incompatibilità dovute alla natura del procedimento speciale e alle necessità del caso, che escluderebbero gli obblighi gravanti sull'amministrazione relativi alla comunicazione dei motivi ostativi¹⁹. Sembra prevalere nella giurisprudenza una lettura più estensiva dei casi derogatori citati del legislatore, per la quale le esclusioni espressamente citate dalla lettera legislativa abbracciano ogni procedura aperta alla partecipazione di una pluralità di interessati, che implichi valutazioni comparative²⁰. Vi sarebbero comprese, quindi anche concorsi, selezioni pubbliche, gare, avanzamenti militari, affidamenti di incarichi, nonché ogni altra procedura per la quale i partecipanti concorrano reciprocamente e l'attivazione del contraddittorio comprometta la celerità dell'attività amministrativa²¹. Le deroghe espressamente citate dal legislatore dovrebbero quindi ritenersi non solo interpretabili analogicamente, ma addirittura esemplificative, comprimendo così inevitabilmente gli spazi applicativi del preavviso²². Assecondando un'interpretazione funzionale, si aggiungerebbero quindi ulteriori ipotesi derogatorie, che sono logicamente dedotte dalla giurisprudenza. Anzitutto, l'applicazione dell'art. 10-bis sarebbe esclusa per procedimenti contenziosi e speciali, i quali esigono un'attenta

strumentale alla soddisfazione di un interesse primario, che non si concilia con la previsione di una ulteriore fase subprocedimentale”; Cons. Stato, Commissione Speciale, parere 2518/2007, in P. AMOVILLI, *La comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza fra partecipazione, deflazione del contenzioso e nuovi modelli di contraddittorio ad armi pari*, in www.giustiziamministrativa.it, 2009: “L'elenco di procedimenti ai quali non si applica il c.d. preavviso di rigetto di cui all'art. 10 bis, L. n. 241 del 1990 non è tassativo, potendosi e dovendosi enucleare altri casi di sottrazione al preavviso di rigetto, alla luce di una interpretazione sistematica”.

¹⁹ O. APPERTI, *Partecipazione procedimentale*, in *Procedimento Amministrativo*, a cura di Marcello Clarich e Giuliano Fonderico, Ipsoa, 2015, p. 189; a supporto di detta tesi si ritrovano plurimi riferimenti giurisprudenziali, fra cui Tar. Lazio, Roma, Sez. II-ter, 71/2008; Tar. Lazio, Roma, Sez. I, 13562/2005; Tar. Veneto, Venezia, Sez. II, 3418/2005.

²⁰ S. TARULLO, *Preavviso di rigetto fra garanzia partecipativa e collaborazione istruttoria*, in www.giustamm.it, 1/2005, p. 9; O. APPERTI, *Partecipazione procedimentale*, in *Procedimento Amministrativo*, a cura di Marcello Clarich e Giuliano Fonderico, Ipsoa, 2015, p. 189; P. CHIRULLI, *La partecipazione al procedimento*, in *Principi e regole dell'azione amministrativa*, a cura di Maria Alessandra Sandulli, Terza edizione, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2020, pp. 300-301; Tar. Liguria, Genova, Sez. II, 234/2012; Tar. Liguria, Genova, Sez. I, 1697/2011; Tar. Sardegna, Sez. I, 1113/2014; Tar. Sicilia, Palermo, Sez. III, 1267/2014.

²¹ Cfr. V. TENORE, *L'incidenza della nuova legge n. 241 del 1990 sulle pubbliche amministrazioni*, Cedam, 2006, p. 27; R. PROIETTI, *Commentario alla legge sul procedimento amministrativo*, a cura di Solveig Cogliani, Padova, Cedam, 2007, p. 376; Tar. Sardegna, Sez. I, 1113/2014; Tar. Liguria, Genova, Sez. II, 234/2012.

²² R. PROIETTI, *Commentario alla legge sul procedimento amministrativo*, a cura di Solveig Cogliani, Padova, Cedam, 2007, p. 376.

ponderazione fra interessi coinvolti²³. Fra questi, l'amministrazione sarebbe esonerata dai relativi obblighi dinnanzi a ricorsi gerarchici, che, pur formalmente riconducibili a procedimenti amministrativi, rappresentano dei rimedi tipicamente giustiziali, per i quali è esclusa l'applicazione del dispositivo, che invece si riferisce solo a provvedimenti propri²⁴. La giurisprudenza distingue difatti da un lato le semplici istanze, preordinate all'attivazione di un procedimento amministrativo in senso stretto, e dall'altro il ricorso amministrativo, con quale, benché proposto direttamente all'amministrazione stessa, il ricorrente intende censurare vizi ed illegittimità affettanti il provvedimento²⁵. Data l'evidente differenza, l'amministrazione sarebbe obbligata ad avvisare il privato sui motivi ostativi e ad attivare una sequenza endoprocedimentale partecipativa solo dinnanzi a proprie istanze, mentre sarebbe esonerata nel caso di un semplice ricorso amministrativo, per il quale prevalgono esigenze di segretezza ed imparzialità²⁶. Se ne è concluso che, interpretando sistematicamente le disposizioni disciplinanti i ricorsi amministrativi, le stesse sono state quindi ritenute incompatibili con gli oneri procedurali imposti dalla fattispecie dell'art. 10-bis.

Pacificamente la giurisprudenza ha invece ritenuto escluse dall'ambito applicativo della fattispecie ulteriori procedimenti che, vistene le particolarità, non incontrerebbero i requisiti richiesti dall'art. 10-bis e sfuggirebbero al modulo

²³ A. GASPARI, *Il preavviso di rigetto previsto dall' art 10-bis della legge 241/90. Riflessioni su alcune cruciali problematiche*, in *Diritto.it*, 2012, disponibile su <https://www.diritto.it>, [data di accesso: 12/12/2023].

²⁴ P. AMOVILLI, *La comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza fra partecipazione, deflazione del contenzioso e nuovi modelli di contraddittorio ad armi pari*, in www.giustiziamministrativa.it, 2009; M. ANTONIOL, *L'art. 10-bis della legge 241/1990*, in *Avanguardia giuridica*, 25 febbraio 2011, pp. 16-17; M. CERRETO, *Il novellato preavviso di rigetto ex art. 10-bis l. 241/1990: un nuovo punto di equilibrio nel percorso di parificazione tra p.a. e privato (Modifiche apportate con d.l. 76/2020 convertito con legge n. 120/20)*, in www.giustamm.it, 11/2020; Tar. Emilia-Romagna, Bologna, Sez. I, 211/2018; Tar. Lombardia, Milano, Sez. II, 1351/2019; Tar. Lazio, Roma, Sez. I, 7032/2018; Tar. Lombardia, Milano, Sez. IV, 877/2014; Tar. Veneto, Venezia, Sez. III, 4231/2005: "Né trova in specie applicazione l'art. 10 bis citato, giacché questo si riferisce ai procedimenti destinati a concludersi con l'emissione di un provvedimento vero e proprio".

²⁵ Cfr. Tar. Lombardia, Milano, Sez. III, 621/2008.

²⁶ A. GASPARI, *Il preavviso di rigetto previsto dall' art 10-bis della legge 241/90. Riflessioni su alcune cruciali problematiche*, in *Diritto.it*, 2012, disponibile su <https://www.diritto.it>, [data di accesso: 12/12/2023].

procedimentale ulteriore ivi disciplinato²⁷. Fra queste, occorre menzionare il caso di procedimenti attivati successivamente alla presentazione di segnalazione certificata, sulla quale la giurisprudenza si è immediatamente posizionata, ritenendo manchevoli i presupposti applicativi della fattispecie, richiesti dall'art. 10-bis. Si è difatti specificato che la qualificazione della segnalazione certificata, esclude definitivamente l'applicazione del dispositivo, rimanendo estranea al relativo "perimetro applicativo", segnato da un lato dai procedimenti attivati su specifica istanza e dall'altro dall'eventualità di un conclusivo provvedimento sfavorevole all'interessato²⁸. Concorde giurisprudenza ha difatti precisato che la segnalazione non può considerarsi istanza idonea all'attivazione di un procedimento amministrativo, ma solamente una dichiarazione del privato che denuncia all'amministrazione l'esecuzione di specifiche attività, per le quali, ormai resi superflui assensi o autorizzazioni amministrative, è legittimato direttamente dal legislatore²⁹. Tra l'altro, dalla segnalazione, che rappresenta una sola dichiarazione privata, non può derivare alcun proprio procedimento amministrativo, tantomeno destinato a concludersi con un assenso tacito, ma solo, al più, una semplice ad eventuale attività di controllo dell'amministrazione, che potrebbe confluire nell'ordine inibitorio³⁰. Ne deriva che l'ordine inibitorio o la diffida amministrativa non potrà mai rappresentare il provvedimento reiettivo o il diniego dell'istanza richiesto dalla fattispecie, ma solo l'esito di un procedimento attivato d'ufficio e dovuto alle rilevate incongruenze nel

²⁷ O. APPERTI, *Partecipazione procedimentale*, in *Procedimento Amministrativo*, a cura di Marcello Clarich e Giuliano Fonderico, Ipsoa, 2015, p. 189.

²⁸ S. LINGUANTI, *Il Consiglio di Stato sul preavviso di rigetto in caso di SCLA*, in *Disciplina del commercio e dei servizi*, 3/2019, p. 97; Cons. Stato, Sez. IV, 3112/2014; Cons. Stato, Sez. V, 1111/2019.

²⁹ M. R. CALDERARO, *Il preavviso di rigetto ai tempi della semplificazione amministrativa*, in *Federalismi.it*, 11/2022, p. 145; P. AMOVILLI, *La comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza fra partecipazione, deflazione del contenzioso e nuovi modelli di contraddittorio ad armi pari*, in www.giustiziamministrativa.it, 2009; M. CERRETO, *Il novellato preavviso di rigetto ex art. 10-bis l. 241/1990: un nuovo punto di equilibrio nel percorso di parificazione tra p.a. e privato (Modifiche apportate con d.l. 76/2020 convertito con legge n. 120/20)*, in www.giustamm.it, 11/2020; M. ANTONIOL, *L'art. 10-bis della legge 241/1990*, in *Avanguardia giuridica*, 25 febbraio 2011, p. 18.; Tar. Campania, Napoli, Sez. VIII, 7787/2021; Tar. Veneto, Venezia, Sez. II, 3418/2005.

³⁰ M. CERRETO, *Il novellato preavviso di rigetto ex art. 10-bis l. 241/1990: un nuovo punto di equilibrio nel percorso di parificazione tra p.a. e privato (Modifiche apportate con d.l. 76/2020 convertito con legge n. 120/20)*, in www.giustamm.it, 11/2020.

contenuto della dichiarazione³¹. Allora si comprende che l'integrazione dei requisiti dell'art. 10-bis sarebbe negata sia sul fronte dell'istanza che del provvedimento: né la certificazione integra un'istanza di parte né la diffida un provvedimento negativo, come richiesto dalla fattispecie stessa.

Ancora, l'inapplicabilità dell'art. 10-bis si deve non solo alla natura della segnalazione, che integra solamente un "atto volitivo del privato", ma anche alle particolarità del procedimento preordinato all'ordine inibitorio, viste le incompatibilità fra lo stesso e con gli oneri derivanti dalla notificazione del preavviso³². Difatti, obbligando l'amministrazione alla comunicazione dei motivi ostativi, il preavviso diventerebbe una irragionevole duplicazione dell'ordine, tra l'altro incompatibile con gli stringenti termini ai quali soggiace l'intervento amministrativo³³. Se la presentazione di segnalazione certificata, considerata semplice dichiarazione e non istanza, è strutturalmente inidonea all'attivazione di procedimenti amministrativi, allora, quando l'amministrazione intende ricorrere ad interventi inibitori, sarà quindi esclusa la comunicazione relativa sia all'avvio del procedimento sia ai motivi ostativi³⁴. Più generalmente, se ne è dedotto che i procedimenti che seguono denunce od esposti sarebbero sempre riconducibili ad un'iniziativa d'ufficio, anche se stimolata dal privato, ricadendo oltre gli ambiti applicativi della fattispecie, che invece richiede un'istanza privata³⁵.

Assecondando un'interpretazione funzionale, la giurisprudenza ha inoltre dedotto sistematicamente delle ulteriori esclusioni nei procedimenti relativi

³¹ P. LAZZARA, *Art. 10-bis – comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza*, in *L'azione amministrativa*, a cura di Alberto Romano, Giappichelli, 2016, p. 393; Cons. Stato, Sez. IV, 4828/2007: "Conseguentemente, l'ordine-diffida di non iniziare i lavori non corrisponde all'atto di diniego di una istanza di parte di provvedimento favorevole e quindi non deve essere preceduto da preavviso di rigetto".

³² S. LINGUANTI, *Il Consiglio di Stato sul preavviso di rigetto in caso di SCLA*, in *Disciplina del commercio e dei servizi*, 3/2019, p. 97.

³³ M. RAMAJOLI, R. VILLATA, *Procedimento art. 10 bis l. 251/1990*, in *Libro dell'anno del Diritto*, 2012; Cons. Stato, Sez. IV, 4828/2007.

³⁴ M. R. CALDERARO, *Il preavviso di rigetto ai tempi della semplificazione amministrativa*, in *Federalismi.it*, 11/2022, p. 145; Cons. Stato, Sez. IV, 1800/2014; Cons. Stato, Sez. V, 1111/2019.

³⁵ P. AMOVILLI, *La comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza fra partecipazione, deflazione del contenzioso e nuovi modelli di contraddittorio ad armi pari*, in www.giustiziamministrativa.it, 2009

all'accesso agli atti amministrativi: si è ritenuto che l'art. 10-bis dovesse riferirsi esclusivamente a procedimenti preordinati alla soddisfazione degli interessi sostanziali del privato e non meramente strumentali o partecipativi. Nel procedimento preordinato all'accesso documentale, benché attivato su specifica istanza del privato, l'interessato aspira invece alla soddisfazione di un interesse non sostanziale, ma solo strumentale, dovendo pertanto escludersi la notificazione del preavviso e la riproduzione delle corrispondenti garanzie partecipative. Se fosse altrimenti difatti, si arriverebbe ad una “abnorme proceduralizzazione dell'attività amministrativa”, che compromette l'efficienza e l'efficacia delle attività pubbliche, rallentandone ingiustificatamente le attività³⁶. Anche qui si debbono registrare delle soluzioni contrarie, per le quali si è ritenuta l'amministrazione obbligata al preavviso dei motivi ostativi anche qualora l'istante richieda semplicemente l'accesso agli atti. Quando il procedimento speciale non riconosce delle forme dialettiche e partecipative omologhe sarebbe difatti irragionevole escludere le minime garanzie apprestate dalla legge procedimentale, che non solo presidiano il cittadino, ma anche l'efficienza delle pubbliche amministrazioni e l'interesse pubblico alla deflazione del contenzioso³⁷.

Ritornando alle esclusioni esplicite, la dottrina si è interrogata riguardo ai motivi di tali deroghe legislative, spigandosi che, vista la copiosità dei partecipanti alle procedure concorsuali, la notificazione del preavviso risulterebbe per l'amministrazione tanto gravosa da comportare un insostenibile rallentamento delle attività amministrative. L'amministrazione dovrebbe difatti non solo informare ogni possibile partecipante riguardo ai motivi dell'esclusione, ma anche attivare il dovuto contraddittorio per ognuno ed esaminare le controdeduzioni dei concorrenti, dandone specifica motivazione nel

³⁶ P. LAZZARA, *Art. 10-bis – comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza*, in *L'azione amministrativa*, a cura di Alberto Romano, Giappichelli, 2016, p. 393: l'autore ritiene tuttavia l'orientamento riportato non condivisibile e minoritario. Tar. Lazio, Roma, Sez. II-ter, 71/2008; Tar. Lazio, Roma, Sez. I, 13562/2005.

³⁷ P. AMOVILLI, *La comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza fra partecipazione, deflazione del contenzioso e nuovi modelli di contraddittorio ad armi pari*, in www.giustiziamministrativa.it, 2009; Tar. Puglia, Bari, Sez. III, 1388/2008.

provvedimento e, quindi, rallentando inevitabilmente la procedura³⁸. D'altro lato, se mai l'amministrazione dovesse preavvisare l'interessato riguardo all'esclusione concorsuale, allora i contenuti del preavviso sostanzialmente coinciderebbero con i motivi che hanno indotto a selezionare il vincitore: il preavviso diventerebbe quindi solamente un inutile adempimento burocratico che nulla aggiungerebbe alle garanzie procedimentali³⁹. La deroga, pur sacrificando il contraddittorio, intende quindi assicurare tempestività e celerità del procedimento, particolarmente imprescindibile nelle procedure concorsuali⁴⁰. Le stesse circostanze giustificano le ipotesi derogatorie relative a materie assistenziali e previdenziali, mediante le quali il legislatore intende riparare l'amministrazione da una "ipertrofia garantistica" tale da "intralciare la celere definizione delle pratiche"⁴¹. Tantopiù, la massiccia mole di procedimenti previdenziali ed assistenziali renderebbe per gli enti preposti intollerabile un simile onere amministrativo e quindi concretamente inapplicabile la fattispecie⁴². Alcuni fra gli interpreti avevano rapportato inoltre il motivo dell'esclusione alla natura del procedimento che, preordinato all'erogazione di prestazioni tipicamente economiche, renderebbe superflua l'attivazione di un contraddittorio partecipativo infraprocedimentale. La natura vincolata dei procedimenti utili all'accertamento di diritti patrimoniali, come molti in materia previdenziale ed assistenziale, eliderebbe difatti l'utilità dell'apporto partecipativo del privato, che può essere realmente apprezzata nei soli procedimenti discrezionali⁴³. La partecipazione dell'interessato difatti non aggiungerebbe alcun contributo utile all'attività amministrativa, i cui esiti sono vincolati esclusivamente dalle risultanze dei dovuti accertamenti. Allora,

³⁸ R. PROIETTI, *Commentario alla legge sul procedimento amministrativo*, a cura di Solveig Cogliani, Padova, Cedam, 2007, p. 377.

³⁹ Cfr. M. RAMAJOLI, R. VILLATA, *Procedimento art. 10 bis l. 251/1990*, in *Libro dell'anno del Diritto*, 2012.

⁴⁰ V. FANTI, *La nuova comunicazione nel procedimento amministrativo*, in *Urbanistica e Appalti*, 11/2005, p. 1254.

⁴¹ S. TARULLO, *Preavviso di rigetto fra garanzia partecipativa e collaborazione istruttoria*, in www.giustamm.it, 1/2005, p. 9.

⁴² M. RAMAJOLI, R. VILLATA, *Procedimento art. 10 bis l. 251/1990*, in *Libro dell'anno del Diritto*, 2012.

⁴³ V. C. IRELLI, *Osservazioni generali sulla legge di modifica della l. n. 241/90 – III parte*, in www.giustamm.it, 1/2005; V. FANTI, *La nuova comunicazione nel procedimento amministrativo*, in *Urbanistica e Appalti*, 11/2005, p. 1254.

assecondando una tale lettura, parte della giurisprudenza aveva escluso la notificazione del preavviso per ogni procedimento vincolato, considerata l'inutilità della partecipazione dell'interessato, che mai potrebbe condizionare l'attività amministrativa⁴⁴. Se ne è quindi concluso che, se il procedimento è vincolato, allora l'amministrazione è esonerata dall'osservanza delle garanzie riconosciute dall'art. 10-bis, che obbliga il preavviso dei motivi ostativi e l'attivazione del conseguente contraddittorio. Sembra tuttavia che delle tali interpretazioni siano state ormai superate dai prevalenti arresti giurisprudenziali, osservando i quali si è confermata l'utilità del preavviso anche nei riguardi di procedimenti vincolati⁴⁵. L'omissione del preavviso non può essere quindi giustificata solo dalla natura vincolata del procedimento, atteso che il privato può sempre coadiuvare l'amministrazione deducendo del materiale informativo idoneo all'esatta ricostruzione dei fatti o all'interpretazione della normativa applicabile⁴⁶.

Malgrado le divisioni interpretative, la novella, obbligando l'amministrazione nei soli procedimenti attivati su istanza privata, ha sempre destato da più parti critiche e polemiche dovute all' "angusta latitudine applicativa", che rappresenterebbe, a detta di autorevoli interpreti, uno dei più evidenti quanto inspiegabili difetti⁴⁷. Si arriverebbe quindi ad una "tutela rafforzata asimmetrica", circoscritta ai soli titolari di interessi legittimi pretensivi e nei soli procedimenti ad istanza di parte⁴⁸. Probabilmente la ritrosia del legislatore è motivata dal temuto rallentamento delle attività amministrative, che necessariamente sarebbe derivato da un onere procedimentale ulteriore imposto

⁴⁴ P. M. VIPIANA, *L'attività amministrativa*, Cedam, 2017, p. 320; Cons. Stato, Sez. IV, 5314/2007; Tar. Campania, Napoli, Sez. VIII, 1461/2011.

⁴⁵ O. APPERTI, *Partecipazione procedimentale*, in *Procedimento Amministrativo*, a cura di Marcello Clarich e Giuliano Fonderico, Ipsa, 2015, p. 189; Cons. Stato, Sez. VI, 1269/2018; Cons. Stato, Sez. VI, 1476/2010.

⁴⁶ M. R. CALDERARO, *Il preavviso di rigetto rafforza il contraddittorio con il cittadino anche nei procedimenti di sanatoria edilizia (nota a Cons. Stato, Sez. VI, 12 aprile 2023, n. 3672)*, in www.giustiziainsieme.it, 7/06/2023.

⁴⁷ G. CARLOTTI, *La partecipazione procedimentale: Feliciano Benvenuti e la riforma della legge n. 241 del 1990*, in *Jus, rivista di scienze giuridiche*, 2-3/2008, p. 383.

⁴⁸ P. CHIRULLI, *La comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza dopo i "decreti semplificazioni"*, in *Rivista giuridica di urbanistica*, n. 1/2022, pp. 113-114.

anche per i procedimenti d'ufficio⁴⁹. Eppure, sempre seguendo questo polemico filone dottrinale, l'esclusione sembra ingiustificata se si considerano i "soverchianti benefici" che la partecipazione dell'interessato apporterebbe all'amministrazione, investita da un corroborato consenso sociale che porterebbe sicuramente alla riduzione delle conflittualità fra le parti e alla deflazione del contenzioso, oltre che ad un considerevole guadagno democratico dovuto alla pubblicità e trasparenza del procedimento⁵⁰. D'altra parte, le stesse necessità che giustificano il preavviso dei motivi ostativi sarebbero evidenti anche nei procedimenti d'ufficio, tipicamente preordinati all'adozione di provvedimenti pregiudizievoli. Anzi, il privato sarebbe tanto più interessato a partecipare e contraddire l'amministrazione se fosse gli fosse preannunciato un provvedimento sfavorevole piuttosto che la reiezione dell'istanza, potendo dedurre ulteriori fatti e circostanze tali da dissuadere l'amministrazione⁵¹. L'attivazione di un subprocedimento partecipativo rappresenterebbe difatti un'ulteriore opportunità per il privato utile alla contestazione del preannunciato provvedimento sfavorevole, garantendo un'attiva protezione delle proprie posizioni individuali e al contempo arricchendo il patrimonio conoscitivo dell'amministrazione. Si è quindi efficacemente notato come, a questo punto, l'esplicita esclusione conduca ad un esito paradossale per il quale il privato destinatario di un possibile provvedimento sacrificativo sarebbe meno garantito dell'istante, che tenta invece non di evitare pregiudizi ma di trarre dall'amministrazione vantaggi od utilità⁵².

Rilevata la contraddizione della fattispecie, parte della dottrina ha cercato quindi di darvi una spiegazione, notando come, se si applicasse il dispositivo nei procedimenti attivati d'ufficio, allora il preavviso, piuttosto che informare

⁴⁹ G. CARLOTTI, *La partecipazione procedimentale: Feliciano Benvenuti e la riforma della legge n. 241 del 1990*, in *Jus, rivista di scienze giuridiche*, 2-3/2008, p. 383; M. R. CALDERARO, *Il preavviso di rigetto ai tempi della semplificazione amministrativa*, in *Federalismi.it*, 11/2022, p. 143; V. TENORE, *L'incidenza della nuova legge n. 241 del 1990 sulle pubbliche amministrazioni*, Cedam, 2006, pp. 23-24.

⁵⁰ G. CARLOTTI, *La partecipazione procedimentale: Feliciano Benvenuti e la riforma della legge n. 241 del 1990*, in *Jus, rivista di scienze giuridiche*, 2-3/2008, p. 383.

⁵¹ R. PROIETTI, *Commentario alla legge sul procedimento amministrativo*, a cura di Solveig Cogliani, Padova, Cedam, 2007, p. 374.

⁵² D. VALANO, *Preavviso di rigetto e principio del contraddittorio nel procedimento amministrativo*, in *Giustamm.it*, n.6/2007.

riguardo a dei motivi ostativi, semplicemente anticiperebbe la motivazione del provvedimento ablativo o sacrificativo nei riguardi dell'interessato⁵³. Ancora, il differente trattamento si spiega coordinando la fattispecie anche con i contenuti esposti all'art. 7, che obbliga l'amministrazione affinché il privato destinatario del provvedimento sia avvisato riguardo all'attivazione del procedimento e, conseguentemente, possa partecipare alle attività istruttorie condizionando il decorso procedimentale⁵⁴. Se nei procedimenti attivati su specifica istanza l'amministrazione è tenuta a preavvisare la possibile reiezione dell'istanza e quindi ad attivare un contraddittorio sui motivi ostativi, dinnanzi ad un procedimento d'ufficio quantomeno il privato ne sarà informato con apposita comunicazione (art. 7 l. 241/1990), affinché possa partecipare alle attività istruttorie visionando atti o presentando memorie e documenti⁵⁵. Il difetto partecipativo dovuto quindi all'inapplicabilità dell'art. 10-bis è quindi recuperato informando il privato riguardo all'esistenza del procedimento, dimodoché possa effettivamente concorrere all'esercizio amministrativo. Eppure si è stata dottrinalmente auspicata un'applicazione completa della fattispecie, ai procedimenti attivati non solo su istanza di parte, ma anche d'ufficio⁵⁶.

Si colgono ulteriori rilievi critici relativamente all'estromissione dei controinteressati all'adozione dell'atto ampliativo, i quali, pur toccati dal provvedimento, non sono citati fra i destinatari della comunicazione di cui all'art. 10-bis. Differentemente dalla comunicazione disciplinata dall'art. 7, il preavviso è indirizzato difatti esclusivamente agli istanti e non ai controinteressati, i quali,

⁵³ R. PROIETTI, *Commentario alla legge sul procedimento amministrativo*, a cura di Solveig Cogliani, Padova, Cedam, 2007, p. 374. L'autore suggerisce una migliore formulazione dell'art. 10-bis, che avrebbe potuto applicarsi semplicemente nei riguardi dei destinatari di provvedimenti sfavorevoli, anziché all'istante. In tal modo sarebbe garantita l'attivazione di un contraddittorio endoprocedimentale e partecipativo sia nei procedimenti su istanza di parte che su iniziativa d'ufficio.

⁵⁴ R. PROIETTI, *Commentario alla legge sul procedimento amministrativo*, a cura di Solveig Cogliani, Padova, Cedam, 2007, p. 375.

⁵⁵ Cfr. P. CHIRULLI, *La comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza dopo i "decreti semplificazioni"*, in *Rivista giuridica di urbanistica*, n. 1/2022, p. 104; P. CHIRULLI, *La partecipazione al procedimento*, in *Principi e regole dell'azione amministrativa*, a cura di Maria Alessandra Sandulli, Terza edizione, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2020, p. 299.

⁵⁶ G. MICARI, *Il preavviso di rigetto provvedimento, la "partecipazione nella partecipazione" e l'art. 21 octies della L. n. 241 del 1990 al vaglio giurisprudenziale*, in *Giurisprudenza di merito*, 6/2006, p. 1545.

pertanto, né saranno informati riguardo ai motivi ostativi, né potranno attivamente partecipare al contraddittorio endoprocedimentale⁵⁷. Malgrado siano state proposte anche delle soluzioni contrarie, il tenore testuale della fattispecie sembra inequivocabilmente riconoscere solo la posizione dell'istante, estromettendo ogni altro controinteressato: una tale interpretazione, d'altro canto, garantirebbe celerità e efficienza procedimentale, evitando un rallentamento della procedura dovuto alla duplicazione della fase partecipativa⁵⁸. Parte della dottrina critica tuttavia la scelta legislativa ritenendo che l'apertura del contraddittorio anche ai controinteressati all'adozione dell'atto ampliativo avrebbe inevitabilmente comportato l'arricchimento dell'istruttoria procedimentale garantendo ulteriormente un'autocorrezione amministrativa e una "sensibile deflazione del contenzioso"⁵⁹. Più criticamente, si è rilevato come la struttura della fattispecie rivela una evidente sottovalutazione delle garanzie del terzo che percorre interamente la legge procedimentale e che nemmeno, vista la particolare univocità della volontà legislativa, si potrà sperare superata da un intervento additivo o una interpretazione manipolativa della giurisprudenza⁶⁰.

Eppure le conclusioni tratte da una tale dottrina, che critica la ristrettezza applicativa della fattispecie, sembrano difficilmente confrontarsi con il complesso e delicato equilibrio disegnato dal legislatore. Infatti, un allargamento del dispositivo tale da comportare il coinvolgimento anche dei controinteressati al procedimento comporterebbe la duplicazione degli oneri procedurali e un sovraccarico amministrativo che inevitabilmente condurrebbe ad un rallentamento se non alla paralisi dell'attività. Se difatti il preavviso dovesse

⁵⁷ P. CHIRULLI, *La partecipazione al procedimento*, in *Principi e regole dell'azione amministrativa*, a cura di Maria Alessandra Sandulli, Terza edizione, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2020, p. 299; R. PROIETTI, *Commentario alla legge sul procedimento amministrativo*, a cura di Solveig Cogliani, Padova, Cedam, 2007, p. 379; P. AMOVILLI, *La comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza fra partecipazione, deflazione del contenzioso e nuovi modelli di contraddittorio ad armi pari*, in www.giustiziamministrativa.it, 2009.

⁵⁸ P. LAZZARA, *Art. 10-bis – comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza*, in *L'azione amministrativa*, a cura di Alberto Romano, Giappichelli, 2016, pp. 386-387. R. PROIETTI, *Commentario alla legge sul procedimento amministrativo*, a cura di Solveig Cogliani, Padova, Cedam, 2007, p. 369.

⁵⁹ G. CARLOTTI, *La partecipazione procedimentale: Feliciano Benvenuti e la riforma della legge n. 241 del 1990*, in *Jus, rivista di scienze giuridiche*, 2-3/2008, p. 384.

⁶⁰ D. VALIANO, *Preavviso di rigetto e principio del contraddittorio nel procedimento amministrativo*, in *Giustamm.it*, n.6/2007.

essere destinato ad eventuali controinteressati, allora anzitutto all'amministrazione ne competerebbe l'identificazione, riconoscendo quanti, individuati o facilmente individuabili, possano avere pregiudizi dal provvedimento. Inoltre non solo l'amministrazione dovrebbe procedere alla comunicazione di più parti, anche non semplicemente riconoscibili, ma dovrebbe anche attivare il contraddittorio per ciascuna delle parti coinvolte, aggravando oltre i limiti sopportabili le attività istruttorie e potenzialmente contravvenendo all'art. 1.2, che esplicitamente vieta gli aggravii procedurali⁶¹. Non si può ignorare che il legislatore, attivando il contraddittorio per il solo istante, si pronuncia a favore di una precisa scelta che definisce i punti di equilibrio della disciplina, che certamente riconosce ulteriori garanzie partecipative, ma non può spingersi oltre al punto tale da compromettere l'efficiente e celere conduzione del procedimento.

3. *La natura endoprocedimentale del preavviso*

All'indomani della riforma apportata dalla l. 15/2005, gli interpreti si sono prodigati tentando di ricondurre il preavviso ad una categorizzazione dottrinale e collocare l'atto nella sequenza procedimentale, associandolo ad una fase predecisoria od istruttoria⁶². Malgrado tali tentativi possano sembrare un semplice quanto inutile esercizio teorico, giustificato da una sola sterile intenzione ricostruttiva, le soluzioni offerte condizionano anche la lettura di alcuni profili problematici che sono stati rilevati dalla prassi applicativa. Si comprende facilmente quindi come la qualificazione del preavviso e la sua posizione nella scansione dell'attività amministrativa diventi un argomento pregiudiziale la cui definizione si riverbera nell'applicazione pratica.

⁶¹ Così è infatti immaginata l'applicazione dell'art. 10-bis anche ai controinteressati all'adozione del provvedimento favorevole nella visione di G. CARLOTTI, *La partecipazione procedimentale: Feliciano Benvenuti e la riforma della legge n. 241 del 1990*, in *Jus, rivista di scienze giuridiche*, 2-3/2008, p. 384.

⁶² Cfr. P. CHIRULLI, *La partecipazione al procedimento*, in *Principi e regole dell'azione amministrativa*, a cura di Maria Alessandra Sandulli, Terza edizione, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2020, pp. 298-299, S. TARULLO, *Preavviso di rigetto fra garanzia partecipativa e collaborazione istruttoria*, in *www.giustamm.it*, 1/2005, p. 2.

Tuttavia, per quanto sicuramente residuino delle divisioni dottrinali in merito all'esatta collocazione, gli interpreti sembrano per lo più concordi ritenendo come al preavviso debba riconoscersi una natura sostanzialmente endoprocedimentale⁶³. D'altra parte, una tale interpretazione sembra ampiamente suffragata dalla formulazione testuale della fattispecie, che da un lato prescrive la sospensione dei termini procedurali e dall'altro distingue fra il preavviso stesso e il provvedimento conclusivo, con il quale l'amministrazione deve motivare anche sulle osservazioni dell'interessato⁶⁴. Se ne evince quindi che, mentre il preavviso deve ritenersi semplicemente atto endoprocedimentale, il solo provvedimento negativo eventualmente adottato dall'amministrazione - ed idoneo a concludere il procedimento - può essere considerato finale e lesivo⁶⁵. La soluzione offerta sembra inoltre corroborata da ulteriori considerazioni relative alla necessaria provvisorietà dei motivi ostativi preavvisati, che sono fisiologicamente esposti alle contestazioni del privato e alle eventuali rimediazioni amministrative. Non si deve dimenticare difatti che il preavviso innesca un contraddittorio endoprocedimentale che consente da un lato al privato di riarticolare le proprie posizioni sui motivi ostativi e sull'istanza presentata ma anche, dall'altro, all'amministrazione di riconsiderare le proprie decisioni nel provvedimento conclusivo⁶⁶. Se allora il provvedimento finale, nel quale si incarna la definitiva risoluzione amministrativa, potrà integrare i motivi ostativi adottati posizionandosi sulle osservazioni dell'interessato o superando parte dei motivi oppostigli, il preavviso rimane incapace di esprimere una

⁶³ Di quest'opinione G. MICARI, *Il preavviso di rigetto provvedimento, la "partecipazione nella partecipazione" e l'art. 21 octies della L. n. 241 del 1990 al vaglio giurisprudenziale*, in *Giurisprudenza di merito*, 6/2006, p. 1544; M. RAMAJOLI, R. VILLATA, *Procedimento art. 10 bis l. 251/1990*, in *Libro dell'anno del Diritto*, 2012; P. CHIRULLI, *La partecipazione al procedimento*, in *Principi e regole dell'azione amministrativa*, a cura di Maria Alessandra Sandulli, Terza edizione, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2020, p. 300, A. GUALDANI, *Le novità in tema di preavviso di rigetto*, in *P.A. Persona e Amministrazione, ricerche giuridiche sull'amministrazione e l'economia*, 2/2022, p. 538; Tar. Campania, Napoli, Sez. VIII, 4264/2021; Tar. Sardegna, Cagliari, Sez. I, 397/2015.

⁶⁴ Specificamente, l'art. 10-bis dispone che la comunicazione "sospende i termini di conclusione dei procedimenti" e che del "mancato accoglimento [delle osservazioni del privato] il responsabile del procedimento o l'autorità competente sono tenuti a dare ragione nella motivazione del provvedimento finale di diniego".

⁶⁵ M. RAMAJOLI, R. VILLATA, *Procedimento art. 10 bis l. 251/1990*, in *Libro dell'anno del Diritto*, 2012.

⁶⁶ Tar. Puglia, Lecce, Sez. I, 87/2016; Tar. Campania, Napoli, Sez. VIII, 4264/2021; Tar. Veneto, Venezia, Sez. II, 1035/2020.

volontà definitiva e compiuta dell'amministrazione⁶⁷. L'interpretazione favorevole alla natura endoprocedimentale dell'atto, che risale ai tempi ben più risalenti della riforma, sopravvive tuttora, essendo accolta da copiosa e concorde dottrina e giurisprudenza.

4. *La possibile impugnabilità del preavviso*

Vista la natura endoprocedimentale dell'atto, che innesca il contraddittorio fra privato ed amministrazione, concorde dottrina e giurisprudenza ne nega tuttora l'impugnabilità, escludendone la potenzialità lesiva⁶⁸. Sarà quindi giudizialmente impugnabile il solo provvedimento conclusivo, il quale, benché preceduto dal preavviso, rimane l'unico atto definitivo, pregiudizievole e lesivo nei riguardi del privato interessato, diventando per tale oggetto delle contestazioni processuali⁶⁹. Nel caso in cui invece il privato indirizzi l'impugnazione nei riguardi del preavviso con cui semplicemente l'amministrazione informa riguardo ai motivi ostativi all'accoglimento, allora il ricorso dovrà essere considerato inammissibile, escludendo un contenuto provvedimentale dell'atto e quindi un immediato effetto lesivo⁷⁰. D'altra parte, si è anche notato che pretendere l'impugnazione del preavviso significherebbe snaturarne la funzionalità da un lato e, dall'altro, "gravare il ricorso giurisdizionale di una sicura impugnativa per motivi aggiunti, essendo comunque

⁶⁷ Cfr. M. R. CALDERARO, *Il preavviso di rigetto rafforza il contraddittorio con il cittadino anche nei procedimenti di sanatoria edilizia (nota a Cons. Stato, Sez. VI, 12 aprile 2023, n. 3672)*, in www.giustiziainsieme.it, 7/06/2023; L. TARANTINO, *La novella dell'art. 10-bis e la posizione della giurisprudenza*, in www.giustizia-amministrativa.it, 20/06/2022.

⁶⁸ M. R. SPASIANO, *Nuovi approdi della partecipazione procedimentale nel prisma del novellato preavviso di rigetto*, in *Il diritto dell'economia*, 2/2021, pp. 49-50; sulla regola della non impugnabilità degli atti endoprocedimentali Cons. Stato, Sez. VI, 3043/2005; Tar. Campania, Napoli, Sez. VIII, 1173/2020; Cons. Stato, Sez. IV, 4828/2007 conferma che la comunicazione "non è immediatamente lesivo della sfera giuridica dei destinatari e, quindi, non è autonomamente ed immediatamente impugnabile".

⁶⁹ M. R. CALDERARO, *Il preavviso di rigetto rafforza il contraddittorio con il cittadino anche nei procedimenti di sanatoria edilizia (nota a Cons. Stato, Sez. VI, 12 aprile 2023, n. 3672)*, in www.giustiziainsieme.it, 7/06/2023; M. R. CALDERARO, *Il preavviso di rigetto ai tempi della semplificazione amministrativa*, in *Federalismi.it*, 11/2022, p. 150.

⁷⁰ M. RAMAJOLI, R. VILLATA, *Procedimento art. 10 bis l. 251/1990*, in *Libro dell'anno del Diritto*, 2012; Tar. Marche, Ancona, Sez. II, 722/2023; Tar. Calabria, Catanzaro, Sez. I, 1800/2022; Tar. Basilicata, Potenza, Sez. I, 478/2022.

il ricorrente tenuto ad impugnare, una volta emesso, il provvedimento definitivo se negativo⁷¹.

Tuttavia, benché una tale interpretazione sia stata ormai pacificamente accolta dalla giurisprudenza, non sono mancate delle specificazioni, con le quali si sono disegnate delle soluzioni più approfondite ed articolate⁷². Attualmente la regola che esclude l'impugnabilità dell'atto endoprocedimentale rappresentato dal preavviso, quand'anche astrattamente confermata, sembra quindi patire alcune eccezioni, le cui particolarità sono state colte prima da alcuni tribunali amministrativi, per poi convincere anche il Consiglio di Stato⁷³. Si è specificato infatti che, pur rimanendo il preavviso sprovvisto di un contenuto provvedimento direttamente lesivo, ne sarebbe, in alcune specifiche e patologiche circostanze, consentita una eccezionale impugnazione. Particolarmente, la giurisprudenza si riferisce all'eventualità per la quale il preavviso comporti un arresto procedimentale che definitivamente interrompe l'attività amministrativa al punto da pregiudicare direttamente il privato, interessato invece ad una celere definizione dell'affare. Per meglio comprendere una tale eventualità, potrebbe essere utile prendere ad esempio il caso esaminato dalla sentenza del Cons. Stato n. 3043/2005, che presentava una interruzione del procedimento provocata dal preavviso stesso. Specificamente, il ricorrente richiedeva la proroga di una concessione demaniale e l'amministrazione preavvisava il diniego deducendo che l'istanza avrebbe potuto essere presentata solo quando fossero state adottate delle nuove discipline sugli spazi assegnabili. Allorché il collegio ha ritenuto che il preavviso implicasse una diretta lesione del ricorrente, interrompendo il decorso del procedimento al punto da differire indefinitamente la soddisfazione del privato ad accadimenti futuri ed incerti⁷⁴. Dunque, quando l'amministrazione con il preavviso differisce ad un futuro indefinito l'adozione del provvedimento conclusivo, si genera una stasi

⁷¹ Tar. Sicilia, Palermo, Sez. II, 270/2010.

⁷² F. SAITTA, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, in AA.VV., *Percorsi di diritto amministrativo*, Torino, G. Giappichelli editore, 2014, p. 270.

⁷³ M. RAMAJOLI, R. VILLATA, *Procedimento art. 10 bis l. 251/1990*, in *Libro dell'anno del Diritto*, 2012.

⁷⁴ *Ibidem*.

procedimentale che frustra, anche definitivamente, le aspirazioni del privato⁷⁵. L'arresto procedimentale cagionato dal preavviso implica allora un'attuale lesione degli interessi pretensivi dell'istante, che giustifica - prosegue il Cons. di stato - l'applicazione la disciplina degli atti soprassessori, considerati autonomamente impugnabili⁷⁶.

Una tale interpretazione intende evidentemente corroborare la posizione difensiva dell'istante, già sferzata da delle letture sostanzialistiche della disciplina partecipativa. La giurisprudenza quindi, pur cautamente riferendosi a sole circostanze eccezionali e patologiche, evita un'applicazione che tradisca la natura garantistica del preavviso, rendendo la comunicazione un adempimento non solo inutile, ma anche pregiudizievole per l'interessato, le cui aspirazioni sono sacrificate dal un indefinito arresto procedimentale⁷⁷.

5. Rapporti fra il preavviso e il silenzio c.d. significativo

A proposito dell'inerzia dell'amministrazione, la dottrina si è interrogata riguardo ai rapporti fra il preavviso e il silenzio dell'autorità procedente, specie nei casi in cui debba ritenersi significativo congiuntamente al decorso dei termini procedurali, sostituendo un provvedimento espresso. Le perplessità riguardano l'applicabilità degli obblighi del preavviso anche nelle ipotesi di un silenzio c.d. significativo. Dunque, per affrontare correttamente le incertezze, è stato utile distinguere differenti circostanze ed ipotesi di silenzio, ciascuna con dei propri effetti, di modo da meglio comprendere quali siano i diversi rapporti

⁷⁵ A proposito già Cons. Stato, Sez. VI, 3043/2005; Tar. Sicilia, Palermo, Sez. II, 270/2010; Tar. Puglia, Lecce, Sez. II, 5192/2006; Cons. Stato, Sez. VI, 3554/2011: "risulta in astratto condivisibile la non impugnabilità del preavviso di diniego, di cui all'art. 10-bis, l. n. 241/1990, ad opposte conclusioni deve pervenirsi quando a detto preavviso non solo non abbia fatto seguito, in tempi ragionevoli, l'emanazione di alcun provvedimento formale sull'istanza presentata, ma sia anche ravvisabile una sostanziale sospensione a tempo indeterminato del procedimento, con lesione attuale dell'interesse pretensivo del privato e conseguente applicabilità dei principi, pacificamente riconosciuti dalla giurisprudenza in materia di impugnazione degli atti soprassessori".

⁷⁶ Cons. Stato, Sez. V, 1902/2001; Cons. Stato, Ad. Pl., 8/1986; Tar. Lazio, Roma, Sez. IV, 1136/2022; Tar. Puglia, Lecce, Sez. III, 1230/2017; Tar. Puglia, Lecce, Sez. III, 1456/2016.

⁷⁷ *Ibidem*.

fra l'art. 10-bis, disciplinante il preavviso, e l'art. 20 l. 241/1990, sul silenzio c.d. significativo.

Anzitutto, non sembra problematica l'ipotesi per la quale all'inerzia dell'amministrazione il legislatore riconduca un semplice silenzio c.d. inadempimento, dinanzi al quale non si estingue l'obbligo, gravante sull'autorità procedente, di concludere il procedimento adottando un provvedimento espresso e dunque rispondendo esplicitamente alle istanze del privato⁷⁸. Il preavviso infatti rimane infatti un atto semplicemente interlocutorio ed endoprocedimentale (*supra*), incapace di soddisfare l'obbligo gravante sull'amministrazione, tenuta a provvedere espressamente sull'affare (art. 2.1 l. 241/1990), obbligo che rimane attuale anche quando i motivi ostativi siano stati doverosamente opposti al privato⁷⁹. Se la comunicazione rimane solamente un atto endoprocedimentale e non viene adottato il provvedimento conclusivo nei termini assegnati allora l'amministrazione dovrà considerarsi inadempiente e ancora obbligata a provvedere⁸⁰.

Nel caso invece in cui il legislatore riconosca al silenzio dell'amministrazione il valore di un provvedimento implicito positivo (silenzio-assenso) allora si rende necessaria una completa lettura della fattispecie di cui all'art. 20 l. 241/1990, il cui comma quinto esplicitamente garantisce l'applicabilità delle disposizioni sul preavviso. Dunque, anche se al procedimento dovessero applicarsi le discipline sul silenzio-assenso, rimane salva l'obbligatorietà della comunicazione, che rappresenta una garanzia ineliminabile per l'istante e la cui esclusione sarebbe anche in tali circostanze totalmente

⁷⁸ P. AMOVILLI, *La comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza fra partecipazione, deflazione del contenzioso e nuovi modelli di contraddittorio ad armi pari*, in www.giustiziamministrativa.it, 2009.

⁷⁹ L'art. 1.1 l. 241/1990 dispone che "Ove il procedimento consegua obbligatoriamente ad un'istanza, ovvero debba essere iniziato d'ufficio, le pubbliche amministrazioni hanno il dovere di concluderlo mediante l'adozione di un provvedimento espresso". F. F. GUZZI, R. ROLLI, *La legge di riforma del procedimento amministrativo al vaglio della giurisprudenza*, in *Federalismi.it*, 4/2008, pp. 7-8.

⁸⁰ M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, quarta edizione, Bologna, Il Mulino, 2019, pp. 252-253; Tar. Campania, Napoli, Sez. IV, 4607/2017.

irrazionale in quanto incompatibile con la precedente esternazione di una volontà contraria⁸¹. Inoltre, gli effetti declinati dall'obbligatorietà del preavviso oltrepassano anche le garanzie del privato e investono l'efficienza dell'amministrazione. Si è rilevato infatti che l'applicabilità della comunicazione scongiura la deresponsabilizzazione della pubblica amministrazione e il disinteresse verso il procedimento, destinato, in ogni caso, a concludersi nonostante l'inerzia dell'autorità procedente. Se l'amministrazione è obbligata a preavvisare i motivi ostativi, allora è anche richiesta un'istruttoria completa e approfondita, sulla base della quale si conduca un'analisi effettiva dell'istanza e dei possibili presupposti utili all'accoglimento⁸². All'amministrazione non sarà quindi consentito confidare nelle disposizioni disciplinanti il silenzio-assenso per lasciare negligenemente decorrere i termini senza neanche esaminare l'istanza e considerare l'effettiva rispondenza della richiesta avanzata dal privato ai requisiti legislativi.

Gli interpreti, postulando dunque l'evidente applicabilità dell'art. 10-bis anche a procedimenti per i quali si prevede il silenzio-assenso, si sono quindi chiesti se la comunicazione potesse condurre ad un provvedimento implicito o se, al contrario, il preavviso fosse incompatibile con una conclusione silente del procedimento stesso. Dalla lettura del testo normativo, sembra più ragionevole la seconda ipotesi, favorevole all'incompatibilità fra la comunicazione dei motivi ostativi e il successivo accoglimento dell'istanza dovuto all'inerzia dell'amministrazione oltre i termini consentiti. È infatti sembrato che il legislatore, obbligando l'amministrazione a preavvisare i motivi ostativi, intenda prevenire un accoglimento tacito dell'istanza, disinnescando la disposizione dell'art. 20 l. 241/1990. La giurisprudenza ha difatti valorizzato anche una predecisione provvisoria dell'amministrazione, la quale preannuncia la reiezione dell'istanza e quindi esclude un tacito assenso nei riguardi dell'interessato⁸³. E,

⁸¹ Tar. Campania, Napoli, Sez. VII, 7822/2006.

⁸² G. STRAZZA, *L'ambito di operatività del silenzio-assenso e le esigenze di certezza* (nota a Cass., Sez. III, ord. 6 luglio 2020 n. 13865), in *Rivista Giuridica dell'edilizia*, 4/2020, p. 864; V. PARISIO, *il silenzio della pubblica amministrazione tra prospettive attive e fattuali, alla luce delle novità introdotte dalla l. 11 febbraio 2005 n. 15 e dalla l. 14 maggio 2005 n. 80*, in *Foro Amm.*, 7-8/2006, p. 2798.

⁸³ In particolare, Cons. Stato, Sez. IV, 6237/2008 precisa che: "Il legislatore – proprio perché l'art. 10 bis si applica in sede di definizione dell'istanza di condono – ha così previsto che il

d'altra parte, sarebbe illogico ritenere che l'esternazione di una volontà contraria dell'amministrazione, per quanto provvisoria e infraprocedimentale, possa condurre all'accoglimento dell'istanza, che quindi contraddirebbe la precedente posizione dell'autorità procedente⁸⁴. In particolare, il silenzio dell'amministrazione, preavvisata la possibile reiezione dell'istanza, "perde inevitabilmente quei caratteri di univocità ed omogeneità" che possono condurre ad un accoglimento implicito⁸⁵. Quand'anche dunque decorrano inutilmente i termini procedurali, l'inerzia dell'amministrazione diventa sostanzialmente contraddittoria e un'interpretazione tale da ricondurre alla stessa un significato tacito contravverrebbe i canoni di imparzialità, efficienza ed efficacia dell'amministrazione stessa⁸⁶. Se l'amministrazione dunque intende respingere l'istanza dell'interessato sarà tenuta ad inoltrare la dovuta comunicazione, paralizzando l'applicabilità della disciplina sul silenzio c.d. significativo e riportando il procedimento alla sua forma ordinaria⁸⁷. Ne consegue che, quando al preavviso segue l'inerzia dell'amministrazione, allora il silenzio andrà riqualificato come inadempimento, contestabile dall'interessato ricorrendo ai mezzi processuali concessigli (art. 117 c.p.a.).

silenzio assenso non è configurabile quando è adottato un atto tipico e doveroso (sia pure infraprocedimentale e antecedente alla reiezione dell'istanza)".

⁸⁴ M. CERRETO, *Il novellato preavviso di rigetto ex art. 10-bis l. 241/1990: un nuovo punto di equilibrio nel percorso di parificazione tra p.a. e privato (Modifiche apportate con d.l. 76/2020 convertito con legge n. 120/20)*, in www.giustamm.it, 11/2020; Cons. Stato, Sez. III, 418/2014 "del resto, non potrebbe ritenersi logica la formazione di un provvedimento tacito di assenso quando la stessa amministrazione, sia pure in modo ancora non definitivo, ha chiaramente indicato (nel preavviso di diniego) le ragioni per le quali la domanda proposta non può essere accolta".

⁸⁵ Nella direzione opposta si pronuncia tuttavia Tar. Veneto, Venezia, Sez. III, 1968/2022, per la quale il decorso del termine (relativamente a istanze di autorizzazione all'installazione di impianti di telefonia) implica l'accoglimento tacito anche se già l'amministrazione aveva preavvisato al privato i motivi ostativi. Sulla stessa linea anche Cons. Stato, Sez. IV, 3190/2019; Cons. Stato, Sez. V, 2548/2023.

⁸⁶ A. VACCA, *Comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza ex art. 10 bis, l. 7 agosto 1990 n. 241 e modalità di esercizio del potere amministrativo: prima ricostruzione di un complesso fenomeno di alterazioni procedurali*, in *Foro amm.*, 5/2006, p. 1824; P. AMOVILLI, *La comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza fra partecipazione, deflazione del contenzioso e nuovi modelli di contraddittorio ad armi pari*, in www.giustiziamministrativa.it, 2009.

⁸⁷ G. GUZZARDO, *Semplificazioni e complicazioni nei titoli edilizi*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, 2/2015, p. 35; V. PARISIO, *il silenzio della pubblica amministrazione tra prospettive attive e fattuali, alla luce delle novità introdotte dalla l. 11 febbraio 2005 n. 15 e dalla l. 14 maggio 2005 n. 80*, in *Foro Amm.*, 7-8/2006, p. 2798.

Più complessa invece l'analisi dei rapporti fra il preavviso e il silenzio dell'amministrazione quando allo stesso debba riconoscersi il valore di un implicito diniego, ipotesi che ricorre per isolate fattispecie tassativamente identificate dal legislatore⁸⁸. Anzitutto occorre considerare che una parte degli interpreti ha addirittura avanzato l'idea per la quale debba escludersi l'applicabilità dell'art. 10-bis nei casi di un silenzio-diniego, considerando che il dispositivo stesso obbliga l'amministrazione alla comunicazione dei motivi ostativi solo "*prima della formale adozione di un provvedimento negativo*". Il formale provvedimento negativo diventerebbe quindi un presupposto indefettibile per l'applicazione della normativa sul preavviso, che non sarebbe integrato nel caso in cui si associ all'inerzia dell'amministrazione il valore di un silenzio significativo. Se dunque si considerano ontologicamente differenti il formale provvedimento negativo, da un lato, e, dall'altro, il diniego tacito, attenendosi ad una interpretazione letterale della disciplina si dovrebbe concludere che nei casi di un silenzio-diniego dovrebbe essere esclusa l'applicazione dell'art. 10-bis⁸⁹. Tuttavia, sembra preferibile la soluzione opposta, che considera più ragionevolmente la dizione legislativa, evitando le rigidità di un'interpretazione solo superficiale, attenta al significato letterale ma al contempo indifferente alla sostanza delle intenzioni del legislatore. Infatti, riferendosi al formale provvedimento, la fattispecie intende solo identificare cronologicamente il termine entro il quale il preavviso deve essere inoltrato all'interessato e non certo, come è stato proposto, rappresentare un ulteriore requisito che condizioni l'applicabilità del dispositivo. Il risultato è che il privato deve essere informato dei motivi ostativi sia prima della formale adozione del provvedimento, sia prima del decorso dei termini oltre i quali il legislatore, stante l'inerzia dell'amministrazione, considera l'istanza respinta⁹⁰. Negare al privato la ricezione

⁸⁸ M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, quarta edizione, Bologna, Il Mulino, 2019, p. 252.

⁸⁹ P. AMOVILLI, *La comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza fra partecipazione, deflazione del contenzioso e nuovi modelli di contraddittorio ad armi pari*, in www.giustiziamministrativa.it, 2009.

⁹⁰ A. VACCA, *Comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza ex art. 10 bis, l. 7 agosto 1990 n. 241 e modalità di esercizio del potere amministrativo: prima ricostruzione di un complesso fenomeno di alterazioni procedurali*, in *Foro amm.*, 5/2006, p. 1824.

della comunicazione significherebbe, d'altro lato, anche indebolirne le garanzie e estromettere l'interessato dall'interlocuzione dialogica con l'amministrazione in relazione al tipo procedimentale, tradendo le intenzioni deflative e collaborative che permeano proprio l'art. 10-bis.

Confermata l'applicabilità del preavviso anche nei procedimenti per i quali il silenzio dell'amministrazione è qualificato come reiezione dell'istanza, occorre ora interrogarsi sull'effettiva significatività dell'inerzia amministrativa a seguito della comunicazione. Sul punto è utile distinguere differenti circostanze, considerando l'eventualità per la quale il privato effettivamente partecipi al contraddittorio endoprocedimentale deducendo del proprio materiale informativo oppure, viceversa, rimanga anch'esso acquiescente, lasciando decorrere i dieci giorni utili al deposito di memorie e documenti. Si è quindi ritenuto che nel primo caso, avendo già l'amministrazione preannunciato la reiezione dell'istanza, la successiva inerzia dell'autorità procedente rappresenterebbe una condotta inequivoca che dovrebbe inevitabilmente condurre al perfezionamento di un diniego implicito. Se il privato quindi non partecipa al contraddittorio attivato dall'amministrazione, allora il procedimento potrà approdare anche ad una conclusione tacita, compatibile con la volontà decisoria – pur provvisoria ed endoprocedimentale – esternata dall'amministrazione. Considerando invece la seconda eventualità, per il quale l'istante partecipi al procedimento deducendo memorie e documenti, allora la conclusione sarà completamente diversa. Infatti, il procedimento disegnato dalla fattispecie dell'art. 10-bis imporrà all'amministrazione l'adozione di un provvedimento espresso, che motivi anche sulle controdeduzioni del privato e che si posizioni espressamente sull'istanza⁹¹. L'amministrazione quindi non potrà semplicemente ignorare gli apporti del privato e confidare nella tacita formazione del provvedimento negativo, quando proprio l'art. 10-bis chiede una

⁹¹ A. VACCA, *Comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza ex art. 10 bis, l. 7 agosto 1990 n. 241 e modalità di esercizio del potere amministrativo: prima ricostruzione di un complesso fenomeno di alterazioni procedurali*, in *Foro amm.*, 5/2006, p. 1824; P. AMOVILLI, *La comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza fra partecipazione, deflazione del contenzioso e nuovi modelli di contraddittorio ad armi pari*, in www.giustiziamministrativa.it, 2009; si veda Tar. Sardegna, Cagliari, Sez. II, 151/2017.

puntuale motivazione sulle controdeduzioni⁹². La disciplina sul silenzio-diniego risulterà quindi inapplicabile ed un'eventuale inerzia dell'amministrazione, ancora una volta, sarà censurabile dal ricorrente e qualificabile come inadempimento e violazione dell'obbligo di provvedere espressamente, codificato dall'art. 2 l. 241/1990⁹³.

6. *Collocazione del preavviso nel procedimento amministrativo e competenza all'adozione dell'atto*

Riguardo all'esatta collocazione della comunicazione nella scansione procedimentale, la dottrina sembra dividersi ritenendo, per una parte, che il preavviso sia riconducibile ad un atto meramente istruttorio e per l'altra che invece debba considerarsi atto predecisorio. Si è difatti notato che, pur immediatamente precedendo l'adozione del provvedimento conclusivo, il preavviso intende attivare un segmento collaborativo accostabile all'istruttoria, considerati gli eventuali apporti con i quali il privato informa l'amministrazione rispetto ad ulteriori fatti e circostanze pertinenti all'oggetto del procedimento⁹⁴. Sicché, il preavviso, innescando un contraddittorio utile "al completamento della cornice istruttoria", da un lato precede la definitiva risoluzione amministrativa ma, dall'altro, intende soprattutto sollecitare l'intervento del privato, che arricchisce il materiale informativo disponibile all'amministrazione⁹⁵. La decisione finale segue quindi non solo il preavviso ma anche la sequenza partecipativa che vi deriva, potendo solo allora l'amministrazione ponderare adeguatamente gli interessi inerenti al procedimento e valutare approfonditamente le posizioni dell'interessato. Se ne conclude che "la fase decisoria in senso proprio debba necessariamente collocarsi in un momento

⁹² M. CERRETO, *Il novellato preavviso di rigetto ex art. 10-bis l. 241/1990: un nuovo punto di equilibrio nel percorso di parificazione tra p.a. e privato (Modifiche apportate con d.l. 76/2020 convertito con legge n. 120/20)*, in www.giustamm.it, 11/2020.

⁹³ Tar. Campania, Napoli, Sez. III, 4307/2023; Tar. Lazio, Roma, Sez. II, 12204/2017.

⁹⁴ V. TENORE, *L'incidenza della nuova legge n. 241 del 1990 sulle pubbliche amministrazioni*, Cedam, 2006, p. 24.

⁹⁵ S. TARULLO, *Preavviso di rigetto fra garanzia partecipativa e collaborazione istruttoria*, In www.giustamm.it, 1/2005, p. 2.

successivo all'inoltro del preavviso", al quale invece seguono delle attività che ancora si devono ritenere istruttorie⁹⁶. A favore di una tale soluzione depone anche l'interruzione (ora sospensione) dei termini procedimentali, che deve proprio garantire all'amministrazione i tempi e gli spazi utili ad un'ulteriore valutazione dei materiali conoscitivi adottati dal privato, il cui esame richiede aggiuntivi approfondimenti istruttori⁹⁷.

Altra parte della dottrina è invece approdata a delle soluzioni opposte, ritenendo che il preavviso rappresenti un atto sostanzialmente predecisorio che anticipa il provvedimento conclusivo, notiziando al privato interessato i motivi che precluderanno l'accoglimento dell'istanza⁹⁸. Il contenuto del preavviso presuppone quindi l'esistenza di una decisione amministrativa, la quale, per quanto embrionale e provvisoria, già rappresenta un progetto provvedimento che aspira alla definitività⁹⁹. L'amministrazione difatti esterna nel preavviso un proprio intendimento e invita solamente il privato a posizionarsi sullo stesso, deducendo memorie e documenti. D'altra parte, se il privato, pur preavvisato riguardo ai motivi ostativi, rimane inerte rinunciando alla deduzione di documenti o memorie, allora il contenuto del preavviso sarà tendenzialmente destinato a cristallizzarsi nel provvedimento reiettivo, che potrà anche solo riprodurre i motivi già opposti dall'amministrazione. Allo stesso risultato si giunge nel caso in cui invece, malgrado l'attiva partecipazione dell'interessato, siano stati adottati documenti o memorie incapaci di dissuadere

⁹⁶ S. TARULLO, *Preavviso di rigetto fra garanzia partecipativa e collaborazione istruttoria*, In www.giustamm.it, 1/2005, p. 2; G. MICARI, *Il preavviso di rigetto provvedimento, la "partecipazione nella partecipazione" e l'art. 21 octies della L. n. 241 del 1990 al vaglio giurisprudenziale*, in *Giurisprudenza di merito*, 6/2006, p. 1544.

⁹⁷ Tar. Lazio, Roma, Sez. II bis, 11946/2009: "La giurisprudenza ha, altresì, precisato che la comunicazione del preavviso di rigetto seguita dalla produzione di nuovi scritti e da nuovi documenti ad opera dell'interessato dà luogo ad un ulteriore sviluppo dell'istruttoria procedimentale; pertanto, il provvedimento finale di rigetto o di accoglimento dell'istanza, scaturisce comunque da tale ulteriore istruttoria".

⁹⁸ Tar. Lazio, Roma, Sez. II bis, 11946/2009; Tar. Lazio, Roma, Sez. II, 7586/2023; Cons. Stato, Sez. VII, 9556/2022; Tar. Piemonte, Torino, Sez. I, 424/2022.

⁹⁹ O. APPERTI, *Partecipazione procedimentale*, in *Procedimento Amministrativo*, a cura di Marcello Clarich e Giuliano Fonderico, Ipsoa, 2015, p. 189; M. RAMAJOLI, R. VILLATA, *Procedimento art. 10 bis l. 251/1990*, in *Libro dell'anno del Diritto*, 2012; P. LAZZARA, *Art. 10-bis – comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza*, in *L'azione amministrativa*, a cura di Alberto romano, Giappichelli, 2016, p. 383.

l'amministrazione dalla predecisione preannunciata¹⁰⁰. Ciononostante, occorre ricordare che l'amministrazione potrà sempre – o quantomeno fino all'adozione del provvedimento definitivo – ritornare sul proprio progetto decisorio, valutando eventuali sopravvenienze o anche solo riconsiderando i fatti già esaminati, per approdare ad un provvedimento conclusivo che, pur mancando il contributo del privato, riformi i motivi ostativi adottati dal preavviso o addirittura accolga l'istanza. L'intendimento esternato dal preavviso rimane difatti sempre intrinsecamente provvisorio e dunque esposto a delle rimeditazioni dell'amministrazione, che potrà sempre cambiare i propri orientamenti favorevolmente al privato nel provvedimento finale, unico atto dal quale discende una decisione definitiva dell'amministrazione. D'altra parte, dinnanzi a sopravvenienze o anche solo delle rivalutazioni, l'amministrazione sarà sempre tenuta alla buona fede collaborazione con il privato (art. 1.2-bis l. 241/1990), non potendo semplicemente confermare quanto esposto nel preavviso nonostante i motivi opposti si rivelino successivamente inattuali oppure incapaci di condurre al definitivo diniego. La collaborazione e buona fede imporrebbe in tali circostanze di ritornare sulle proprie predeterminazioni e accogliere, ove ne ricorrano i presupposti, l'istanza del privato. Al di là di tali rilievi, la stessa conclusione, favorevole alla natura predecisoria del preavviso, parrebbe inoltre confermata dal testo della legge procedimentale, che obbliga inequivocabilmente l'amministrazione al completamento dell'istruttoria indipendentemente dall'apporto partecipativo del privato. L'amministrazione non può quindi fidarsi negli apporti integrativi del privato di modo da rimediare così a lacune o difetti istruttori, essendo il responsabile obbligato a rilevare ogni fatto utile all'esercizio provvedimentale già prima del preavviso. Se allora il perfezionamento delle attività istruttorie compete al responsabile del procedimento, il quale rileva anche d'ufficio ogni fatto pertinente, il contraddittorio attivato dal preavviso garantisce solamente un dialogo fra le parti ma non la prosecuzione dell'istruttoria procedimentale, che già deve ritenersi

¹⁰⁰ S. TARULLO, *Preavviso di rigetto fra garanzia partecipativa e collaborazione istruttoria*, In www.giustamm.it, 1/2005, p. 2.

conclusa e completa¹⁰¹. Inoltre la formulazione della fattispecie sembra suggerire una tale interpretazione quando si riferisce “alla formale adozione del provvedimento negativo” e ai “motivi ostativi”, inducendo la dottrina a deporre a favore di una qualificazione predecisoria del preavviso¹⁰².

Si aggiungono delle opinioni mediane, che invece valorizzano l'autonomia del preavviso, il quale da un lato sollecita il privato richiedendo delle ulteriori integrazioni o allegazioni, ma al contempo conclude il segmento istruttorio del procedimento, diventando un atto predecisorio¹⁰³. Il preavviso dunque segna la fine dell'istruttoria, considerato che solo allora l'amministrazione potrà efficacemente rappresentare all'interessato i motivi ostativi all'accoglimento, annunciando un proprio progetto decisivo. Tuttavia, la partecipazione dell'interessato potrà indurre l'amministrazione ad una ulteriore “parentesi istruttoria”, dovuta all'attivazione del contraddittorio sui motivi ostativi, che prelude anche ad una possibile revisione della decisione preannunciata¹⁰⁴. Una tale soluzione sembra più condivisibile, pronunciandosi a favore di una natura mista del preavviso, che certamente anticipa al privato la posizione dell'amministrazione, ma apre anche il procedimento ad un'ulteriore appendice o coda istruttoria, solo eventuale.

Una delle più rilevanti ricadute pratiche della qualificazione dottrinale del preavviso è rappresentata dall'identificazione delle competenze, atteso che la legge procedimentale obbliga alternativamente il “*responsabile del procedimento o*

¹⁰¹ R. PROIETTI, *Commentario alla legge sul procedimento amministrativo*, a cura di Solveig Cogliani, Padova, Cedam, 2007, p. 369; S. TARULLO, *Preavviso di rigetto fra garanzia partecipativa e collaborazione istruttoria*, In www.giustamm.it, 1/2005, p. 2; L'art. 6 della l. 241/1990 chiarisce difatti le competenze del responsabile del procedimento, il quale “accerta di ufficio i fatti, disponendo il compimento degli atti all'uopo necessari, e adotta ogni misura per l'adeguato e sollecito svolgimento dell'istruttoria”.

¹⁰² P. LAZZARA, *Art. 10-bis – comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza*, in *L'azione amministrativa*, a cura di Alberto romano, Giappichelli, 2016, p. 383.

¹⁰³ Sembrano inclini a preferire una tale interpretazione P. LAZZARA, *Art. 10-bis – comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza*, in *L'azione amministrativa*, a cura di Alberto romano, Giappichelli, 2016, p. 383; R. PROIETTI, *Commentario alla legge sul procedimento amministrativo*, a cura di Solveig Cogliani, Padova, Cedam, 2007, p. 369.

¹⁰⁴ R. PROIETTI, *Commentario alla legge sul procedimento amministrativo*, a cura di Solveig Cogliani, Padova, Cedam, 2007, p. 369.

l'autorità competente? alla comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento. Inoltre, dopo l'ultima riforma apportata dal decreto cd. "semplificazioni" il legislatore richiede al responsabile e all'autorità competente anche un'esplicita motivazione sulle osservazioni presentate, mentre nel dettato previgente nulla si specificava¹⁰⁵. Le osservazioni proposte dalla dottrina a riguardo sono state plurime e discordanti, dividendosi sia sulla distribuzione degli oneri che la novella impone, sia sui criteri per identificare le relative competenze. In parte si è difatti ritenuto che la competenza, come sembra confermato dallo stesso testo legislativo, spettasse al responsabile del procedimento, visto che già lo stesso provvede ad ogni comunicazione, fra cui, si può immaginare, anche quella sui motivi ostativi¹⁰⁶. D'altra parte, il responsabile, competendogli l'istruttoria procedimentale, rappresenta anche l'unico interlocutore del privato, su cui si incardina il rapporto dialogico fra l'amministrazione e l'interessato: tradirebbe quindi l'intenzione ispiratrice della disciplina procedimentale, oltre a rallentare l'attività, sottrarre una tale competenza al responsabile, già istruito sui fatti rilevati e avvezzo al dialogo con la controparte¹⁰⁷. Il responsabile sembrerebbe quindi il più titolato alla definizione di un progetto decisorio quanto più solido e credibile e all'identificazione dei motivi ostativi che andrebbero opposti al privato. Tantopiù nel caso in cui l'adozione del provvedimento conclusivo spetti ad un organo collegiale, l'efficiente conduzione del procedimento richiede una celere comunicazione dei motivi ostativi, che può competere solo al responsabile¹⁰⁸.

¹⁰⁵ G. MILO, *Il preavviso di diniego dopo la legge 11 settembre 2020 n. 120*, in *Rivista Giuridica AmbienteDiritto.it*, 4/2020, p. 8.

¹⁰⁶ Art. 6.1 lett. d) l. 241/1990; S. TARULLO, *Preavviso di rigetto fra garanzia partecipativa e collaborazione istruttoria*, In www.giustamm.it, 1/2005, p. 5; G. BOTTINO, *La comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento all'istanza di parte: considerazioni su di una prima applicazione giurisprudenziale del nuovo art. 10-bis l. n. 241/1990*, in *Foro amm.*, 7/2005, pag. 1557.

¹⁰⁷ S. TARULLO, *Preavviso di rigetto fra garanzia partecipativa e collaborazione istruttoria*, In www.giustamm.it, 1/2005, p. 5; P. AMOVILLI, *La comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza fra partecipazione, deflazione del contenzioso e nuovi modelli di contraddittorio ad armi pari*, in www.giustiziamministrativa.it, 2009.

¹⁰⁸ R. PROIETTI, *Commentario alla legge sul procedimento amministrativo*, a cura di Solveig Cogliani, Padova, Cedam, 2007, pp. 378-379; P. AMOVILLI, *La comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza fra partecipazione, deflazione del contenzioso e nuovi modelli di contraddittorio ad armi pari*, in www.giustiziamministrativa.it, 2009.

Tuttavia si è notato che, disegnando il legislatore l'alternativa fra il responsabile e l'autorità competente, se pacifici sono i casi in cui le parti coincidono, le difficoltà applicative affiorano quando invece differiscono. Quindi, dinnanzi ad una divergenza fra responsabile e autorità competente, sembra preferibile la soluzione che meglio garantisce una celere conduzione del procedimento, nonché semplificazione e tempestività dell'intervento amministrativo¹⁰⁹. Si è quindi sostenuto che la fattispecie dovesse interpretarsi congiuntamente alle altre disposizioni della disciplina legislativa, che distribuiscono le competenze relative all'adozione del provvedimento finale fra il responsabile del procedimento od altra autorità¹¹⁰. Conseguentemente, il preavviso competerebbe principalmente al responsabile del procedimento e solo sussidiariamente ad una diversa autorità cui spetti l'adozione del provvedimento conclusivo¹¹¹. Particolarmente interessante una proposta, avanzata da certa dottrina, che distribuisce le competenze fra le parti menzionate dal legislatore considerando la natura del procedimento, se vincolata o discrezionale, e la natura dei motivi ostativi opposti. Particolarmente, se l'amministrazione intende opporre al privato un solo difetto documentale dell'istanza o una manchevolezza istruttoria, allora il preavviso competerebbe al responsabile del procedimento, che conduce l'istruzione procedimentale e quindi sollecita la partecipazione attiva del privato. Il difetto istruttorio rappresenterebbe quindi un impedimento pregiudiziale, immediatamente rilevabile dal responsabile, e l'apporto partecipativo del privato, sollecitato dall'amministrazione, vi potrebbe eventualmente rimediare¹¹². In tal modo, il responsabile garantirebbe il completamento dell'istruttoria, come richiesto dalla legge procedimentale (art. 6

¹⁰⁹ R. PROIETTI, *Commentario alla legge sul procedimento amministrativo*, a cura di Solveig Cogliani, Padova, Cedam, 2007, pp. 378-379.

¹¹⁰ Il riferimento, in particolare, è all'art. 6 lett. e) della l. 241/1990, per il quale l'adozione del provvedimento può spettare al responsabile o ad una differente autorità. A. GUALDANI, *Le novità in tema di preavviso di rigetto*, in *P.A. Persona e Amministrazione, ricerche giuridiche sull'amministrazione e l'economia*, 2/2022, pp. 551-552.

¹¹¹ A. GUALDANI, *Le novità in tema di preavviso di rigetto*, in *P.A. Persona e Amministrazione, ricerche giuridiche sull'amministrazione e l'economia*, 2/2022, pp. 536-537; P. AMOVILLI, *La comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza fra partecipazione, deflazione del contenzioso e nuovi modelli di contraddittorio ad armi pari*, in www.giustiziamministrativa.it, 2009.

¹¹² D. VAIANO, *Preavviso di rigetto e principio del contraddittorio nel procedimento amministrativo*, in *Giustamm.it*, n.6/2007.

l. 241/1990) coinvolgendo direttamente il privato, che colma eventuali difetti nella documentazione originariamente presentata. Se, viceversa, il provvedimento fosse discrezionale, allora il preavviso competerebbe non al responsabile, ma invece all'autorità cui spetta l'adozione dell'atto, investita sola delle attribuzioni utili all'identificazione dei motivi ostativi che precludono la soddisfazione dell'interessato¹¹³. Se difatti fosse altrimenti, il responsabile anticiperebbe delle decisioni discrezionali intromettendosi nelle valutazioni sul merito che competono alla sola autorità decidente¹¹⁴.

7. *L'inerzia del privato provoca acquiescenza?*

Ultimo corollario della natura endoprocedimentale del preavviso è rappresentato dall'esclusione di una qualsiasi condotta concludente che, rimasto il privato inerte dinnanzi alla preavvisata reiezione dell'istanza, possa considerarsi riconducibile all'acquiescenza. Gli interpreti difatti si sono interrogati sugli effetti del silenzio del privato che, pur informato riguardo al possibile esito sfavorevole del procedimento, taccia dinnanzi ai motivi ostativi preavvisatigli, omettendo la deduzione di memorie ed osservazioni. In tali circostanze, il provvedimento finale, sempreché l'amministrazione non ritorni sulle proprie decisioni sulla base di rivalutazioni dei motivi già preavvisati o di ulteriori sopravvenienze, potrebbe semplicemente confermare i contenuti della comunicazione e potrebbe proporre una breve motivazione anche solo richiamandosi all'atto precedente¹¹⁵. Allora, potrebbe sorgere il dubbio per il quale l'inerzia dell'interessato, indifferente ed inerte dinnanzi al preannunciato diniego, potrebbe rappresentare una condotta implicitamente acquiescente che preclude l'eventuale impugnazione del provvedimento conclusivo¹¹⁶.

¹¹³ P. LAZZARA, *Art. 10-bis – comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza*, in *L'azione amministrativa*, a cura di Alberto Romano, Giappichelli, 2016, p. 383.

¹¹⁴ *Ibidem*.

¹¹⁵ L'art. 3.3 l. 241/1990 dispone difatti che il provvedimento può motivare la decisione anche solo richiamandosi ad atto precedente dell'amministrazione, purché indicato e reso disponibile; L. TARANTINO, *Preavviso di diniego, acquiescenza e tutela giurisdizionale endoprocedimentale*, in *Urbanistica e Appalti*, 6/2005, p. 690.

¹¹⁶ Riguardo agli effetti dell'acquiescenza M. S. GIANNINI, *Enciclopedia del diritto*, voce *Acquiescenza*, 1/1958, p. 506, scrive che "nella scienza del diritto amministrativo, ci si è limitati a

Tuttavia, considerando la natura del preavviso, che deve ritenersi atto endoprocedimentale (*supra*), la giurisprudenza dominante si pronuncia contro la tesi ora esposta: difatti, l'efficacia di una presunta condotta acquiescente postula necessariamente l'adozione del provvedimento negativo, che non può essere rappresentato dalla sola comunicazione¹¹⁷. Se ne conclude che la natura endoprocedimentale del preavviso esclude l'effettiva rilevanza di un comportamento conclusivo dal quale si deduca l'acquiescenza dell'interessato, che può apprezzarsi solo dopo l'adozione del provvedimento finale. Iconicamente autorevole dottrina conferma difatti che "l'atto di acquiescenza ha per presupposto il provvedimento dell'autorità: potrà esservi provvedimento ancor virtuale, ma certo non basta la possibilità di un provvedimento futuro, quale che ne sia il grado di potenzialità"¹¹⁸. Ancora, a sostegno di una tale soluzione, si è notato che il privato non potrebbe anticipatamente rinunciare alle proprie protezioni nei riguardi di atti futuri, di cui ancora non può avere percezione, né sapendo se effettivamente verrà adottato, né conoscendone gli effetti lesivi o il contenuto¹¹⁹. Quindi, se l'acquiescenza non può essere riferita ad un atto meramente preparatorio ma solo al provvedimento conclusivo, la natura endoprocedimentale del preavviso, informando solamente il privato riguardo alla possibile reiezione dell'istanza, non consente l'applicazione dell'istituto dell'acquiescenza¹²⁰. Una tale soluzione sembra anche essere suffragata dalle alle prescrizioni costituzionali che presidiano la giustiziabilità delle pretese soggettive del privato, consentendo sempre qualsiasi contestazione giurisdizionale delle motivazioni del preavviso¹²¹. Non apponendo l'art. 24 Cost. alcuna limitazione di sorta né condizionando la protezione di interessi legittimi

riprodurre le posizioni dei processualisti". Anche nel diritto amministrativo quindi il tema è disciplinando ricorrendo ad un'applicazione analogica dell'art. 329 c.p.c. L. TARANTINO, *Preavviso di diniego, acquiescenza e tutela giurisdizionale endoprocedimentale*, in *Urbanistica e Appalti*, 6/2005, p. 689.

¹¹⁷ L. TARANTINO, *Preavviso di diniego, acquiescenza e tutela giurisdizionale endoprocedimentale*, in *Urbanistica e Appalti*, 6/2005, p. 689.

¹¹⁸ M. S. GIANNINI, *Enciclopedia del diritto*, voce *Acquiescenza*, 1/1958, p. 506.

¹¹⁹ L. TARANTINO, *Preavviso di diniego, acquiescenza e tutela giurisdizionale endoprocedimentale*, in *Urbanistica e Appalti*, 6/2005, p. 691.

¹²⁰ Cons. Stato, Sez. V, 166/1999; Cons. Stato sez. VI, 291/1997.

¹²¹ M. RAMAJOLI, *Preavviso di rigetto, preclusioni, giusto procedimento e giusto processo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 3/2022, p. 609.

a condotte particolari (“*tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi*”), allora non si vede in quale modo la mancata partecipazione procedimentale, rappresentando una implicita acquiescenza, debba vietare all’interessato di invocare giudizialmente i propri interessi legittimi. Ad un esito simile si giunge anche per strade differenti, sciogliendo il dubbio in rapporto al titolo soggettivo della partecipazione del privato: ritenendo l’intervento dell’interessato una sola facoltà allora vi si potrebbe rinunciare senza ulteriori conseguenze, evitando l’effetto preclusivo che invece deriverebbe dalla rinuncia ad un diritto soggettivo¹²². Pertanto, qualora manchi il contributo partecipativo, il privato semplicemente rinuncia all’esercizio di una propria facoltà e non di un diritto, senza che una tale condotta sia considerata tanto inequivoca e certa da rivelare l’accettazione tacita del successivo provvedimento.

In ogni caso, la giurisprudenza, pur confermando l’irrelevanza dell’inerzia del privato, ha ritenuto opportuno garantire ugualmente una leale collaborazione fra le parti e prevenire eventuali abusi che possano portare ad un inutile contenzioso, assecondando l’intenzione deflattiva della fattispecie. Particolarmente, si è chiarito che l’inerzia dell’istante “non dovrebbe essere premiata sino al punto da accogliere anche censure per vizi che si sarebbero potuti evitare con la proficua collaborazione” stimolata dall’amministrazione¹²³. Pertanto, benché il silenzio del privato non implichi la decadenza dall’impugnativa, l’interessato è sempre tenuto a collaborare lealmente con l’amministrazione e informare la controparte delle circostanze che possono condizionare la conclusione del procedimento. D’altra parte, l’obbligo di un

¹²² L. TARANTINO, *Preavviso di diniego, acquiescenza e tutela giurisdizionale endoprocedimentale*, in *Urbanistica e Appalti*, 6/2005, p. 691.

¹²³ P. LAZZARA, *Art. 10-bis – comunicazione dei motivi ostativi all’accoglimento dell’istanza*, in *L’azione amministrativa*, a cura di Alberto romano, Giappichelli, 2016, p. 396. Tra l’altro l’interpretazione riportata è anche suffragata da alcuni arresti della Corte di Giustizia che valorizzano la buona fede del privato quando chiamato a partecipare al procedimento. Trib. di primo grado CE, Sez. IV ampliata, 06/04/2006 (causa T-17/03): “una volta che la Commissione abbia posto gli interessati in grado di presentare efficacemente le loro osservazioni, non può esserle contestato di non aver tenuto conto di elementi di fatto che avrebbero potuto esserle presentati nel corso del procedimento amministrativo, ma che non lo sono stati”.

rapporto collaborativo fra le parti è ora esternato anche dalla legge procedimentale, il cui art. 1.2-bis, recentemente aggiunto, richiede un proficuo dialogo fra le parti utile alla migliore soddisfazione dell'interesse pubblico¹²⁴. Anche sull'interessato grava quindi un onere informativo che, se insoddisfatto, preclude al privato ricorrente la deduzione di circostanze di cui l'amministrazione già poteva essere informata in sede procedimentale, ove l'interessato avesse collaborato e contribuito al perfezionamento della cornice istruttoria¹²⁵.

Eppure anche una tale interpretazione è stata anche avversata da alcune critiche, che rilevano come mentre le controdeduzioni partecipative del privato sono autonomamente proposte dallo stesso, il ricorso invece è redatto non dall'interessato ma dal difensore, dotato della dovuta competenza tecnica. Sarebbe quindi ingiustamente lesivo, nonostante l'inerzia dell'interessato, precludere la proponibilità del ricorso, che dovrebbe essere costituzionalmente garantita¹²⁶. In ogni caso, la dottrina nota che l'inazione del privato, indifferente dinnanzi all'attivazione del contraddittorio può portare ad ulteriori conseguenze, essendo riconducibile "a quel concorso di colpa o, meglio, quella mancanza di ordinaria diligenza che determina la riduzione del danno risarcibile causato dal diniego illegittimo"¹²⁷. Se quindi il privato, oltre all'annullamento del provvedimento, chiederà giudizialmente anche il risarcimento dei danni, l'ammontare dovutogli sarà ridotto considerando l'indifferenza dell'interessato stesso che, pur interessato all'esito provvedimentale, non ha adeguatamente collaborato con l'amministrazione procedente.

¹²⁴ Recita l'art. 1.2-bis l. 241/1990: "i rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede".

¹²⁵ P. M. VIPIANA, *L'attività amministrativa*, Cedam, 2017, pp. 322-323.

¹²⁶ *Ivi*, p. 323.

¹²⁷ M. RAMAJOLI, *Preavviso di rigetto, preclusioni, giusto procedimento e giusto processo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 3/2022, pp. 609-610. In particolare il riferimento è agli art. 1227 c.c. e 30.5 c.p.a.

8. *Contenuto e motivazione del preavviso*

Si è già detto che, nonostante il legislatore non ne disciplini dettagliatamente i contenuti, il preavviso deve informare il privato riguardo ai motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza, rappresentando i "presupposti di fatto e ragioni giuridiche" che precludono la soddisfazione dell'interessato¹²⁸. Richiamandosi brevemente ai motivi ostativi il legislatore intenderebbe quindi rinviare ai supporti motivazionali richiesti nel provvedimento amministrativo che, osservando l'art. 3 l. 241/1990, devono investire sia considerazioni fattuali che giuridiche, informando il privato riguardo alle valutazioni comparative condotte dall'amministrazione¹²⁹. Tuttavia, una semplice correlazione fra gli oneri motivazionali imposti dall'art. 3 e il preavviso disciplinato all'art. 10 non sembra esaurire e spiegare la complessità della fattispecie, rendendosi anzi necessario conformare i contenuti della motivazione alle particolarità di un atto procedimentale come la comunicazione.

La giurisprudenza si è pronunciata quindi sulle plurime implicazioni motivazionali del preavviso, il cui contenuto ha sollevato dei copiosi interrogativi interpretativi. Le perplessità si sono mosse principalmente su tre fronti. Anzitutto, gli interpreti hanno affrontato il dubbio – poi risolto dalla recente novella - sulla legittimità dei motivi ostativi esposti solo dal provvedimento e non anticipati in sede procedimentale. In secondo luogo, ci si è chiesti quale dovesse essere l'effettivo rapporto fra il preavviso stesso e il provvedimento finale, ovvero i motivi ostativi dedotti dall'atto endoprocedimentale dovessero puntualmente corrispondere a quanto sarebbe poi dovuto comparire nel provvedimento. Ancora, altrettanto insidiosa si è rivelata la discussione sulla natura e sulla consistenza degli ulteriori motivi ostativi conseguenti alle osservazioni presentate. E, per ultimo, ulteriori spazi interpretativi si sono aperti anche sulla profondità delle motivazioni dell'amministrazione sulle deduzioni del

¹²⁸ Art. 3 l. 241/1990. R. PROIETTI, *Commentario alla legge sul procedimento amministrativo*, a cura di Solveig Cogliani, Padova, Cedam, 2007, p. 370.

¹²⁹ S. TARULLO, *Preavviso di rigetto fra garanzia partecipativa e collaborazione istruttoria*, In www.giustamm.it, 1/2005, p. 4; P. LAZZARA, *Art. 10-bis – comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza*, in *L'azione amministrativa*, a cura di Alberto romano, Giappichelli, 2016, p. 387.

privato, che sicuramente possono essere superate da ulteriori motivi ostativi ma non si esplicita in quali termini e con quale dettaglio motivatorio.

Quanto segue cercherà di affrontare le difficoltà interpretative e chiarire in che dubbio la motivazione richiesta dalla disciplina procedimentale debba applicarsi anche al preavviso. Nonostante il cambiamento nella formulazione del dispositivo (d.l. 76/2020), che ha corroborato gli oneri motivazionali dell'amministrazione e specificato come la stessa debba competere al responsabile o all'autorità procedente, non sembrano esserci ragioni per escludere l'applicazione di arresti giurisprudenziali anche pregressi, che rimangono per lo più ancora attuali.

Cominciando dal primo dei profili più nebulosi, problematica si è sicuramente rivelata l'interpretazione dei rapporti fra la comunicazione stessa e il provvedimento conclusivo. Particolarmente, occorre chiarire in quali termini debba o meno corrispondere il contenuto del preavviso e del provvedimento finale. La dottrina concorda ritenendo che la motivazione finale, adottato il provvedimento negativo, potrà solamente menzionare dei motivi ostativi già preavvisati al privato e sui quali lo stesso, adeguatamente informato, abbia avuto la possibilità di contraddire deducendo memorie e documenti capaci di superare le obiezioni opposte dall'amministrazione¹³⁰. Pertanto, se il provvedimento finale si deve ancorare sui soli motivi sottoposti al contraddittorio e rivelati in sede procedimentale, all'amministrazione è vietato introdurre dei motivi ulteriori, sottratti al confronto dialogico fra le parti ed estranei alle circostanze già preavvisate, che porterebbero all'illegittimità del provvedimento stesso¹³¹. Una

¹³⁰ P. LAZZARA, *Art. 10-bis – comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza*, in *L'azione amministrativa*, a cura di Alberto Romano, Giappichelli, 2016, p. 388. Tar. Calabria, Catanzaro, Sez. I, 1343/2011; Tar., Lazio, Roma, Sez. II-bis, 11946/2009; Tar. Campania, Salerno, Sez. II, 1950/2011: si esclude "ogni possibilità di fondare il diniego definitivo su ragioni del tutto nuove, non enucleabili dalla motivazione dell'atto endoprocedimentale, dato che altrimenti l'interessato non potrebbe interloquire con l'amministrazione anche su detti profili differenziali né presentare le proprie controdeduzioni prima della determinazione conclusiva dell'ufficio".

¹³¹ M. RAMAJOLI, R. VILLATA, *Procedimento art. 10 bis l. 251/1990*, in *Libro dell'anno del Diritto*, 2012; M. RAMAJOLI, *Preavviso di rigetto, preclusioni, giusto procedimento e giusto processo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 3/2022, p. 607; R. PROIETTI, *Commentario alla legge sul procedimento amministrativo*, a cura di Solveig Cogliani, Padova, Cedam, 2007, p. 379; V. TARRONI, *Preavviso di diniego e provvedimento finale: l'interpretazione dell'art. 10-bis della l. 241/1990 e ricadute applicative*, in *L'Ufficio Tecnico*, 11/2022, p. 115; Tar. Sicilia, Catania, Sez. II, 2059/2019.

conclusione differente eluderebbe il precetto del dispositivo e frustrerebbe l'utilità degli apporti partecipativi dell'interessato: l'amministrazione potrebbe difatti slealmente sempre opporre al privato dei motivi nuovi, occultati in sede procedimentale e poi rivelati per la prima volta solo nel provvedimento, rendendo il preavviso un inutile adempimento formale incapace di condizionare realmente l'esito del procedimento¹³². Il preavviso dovrebbe pertanto anticipare tutti i contenuti motivazionali del provvedimento conclusivo, essendo vietata la successiva deduzione di motivi ulteriori, non inscrivibili nella comunicazione endoprocedimentale, che inevitabilmente si sottrarrebbero al confronto dialettico con l'interessato (vedi *infra*). Quindi, essendo vietata la deduzione di motivi ulteriori, il contenuto del preavviso preclude definitivamente la successiva considerazione di materiali informativi o valutazioni aggiuntive se non stimulate da eventuali produzioni del privato: ogni circostanza rilevata dall'istruttoria e quindi nota all'amministrazione ma sottratta all'esame dell'istante deve considerarsi definitivamente irrecuperabile nel provvedimento finale¹³³. La preclusione, già confermata dalla giurisprudenza, sembra tuttavia ora suffragata anche dal testo legislativo, recentemente riformato, che acconsente solamente a "motivi ostativi ulteriori che sono conseguenza delle osservazioni", implicitamente escludendo ogni circostanza ostativa aggiuntiva già rilevata dall'amministrazione – ma non opposta al privato – oppure sopravvenuta alla comunicazione¹³⁴. Il tutto ha degli effetti responsabilizzanti anche sull'amministrazione stessa, che è meglio incentivata ad approfondire l'istruttoria ed a valutare a tempo debito ogni circostanza rilevante. L'amministrazione è infatti così obbligata ad esaminare interamente l'istanza avanzata dall'interessato, garantendo "l'adeguato e sollecito svolgimento dell'istruttoria" (art. 6, lett. a) l.

¹³² P. AMOVILLI, *La comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza fra partecipazione, deflazione del contenzioso e nuovi modelli di contraddittorio ad armi pari*, in www.giustiziamministrativa.it, 2009.

¹³³ S. TARULLO, *Preavviso di rigetto fra garanzia partecipativa e collaborazione istruttoria*, in www.giustamm.it, 1/2005, p. 5.

¹³⁴ Art. 10-bis l. 241/1990 come riformato dall'art. 12.1 lett. e) del d.l. 76/2020; F. BOTTEON, *L'art. 10-bis, l. 241/1990 e regole di motivazione (e decisione) amministrativa*, in *Comuni d'Italia*, 8/2021, p. 6.

241/1990), e quindi a sollevare ogni motivo ostativo rilevante che giustifichi il successivo diniego direttamente in sede procedimentale¹³⁵.

Eventuali circostanze sopravvenute al preavviso saranno opponibili solo notiziando nuovamente il privato ed informando riguardo ai motivi ulteriori che si aggiungono a quelli già dedotti dall'amministrazione stessa¹³⁶. In tal caso si potrebbe ricorrere alla duplicazione del preavviso, mediante la quale l'istante potrà essere edotto anche di circostanze sopravvenute che abbiano portato l'amministrazione ad ulteriori valutazioni ponderative. Pur non espressamente vietata dalla fattispecie, l'amministrazione può ricorrere alla reiterazione del preavviso purché sia usata una certa cautela e prudenza: occorre difatti contemperare le necessità istruttorie con i divieti legislativi che garantiscono celerità e efficienza all'amministrazione, proibendo un qualsiasi rallentamento sempreché non dovuto a straordinarie ed eccezionali esigenze procedurali¹³⁷. Il preavviso potrà quindi essere rinnovato solo qualora ricorrano delle circostanze eccezionali che richiedano un'ulteriore interlocuzione fra le parti e quindi la riattivazione del procedimento disciplinato dall'art. 10-bis.

A seguito, se i contenuti del preavviso e la motivazione del provvedimento conclusivo devono sostanzialmente corrispondere, essendo all'amministrazione vietata la deduzione di motivi ulteriori non preavvisati all'interessato, rimane ancora da comprendere i termini di un tale corrispondenza. In particolare, gli interpreti si sono chiesti se il contenuto del provvedimento debba pedissequamente riprodurre i contenuti del preavviso, ove naturalmente i motivi dedotti siano confermati dall'amministrazione, oppure

¹³⁵ M. RAMAJOLI, *Preavviso di rigetto, preclusioni, giusto procedimento e giusto processo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 3/2022, p. 606.

¹³⁶ P. CHIRULLI, *La partecipazione al procedimento*, in *Principi e regole dell'azione amministrativa*, a cura di Maria Alessandra Sandulli, Terza edizione, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2020, p. 302. Un'opinione contraria è espressa da P. AMOVILLI, *La comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza fra partecipazione, deflazione del contenzioso e nuovi modelli di contraddittorio ad armi pari*, in www.giustiziamministrativa.it, 2009, che esclude il rinnovo delle ragioni ostativo, il quale violerebbe il divieto di aggravio del procedimento.

¹³⁷ Art. 1.2 l. 241/1990; P. LAZZARA, *Art. 10-bis – comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza*, in *L'azione amministrativa*, a cura di Alberto Romano, Giappichelli, 2016, p. 388. L'autore specifica tuttavia che una dottrina formalistica esclude la legittimità della reiterazione del preavviso, nonostante l'inesistenza di espliciti divieti.

possa meglio specificare e articolare le posizioni già enunciate, meglio circostanziando gli stessi motivi ostativi preannunciati¹³⁸. La dottrina e la giurisprudenza sembrano inclini a riconoscere all'amministrazione di uno spazio aggiuntivo nel provvedimento conclusivo, nella cui motivazione, pur richiamandosi esclusivamente ai motivi ostativi già enunciati in sede procedimentale, potranno essere aggiunte ulteriori specificazioni o chiarimenti, precisando i termini delle posizioni sulle quali l'autorità procedente si è già arrestata nel preavviso¹³⁹. Il legislatore non richiede quindi una puntuale corrispondenza fra i contenuti del preavviso e della motivazione provvedimento, atteso che il primo può anche brevemente illustrare i motivi che giustificano la successiva reiezione dell'istanza, senza dover rigorosamente circostanziare le ragioni addotte¹⁴⁰. Pertanto, come confermato da abbondante e copiosa giurisprudenza, si esclude la rigorosa identità fra le motivazioni, sempreché il contenuto sostanziale del provvedimento si inserisca negli ambiti già disegnati dal preavviso e preannunciati al privato¹⁴¹: il preavviso deve solo riprodurre uno schema motivazionale tale solo da informare compiutamente il privato per stimolarne la reazione, senza dover pedissequamente anticipare le ragioni del successivo provvedimento¹⁴². Vista la sostanziale consonanza fra i contenuti del diniego e della comunicazione, purché adeguatamente

¹³⁸ P. AMOVILLI, *La comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza fra partecipazione, deflazione del contenzioso e nuovi modelli di contraddittorio ad armi pari*, in www.giustiziamministrativa.it, 2009.

¹³⁹ M. R. CALDERARO, *Il preavviso di rigetto rafforza il contraddittorio con il cittadino anche nei procedimenti di sanatoria edilizia (nota a Cons. Stato, Sez. VI, 12 aprile 2023, n. 3672)*, in www.giustiziainsieme.it, 7/06/2023.

¹⁴⁰ P. LAZZARA, *Art. 10-bis – comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza*, in *L'azione amministrativa*, a cura di Alberto Romano, Giappichelli, 2016, p. 387; Tar. Puglia, Lecce, Sez. III, 2236/2009: è possibile che il "preavviso non corrisponda in ogni suo dettagliato elemento a quanto contenuto nel diniego, risultando soddisfacente l'esposizione dei punti salienti dell'iter motivazionale".

¹⁴¹ G. MILO, *Il preavviso di diniego dopo la legge 11 settembre 2020 n. 120*, in *Rivista Giuridica AmbienteDiritto.it*, 4/2020, p. 4. Tar. Campania, Napoli, Sez. IV, 1041/2020; Tar. Veneto, Venezia, Sez. III 72/2019; Tar. Calabria, Catanzaro, Sez. II, 49/2016; Tar. Liguria, Genova, Sez. I, 232/2015; Tar. Lazio, Roma, Sez. II-bis, 11946/2009: "anche se non deve sussistere un rapporto di identità, nel senso sopra precisato, tra i due atti, è necessario però che il contenuto del provvedimento conclusivo di diniego si iscriva nello schema delineato dal preavviso di rigetto, il quale deve contenere la motivazione della decisione in nuce dell'Amministrazione".

¹⁴² Particolarmente significativo sul punto Cons. Stato, Sez. IV, 6325/2007; O. APPERTI, *Partecipazione procedimentale*, in *Procedimento Amministrativo*, a cura di Marcello Clarich e Giuliano Fonderico, Ipsoa, 2015, p. 189.

circostanziati, si è chiarito che anche la motivazione del provvedimento conclusivo può richiamarsi all'atto endoprocedimentale, evitando delle inutili duplicazioni motivazionali¹⁴³. D'altra parte, proprio la disciplina legislativa (art. 3 l. 241/1990) acconsente ad una motivazione che rinvii ad altro atto amministrativo, purché ne siano indicati i termini e sia disponibile all'interessato, che potrà apprezzare le ragioni della finale risoluzione amministrativa anche solo considerando i motivi già preannunciati e poi confermati dall'amministrazione¹⁴⁴. Pertanto, quando la motivazione del preavviso è sufficientemente integra e compiuta e il privato è rimasto inattivo, omettendo il deposito di osservazioni e documenti, la motivazione del provvedimento conclusivo può anche solo ed esclusivamente rimandare all'atto endoprocedimentale, evitando la ripetizione di contenuti già noti all'istante¹⁴⁵. Di una tale soluzione si sono criticate tuttavia alcune problematiche considerando la posizione di eventuali controinteressati, che non sono annoverati fra i destinatari della comunicazione e ai quali pertanto resterebbe oscura ed incomprensibile una motivazione che solo si richiama al preavviso¹⁴⁶. Ricorrendo tali circostanze quindi l'amministrazione dovrebbe inoltrare il preavviso anche ai controinteressati, di modo da rendere disponibile l'atto e quindi anche accessibile la motivazione del provvedimento conclusivo.

Passando quindi al terzo fronte più problematico, se il privato effettivamente contraddice l'amministrazione deducendo del proprio materiale documentale, allora neanche una sbrigativa motivazione *per relationem* potrà ritenersi sufficiente, richiedendo il legislatore al responsabile del procedimento o all'autorità procedente un'ulteriore integrazione riguardo alle osservazioni dell'istante. Anche prima dell'ultima riforma legislativa il testo disponeva infatti

¹⁴³ P. AMOVILLI, *La comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza fra partecipazione, deflazione del contenzioso e nuovi modelli di contraddittorio ad armi pari*, in www.giustiziamministrativa.it, 2009.

¹⁴⁴ R. PROIETTI, *Commentario alla legge sul procedimento amministrativo*, a cura di Solveig Cogliani, Padova, Cedam, 2007, p. 372.

¹⁴⁵ S. TARULLO, *Preavviso di rigetto fra garanzia partecipativa e collaborazione istruttoria*, in www.giustamm.it, 1/2005, p. 5; M. CERRETO, *Il novellato preavviso di rigetto ex art. 10-bis l. 241/1990: un nuovo punto di equilibrio nel percorso di parificazione tra p.a. e privato (Modifiche apportate con d.l. 76/2020 convertito con legge n. 120/20)*, in www.giustamm.it, 11/2020.

¹⁴⁶ P. LAZZARA, *Art. 10-bis – comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza*, in *L'azione amministrativa*, a cura di Alberto romano, Giappichelli, 2016, p. 388.

che “dell'eventuale mancato accoglimento di tali osservazioni è data ragione nella motivazione del provvedimento finale”; ma lo stesso obbligo motivazionale è stato poi rafforzato dalla novella, nei termini che si vedranno a seguito (*infra*). Il provvedimento finale quindi non solo ripropone i motivi ostativi già preannunciati, eventualmente meglio circostanziando le posizioni dell'amministrazione, ma aggiunge anche un'ulteriore spiegazione sulle ragioni che superano le osservazioni del privato¹⁴⁷. Come chiarito dalla giurisprudenza, l'amministrazione deve quindi pertinentemente replicare alle osservazioni dell'istante, esponendo ragioni “logicamente coerenti con i rilievi contenuti nelle osservazioni dell'interessato” e quindi integrando i motivi ostativi del preavviso con i motivi aggiuntivi che derivano dall'apporto del privato¹⁴⁸. D'altra parte, “il contraddittorio deve trovare puntuale riscontro nella motivazione finale”, riferendosi anche a documenti ed osservazioni proposte dall'interessato, il cui apporto, se ignorato dall'amministrazione, sarebbe altrimenti inutile ed infruttuoso¹⁴⁹. Difatti, se l'amministrazione potesse confermare i motivi ostativi preannunciati senza neanche pronunciarsi sulle controsservazioni, allora si vanificherebbe la proficuità un confronto dialettico con l'interessato, al punto da rendere il preavviso “un inutile e sterile adempimento formale”¹⁵⁰. Date le premesse, rimane pacifica l'insufficienza una motivazione che eluda le osservazioni ricorrendo a delle sole formule stilistiche, che scansano il merito delle deduzioni dell'istante semplicemente sentenziandone l'irrilevanza; così come nemmeno è accettabile la sola ripetizione dei motivi ostativi già preannunciati e noti al privato, senza che agli stessi siano aggiunte delle

¹⁴⁷ G. MILO, *Il preavviso di diniego dopo la legge 11 settembre 2020 n. 120*, in *Rivista Giuridica AmbienteDiritto.it*, 4/2020, p. 4.

¹⁴⁸ Cons. Stato, Sez. V, 4210/2021; F. BOTTEON, *L'art. 10-bis, l. 241/1990 e regole di motivazione (e decisione) amministrativa*, in *Comuni d'Italia*, 8/2021, p. 7.

¹⁴⁹ P. LAZZARA, *Art. 10-bis – comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza*, in *L'azione amministrativa*, a cura di Alberto romano, Giappichelli, 2016, p. 388.

¹⁵⁰ Cons. Stato, Sez. VI, 2615/2018; Cons. Stato, Sez. VI, 484/2019: l'amministrazione deve integrare “nella determinazione conclusiva (ovviamente, se ancora negativa), con le argomentazioni finalizzate a confutare la fondatezza delle osservazioni formulate dall'interessato nell'ambito del contraddittorio predecisorio [...] solo il *modus procedendi* appena descritto permette che la disposizione di riferimento assolva la sua funzione di consentire un effettivo ed utile confronto dialettico con l'interessato prima della formalizzazione dell'atto negativo, evitando che si traduca in un inutile e sterile adempimento formale”.

considerazioni ulteriori¹⁵¹. In tal caso, il provvedimento rivelerebbe una motivazione solo apparente, rivelata da asserzioni vaghe quanto insignificanti, nonché inidonee a ridisegnare la logica argomentativa della decisione adottata o ad affrontare chiaramente il merito delle osservazioni del privato.

Si deve inoltre specificare che nemmeno all'amministrazione dovrebbe essere consentito, avendo ignorato le osservazioni opposte dal privato, ricorrere ad una motivazione postuma e quindi integrare i motivi ostativi solo in sede processuale, tradendo l'intenzione deflattiva della normativa e trattando slealmente l'interessato¹⁵². Se difatti l'amministrazione pretermette le osservazioni o si pronuncia solo apparentemente sulle stesse, allora, acconsentendo alla motivazione postuma, si renderebbe sterile ed infruttuoso il contraddittorio procedimentale e le parti dialogherebbero per la prima volta solo in sede processuale¹⁵³. Inoltre, consentire all'amministrazione di motivare processualmente le proprie decisioni significherebbe premiare la violazione delle garanzie partecipative riconoscendo all'autorità procedente la possibilità di rivelare slealmente la propria posizione solo all'ultimo momento, riparandosi da un grado di contestazione¹⁵⁴. La motivazione postuma infatti, spostando il contraddittorio dalla sede procedimentale alla processuale, priverebbe l'interessato di un grado di esame, ovvero quello del merito, con una consequenziale e sensibile diminuzione delle possibilità di difendere le proprie posizioni e contestare le decisioni sfavorevoli. Se quindi l'amministrazione elude le controdeduzioni dell'istante allora non sarà mai consentito rimediare al difetto

¹⁵¹ P. LAZZARA, *Art. 10-bis – comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza*, in *L'azione amministrativa*, a cura di Alberto Romano, Giappichelli, 2016, p. 388; M. R. CALDERARO, *Il preavviso di rigetto rafforza il contraddittorio con il cittadino anche nei procedimenti di sanatoria edilizia (nota a Cons. Stato, Sez. VI, 12 aprile 2023, n. 3672)*, in www.giustiziainsieme.it, 7/06/2023; Tar. Campania, Napoli, Sez. VIII, 4954/2013; Tar. Lazio, Roma, Sez. II-ter, 8915/2011; Tar. Puglia, Bari, Sez. III, 1807/2011; Cons. Stato, Sez. IV, 1834/2010.

¹⁵² P. AMOVILLI, *La comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza fra partecipazione, deflazione del contenzioso e nuovi modelli di contraddittorio ad armi pari*, in www.giustiziamministrativa.it, 2009.

¹⁵³ M. R. SPASIANO, *Nuovi approdi della partecipazione procedimentale nel prisma del novellato preavviso di rigetto*, in *Il diritto dell'economia*, 2/2021, pp. 45-46; Tar. Campania, Napoli, Sez. III, 5262/2020.

¹⁵⁴ M. CERRETO, *Il novellato preavviso di rigetto ex art. 10-bis l. 241/1990: un nuovo punto di equilibrio nel percorso di parificazione tra p.a. e privato (Modifiche apportate con d.l. 76/2020 convertito con legge n. 120/20)*, in www.giustamm.it, 11/2020.

motivatorio in sede processuale, recuperando dei motivi che avrebbero dovuto essere dedotti nel provvedimento, il quale quindi deve essere ritenuto viziato.

Ben diverso invece il caso in cui l'amministrazione si sia pronunciata rispettosamente sulle obiezioni dell'istante, chiarendo le ragioni delle divergenti considerazioni che hanno indotto al provvedimento negativo. Qualora difatti si richiedessero degli ulteriori chiarimenti relativi ai rilievi dell'amministrazione che replicano, pur sommariamente, alle osservazioni del privato, allora la dottrina ritiene ammissibile un'integrazione processuale: sarebbe illogico, vista l'osservanza delle prerogative partecipative, escludere una chiarificazione processuale delle posizioni dell'amministrazione, garantendo la celere definizione dell'affare¹⁵⁵. Vista la portata oneri motivazionali, parte degli interpreti ha obiettato che il legislatore, pur evidentemente valorizzando gli esiti del contraddittorio seguente il preavviso, avrebbe potuto circoscrivere gli obblighi dell'amministrazione di modo da imporre l'esame delle osservazioni solo ove effettivamente pertinenti, coerentemente con quanto prescritto dalla fattispecie appena precedente (art. 10 l. 241/1990)¹⁵⁶. La critica sembra superabile interpretativamente, se si pensa che la motivazione provvedimentoale potrebbe posizionarsi sulle osservazioni presentate limitandosi a notarne l'inconferenza rispetto all'ambito procedimentale, anche brevemente chiarendone il motivo per evitare un successivo contenzioso a riguardo¹⁵⁷.

I profili più problematici riguardanti la motivazione sulle osservazioni del privato riguardano tuttavia la profondità con la quale l'amministrazione deve pronunciarsi sulle stesse, dettagliatamente confutando le obiezioni presentate oppure esponendo brevemente le ragioni che conducono al superamento delle stesse. La dottrina sul punto si è pronunciata ritenendo sufficiente e soddisfacente

¹⁵⁵ M. CERRETO, *Il novellato preavviso di rigetto ex art. 10-bis l. 241/1990: un nuovo punto di equilibrio nel percorso di parificazione tra p.a. e privato (Modifiche apportate con d.l. 76/2020 convertito con legge n. 120/20)*, in www.giustamm.it, 11/2020.

¹⁵⁶ S. TARULLO, *Preavviso di rigetto fra garanzia partecipativa e collaborazione istruttoria*, in www.giustamm.it, 1/2005, p. 8.

¹⁵⁷ M. RAMAJOLI, R. VILLATA, *Procedimento art. 10 bis l. 251/1990*, in *Libro dell'anno del Diritto*, 2012; S. TARULLO, *Preavviso di rigetto fra garanzia partecipativa e collaborazione istruttoria*, in www.giustamm.it, 1/2005, p. 8.

anche una sintetica motivazione sulle osservazioni presentate, senza che l'amministrazione debba puntualmente confutare le obiezioni opposte dal privato¹⁵⁸. Pertanto il provvedimento finale sarà legittimo anche solamente se dalla motivazione si evince abbia effettivamente esaminato le osservazioni e controdeduzioni del privato, considerandone il merito e esternando i le ragioni delle differenti conclusioni raggiunte¹⁵⁹. La giurisprudenza sembra sostanzialmente concordare, privilegiando un'interpretazione sostanzialistica che garantisca un apporto motivazionale tale per cui da un lato il privato sia adeguatamente edotto riguardo ai motivi che hanno condotto al superamento delle osservazioni, e dall'altro l'amministrazione eviti degli inutili aggravii procedurali che ne compromettano l'efficienza¹⁶⁰. Un'analitica confutazione delle osservazioni dedotte dal privato difatti rappresenterebbe un onere ulteriore per l'amministrazione, nel cui procedimento debbono conciliarsi certamente le prerogative difensive del privato, titolato a contraddire la controparte, ma anche il pubblico interesse a che il procedimento sia celermente condotto¹⁶¹. Se fosse altrimenti, come rivela attenta giurisprudenza, si approderebbe ad un'interminabile dialettica fra amministrazione ed interessato, che, pur garantendo il coinvolgimento dell'istante e la soddisfazione degli oneri motivazionali, pregiudicherebbe l'efficienza delle attività amministrative: la replica alle osservazioni propugnate può quindi limitarsi ad un "compiuto apprezzamento" e una "perspicua esplicazione dei presupposti fattuali e delle

¹⁵⁸ P. CHIRULLI, *La partecipazione al procedimento*, in *Principi e regole dell'azione amministrativa*, a cura di Maria Alessandra Sandulli, Terza edizione, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2020, p. 302; V. TARRONI, *Preavviso di diniego e provvedimento finale: l'interpretazione dell'art. 10-bis della l. 241/1990 e ricadute applicative*, in *L'Ufficio Tecnico*, 11/2022, p. 115.

¹⁵⁹ A. GUALDANI, *Le novità in tema di preavviso di rigetto*, in *P.A. Persona e Amministrazione, ricerche giuridiche sull'amministrazione e l'economia*, 2/2022, pp. 551; M. R. SPASIANO, *Nuovi approdi della partecipazione procedimentale nel prisma del novellato preavviso di rigetto*, in *Il diritto dell'economia*, 2/2021, pp. 49-50.

¹⁶⁰ Tar. Lazio, Roma, Sez. III-ter, 8274/2020; Cons. Stato, Sez. II, 1306/2020; Cons. Stato, Sez. IV, 6770/2022; Cons. Stato, Sez. V, 4523/2018: "l'art. 10 bis non impone nel provvedimento finale la puntale e analitica confutazione delle singole argomentazioni svolte dalla parte privata, essendo sufficiente ai fini della sua giustificazione una motivazione complessivamente e logicamente resa a sostegno dell'atto stesso".

¹⁶¹ V. TARRONI, *Preavviso di diniego e provvedimento finale: l'interpretazione dell'art. 10-bis della l. 241/1990 e ricadute applicative*, in *L'Ufficio Tecnico*, 11/2022, p. 115.

ragioni giuridiche che [...] hanno giustificato la preannunciata determinazione sfavorevole”¹⁶².

A quanto detto finora sui profili più opachi della motivazione del preavviso, si possono aggiungere delle ulteriori considerazioni. Anzitutto, si è chiarito il preavviso deve informare il privato riguardo alla possibile partecipazione procedimentale, assegnando i corrispondenti termini ed informando riguardo agli effetti di un’eventuale inattività e un conseguente difetto documentale¹⁶³. Si deve inoltre escludere che il preavviso, benché spesso assimilato alla comunicazione dell’art. 7, debba riprodurre i contenuti, conducendo a superflue e controproducenti duplicazioni, inutili sempreché non ricorrano delle specifiche circostanze che richiedano un supplemento informativo¹⁶⁴.

In ogni caso, qualora il contenuto del preavviso si rivelasse difettoso o incompleto, ne sarebbe ugualmente preclusa l’impugnabilità, consideratane la natura sostanzialmente endoprocedimentale (*supra*): il privato quindi, pur potendo sollecitare l’amministrazione mediante esposti, reclami o diffide, dovrà attendere l’adozione del provvedimento negativo e censurare il vizio impugnando l’atto conclusivo, sulla cui legittimità si riverbera l’omissione¹⁶⁵. Se ne ricava, come acutamente notato dalla dottrina, l’esclusione di qualsiasi informazione relativa alle autorità competenti in caso di ricorso, nonostante sia ordinariamente richiesta dalla disciplina procedimentale per ogni atto notificato al destinatario. Se infatti si esclude l’immediata impugnabilità del preavviso, indipendentemente dai vizi di cui può essere ritenuto affetto, allora una tale informazione, apposta alla comunicazione stessa, si rivelerebbe non solo inutile

¹⁶² M. R. CALDERARO, *Il preavviso di rigetto rafforza il contraddittorio con il cittadino anche nei procedimenti di sanatoria edilizia (nota a Cons. Stato, Sez. VI, 12 aprile 2023, n. 3672)*, in www.giustiziainsieme.it, 7/06/2023; Tar. Campania, Sez. VII, 3500/2020; Tar. Campania, Salerno, Sez. II, 1067/2018.

¹⁶³ P. LAZZARA, *Art. 10-bis – comunicazione dei motivi ostativi all’accoglimento dell’istanza*, in *L’azione amministrativa*, a cura di Alberto romano, Giappichelli, 2016, p. 388; Tar. Friuli-Venezia-Giulia, Trieste, Sez. I, 993/2005.

¹⁶⁴ R. PROIETTI, *Commentario alla legge sul procedimento amministrativo*, a cura di Solveig Cogliani, Padova, Cedam, 2007, pp. 378-379; S. TARULLO, *Preavviso di rigetto fra garanzia partecipativa e collaborazione istruttoria*, In www.giustamm.it, 1/2005, p. 4.

¹⁶⁵ V. TARRONI, *Preavviso di diniego e provvedimento finale: l’interpretazione dell’art. 10-bis della l. 241/1990 e ricadute applicative*, in *L’Ufficio Tecnico*, 11/2022, p. 115. S. TARULLO, *Preavviso di rigetto fra garanzia partecipativa e collaborazione istruttoria*, In www.giustamm.it, 1/2005, p. 5.

ma addirittura ingannevole e fuorviante, inducendo erroneamente l'interessato a confidare nell'autonoma contestabilità delle illegittimità rilevate¹⁶⁶.

9. I rapporti fra art. 10-bis e art. 21-octies prima del d.l. 76/2020

Né nel testo antecedente alla riforma né la formulazione novellata sembrano lasciare spazi a dubbi sull'obbligatorietà del preavviso che, escluse le esplicite deroghe, è dovuto in procedimento attivato su istanza. Dunque, vista la formulazione perentoria ed imperativa della fattispecie, l'amministrazione è tenuta a conformarsi agli oneri imposti dal dispositivo e a coinvolgere il privato nel procedimento qualora ricorrano i casi in cui si prescrive l'attivazione del contraddittorio. Il tenore testuale del dispositivo sembra inequivocabilmente obbligare l'amministrazione alla dialettica procedimentale e non certo riconoscere delle semplici facoltà, consegnando l'osservanza delle prerogative partecipative del privato alla discrezionalità dell'autorità procedente¹⁶⁷.

Tuttavia, gli interpreti si sono interrogati sugli effetti derivati da eventuali patologie procedimentali, dovute alla violazione delle perentorie prescrizioni legislative, qualora l'amministrazione ne disattenda gli obblighi, indebitamente estromettendo il privato dal procedimento¹⁶⁸. La dottrina è arrivata ad un esito pacifico: l'omissione del preavviso rappresenta una trasgressione procedimentale che vizia irrimediabilmente il provvedimento conclusivo, implicandone l'annullabilità¹⁶⁹. Pertanto, il privato escluso dal procedimento e insoddisfatto

¹⁶⁶ Art. 3.4 l. 241/1990; S. TARULLO, *Preavviso di rigetto fra garanzia partecipativa e collaborazione istruttoria*, in www.giustamm.it, 1/2005, p. 5.

¹⁶⁷ S. TARULLO, *Preavviso di rigetto fra garanzia partecipativa e collaborazione istruttoria*, in www.giustamm.it, 1/2005.

¹⁶⁸ P. LAZZARA, *Art. 10-bis – comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza*, in *L'azione amministrativa*, a cura di Alberto romano, Giappichelli, 2016, pp. 389-390.

¹⁶⁹ F. SAITTA, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, in AA.VV., *Percorsi di diritto amministrativo*, Torino, G. Giappichelli editore, 2014, p. 270, V. FANTI, *La nuova comunicazione nel procedimento amministrativo*, in *Urbanistica e Appalti*, 11/2005, pp. 1260-1261; G. MICARI, *Il preavviso di rigetto provvedimento, la "partecipazione nella partecipazione" e l'art. 21-octies della L. n. 241 del 1990 al vaglio giurisprudenziale*, in *Giurisprudenza di merito*, 6/2006, p. 1543; G. BOTTINO, *La comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento all'istanza di parte: considerazioni su di una prima applicazione giurisprudenziale del nuovo art. 10-bis l. n. 241/1990*, in *Foro amm.*, 7/2005, p. 1560; Tar. Piemonte, Torino, Sez. I, 2837/2005; Tar. Lazio, Roma, Sez. III-ter, 6618/2005; Tar. Sicilia, Palermo, Sez. III, 1528/2005. In particolare, un'eventuale omissione del preavviso implicherebbe un vizio

dall'esito provvedimento potrà impugnare l'atto contestando l'omissione del preavviso e censurandone l'illegittimità, affinché se ne possa decretare l'annullamento. Senonché, è stata considerata la possibilità di una deroga eccezionale, dovuta al coordinamento fra le diverse fattispecie di cui agli art. 10-bis e 21-octies, entrambe coeve e aggiunte alla disciplina procedimentale dalla l. 15/2005¹⁷⁰. Il dubbio sulla possibile applicabilità dell'art. 21-octies, che escluderebbe l'annullamento del provvedimento dinnanzi a specifiche circostanze, ha da sempre rappresentato uno dei profili più controversi del dispositivo, attanagliando la dottrina e la giurisprudenza per più di un decennio, fino all'ultimo risolutore intervento legislativo. Quindi, considerata l'evidente incertezza applicativa, il legislatore è intervenuto recentemente sciogliendo i residui dubbi e, ancora una volta, sovvertendo le prevalenti opinioni giurisprudenziali di modo da rafforzare la posizione del privato e l'efficacia del contraddittorio endoprocedimentale derivante dal preavviso¹⁷¹.

Tuttavia, utile considerare anche la posizione della giurisprudenza e della dottrina antecedente alla novella. Le ambiguità, sulle quali tanto si sono confrontanti gli interpreti, hanno coinvolto particolarmente il comma secondo del dispositivo dell'art. 21-octies, il quale esclude l'annullabilità del provvedimento solo formalmente viziato, quando l'inosservanza rimane irrilevante sul contenuto dell'atto stesso¹⁷². Particolarmente, il testo della fattispecie disponeva – e tuttora dispone – che: *“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*

affettante il provvedimento finale riconducibile alla violazione di legge ex art. 21-octies primo comma.

¹⁷⁰ G. MILO, *Il preavviso di diniego dopo la legge 11 settembre 2020 n. 120*, in *Rivista Giuridica AmbienteDiritto.it*, 4/2020, p. 3.

¹⁷¹ P. CHIRULLI, *La partecipazione al procedimento*, in *Principi e regole dell'azione amministrativa*, a cura di Maria Alessandra Sandulli, Terza edizione, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2020, p. 302; R. FUSCO, *Il necessario contraddittorio col privato nell'esercizio dei poteri discrezionali: l'efficacia invalidante del preavviso di rigetto (nota a Cons. St., Sez. II, 14 marzo 2022, n. 1790)*; in www.giustizainsieme.it; 06/07/2022.

¹⁷² V. C. IRELLI, *Osservazioni generali sulla legge di modifica della l. n. 241/90 – III parte*, in www.giustamm.it, 1/2005.

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". Il dispositivo si può distinguere in due differenti periodi, di cui il primo applicabile ai casi di un procedimento vincolato, e il secondo invece di procedimento discrezionale per il quale sia omessa la comunicazione dell'art. 7. Il primo alinea esclude l'annullabilità del provvedimento adottato con violazioni solo procedurali quando il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto differire anche ipoteticamente rimuovendo il vizio¹⁷³. Il secondo periodo invece ugualmente previene l'annullamento del provvedimento se, omessa la comunicazione di avvio, anche nei procedimenti discrezionali, l'amministrazione non poteva che adottare l'atto impugnato, dandone prova processuale¹⁷⁴. In ognuno dei due casi menzionati il risultato ottenuto è la cd. dequotazione dei vizi formali, che porta, stanti le circostanze elencate dalla fattispecie stessa, alla conservazione del provvedimento impugnato, benché illegittimo. La dequotazione del vizio evita quindi degli annullamenti giustificati da una esclusiva contestazione formale, che ritardano inutilmente l'esito dell'attività amministrativa, rappresentando un successo solo processuale del ricorrente, destinato ad essere frustrato dalla reiterazione del medesimo provvedimento¹⁷⁵. Difatti l'eventuale accoglimento del ricorso e la caducazione del provvedimento illegittimo soddisferebbe solo transitoriamente il ricorrente, almeno fintantoché l'amministrazione non adotti nuovamente "l'atto emendato dal vizio procedimentale e dello stesso contenuto di quello annullato"¹⁷⁶. Pur parzialmente contraddicendo lo spirito e le intenzioni originarie della disciplina procedimentale, il legislatore privilegia dunque efficienza ed economicità dell'attività amministrativa, anche se garantire la conservazione dell'esito provvedimentale significa inevitabilmente sacrificare le utilità derivate da

¹⁷³ M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, quarta edizione, Bologna, Il Mulino, 2019, pp. 211-212.

¹⁷⁴ *Ibidem*.

¹⁷⁵ P. AMOVILLI, *La comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza fra partecipazione, deflazione del contenzioso e nuovi modelli di contraddittorio ad armi pari*, in www.giustiziamministrativa.it, 2009.

¹⁷⁶ R. FUSCO, *Il necessario contraddittorio col privato nell'esercizio dei poteri discrezionali: l'efficacia invalidante del preavviso di rigetto (nota a Cons. St., Sez. II, 14 marzo 2022, n. 1790)*; in www.giustiziainsieme.it; 06/07/2022.

un'interlocuzione dialogica fra privato ed autorità procedente¹⁷⁷. La disposizione, che ha tra l'altro sollevato da più parti alcuni dubbi relativi ad una sospetta incostituzionalità, si articola su due proposizioni, che disciplinano la sorte del provvedimento viziato nel caso rispettivamente di provvedimenti vincolati e discrezionali¹⁷⁸. Riguardo al primo enunciato dell'art. 21-octies, gli interpreti sono per lo più stati concordi, deponendo a favore di una applicazione anche nei confronti del preavviso, salve le esclusioni di una più recente giurisprudenza, di cui si parlerà a seguito (*infra*). È stata ben più problematica l'interpretazione del secondo enunciato della fattispecie. Gli interpreti, benché la lettera del dispositivo si riferisca esclusivamente alla sola comunicazione disciplinata dall'art. 7, si sono particolarmente confrontati sull'applicabilità analogica dell'enunciato anche al preavviso, considerando la vicinanza ontologica degli atti, che condividono entrambi un'intenzione partecipativa¹⁷⁹.

Valorizzando le intenzioni dell'art. 21-octies, la giurisprudenza anteriore alla recente riforma si è sempre rivelata quindi inclina ad una interpretazione antiformalistica e funzionale della disciplina, che garantisca l'economicità dell'attività amministrativa escludendo l'annullabilità dell'atto nel caso in cui o fossero ugualmente osservate le prerogative partecipative del privato, o la caducazione del provvedimento non avesse potuto apportare alcun reale e

¹⁷⁷ P. AMOVILLI, *La comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza fra partecipazione, deflazione del contenzioso e nuovi modelli di contraddittorio ad armi pari*, in www.giustiziamministrativa.it, 2009; Cons. Stato, Sez. VI, 1001/2020; Cons. Stato, Sez. IV, 256/2009: "la ratio dell'art. 21-octies, eloquente espressione dell'evoluzione del giudizio amministrativo dall'atto al rapporto, attraverso la dequotazione dei vizi formali dell'atto, è proprio quella di garantire una maggiore efficienza all'azione amministrativa risparmiando antieconomiche ed inutili duplicazioni di attività, laddove il riesercizio del potere non potrebbe comunque portare all'attribuzione del bene della vita richiesto dall'interessato."

¹⁷⁸ Sui dubbi costituzionali si veda G. MICARI, *Legittimità costituzionale del disposto di cui all'art. 21-octies l. n. 41/1990: tra logica di risultato e logica di legalità*, in *Corriere del Merito*, 12/2005, p. 1343; V. C. IRELLI, *Osservazioni generali sulla legge di modifica della l. n. 241/90 – III parte*, in www.giustamm.it, 1/2005; P. AMOVILLI, *La comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza fra partecipazione, deflazione del contenzioso e nuovi modelli di contraddittorio ad armi pari*, in www.giustiziamministrativa.it, 2009.

¹⁷⁹ F. F. GUZZI, R. ROLLI, *La legge di riforma del procedimento amministrativo al vaglio della giurisprudenza*, in *Federalismi.it*, 4/2008, pp. 14-15; R. FUSCO, *Il necessario contraddittorio col privato nell'esercizio dei poteri discrezionali: l'efficacia invalidante del preavviso di rigetto (nota a Cons. St., Sez. II, 14 marzo 2022, n. 1790)*, in www.giustiziainsieme.it, 06/07/2022.

permanente beneficio al ricorrente¹⁸⁰. D'altra parte, si rilevava concordemente che la considerazione sull'effettiva osservanza delle prerogative partecipative dell'istante piuttosto che sulla formale legittimità dell'atto risponde all'oggetto del sindacato giudiziale, ormai focalizzato sul rapporto sostanziale fra le parti piuttosto che sulla validità del provvedimento impugnato¹⁸¹. Assecondando una tale interpretazione, si privilegiava una lettura "pragmatica ed utilitaristica" che, indipendentemente dall'osservanza formale delle disposizioni procedimentali, valorizzasse l'effettiva osservanza della disciplina partecipativa e "le potenzialità applicative del preavviso"¹⁸². Rilevava la giurisprudenza che ogni doglianza relativa all'omissione del preavviso presuppone un reale pregiudizio alle prerogative difensive del privato, senza il quale le garanzie procedimentali si risolverebbero in "vuoti formalismi"¹⁸³. Oltretutto, un esame ermeneutico sostanzialistico, che considerava la partecipazione nella sua realizzazione sostanziale piuttosto che formale, preveniva anche ricorsi pretestuosi e deflazionava il contenzioso evitando delle contestazioni il cui accoglimento mai potrebbe interamente soddisfare il ricorrente¹⁸⁴.

Date le premesse, la giurisprudenza ha quindi ritenuto applicabile anche al preavviso il primo enunciato dell'art. 21-octies, comma secondo, che esclude

¹⁸⁰ M. C. ROMANO, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, in *L'azione amministrativa*, a cura di Alberto Romano, Torino, Giappichelli, 2016, pp. 294 ss.; M. R. SPASIANO, *Nuovi approdi della partecipazione procedimentale nel prisma del novellato preavviso di rigetto*, in *Il diritto dell'economia*, 2/2021, pp. 29-30.

¹⁸¹ L. FERRARA, *La partecipazione tra "illegittimità" e "illegalità". Considerazioni sulla disciplina dell'annullamento non pronunciabile*, in *Dir. Amm.*, 1/2008, p. 105; F. TRIMARCHI, *Considerazioni in tema di partecipazione al procedimento amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 3/2000, p. 636; M. C. ROMANO, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, in *L'azione amministrativa*, a cura di Alberto Romano, Torino, Giappichelli, 2016, p. 294; Cons. Stato, Sez. VI, 1001/2020; Cons. Stato, Sez. IV, 256/2019.

¹⁸² M. R. SPASIANO, *Nuovi approdi della partecipazione procedimentale nel prisma del novellato preavviso di rigetto*, in *Il diritto dell'economia*, 2/2021, pp. 29-30.; Cons. Stato, Sez. VI, 1001/2020: "l'art. 10-bis, l. 7 agosto 1990, n. 241, così come le altre norme in materia di partecipazione procedimentale, va interpretato non in senso formalistico, ma avendo riguardo all'effettivo e oggettivo pregiudizio che la sua inosservanza abbia causato alle ragioni del soggetto privato nello specifico rapporto con la pubblica amministrazione".

¹⁸³ Cons. Stato, Sez. II, 5371/2019.

¹⁸⁴ M. C. ROMANO, 2012, *Modelli partecipativi tra garanzia ed efficienza. L'ascendenza pretoria delle scelte legislative sul procedimento* [online], in *Amministrazione in cammino, Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione*, disponibile su <https://www.amministrazioneincammino.luiss.it>, [data di accesso: 27/10/2023].

l'annullamento di provvedimenti vincolati, considerata la concreta irrilevanza di eventuali difetti procedurali o istruttori tali da implicare delle illegittimità solo formali¹⁸⁵. La mancanza di una reale valutazione comparativa avrebbe vincolato infatti l'esito del procedimento, che mai avrebbe potuto essere condizionato dagli apporti partecipativi dell'interessato, ininfluenti nei riguardi del contenuto provvedimento conclusivo: il provvedimento avrebbe risposto solo a dei presupposti immediatamente ed univocamente rilevabili, che sfuggono ad ogni apprezzamento discrezionale¹⁸⁶. Se quindi l'esito del procedimento era vincolato alla sola integrazione dei presupposti, fattuali o giuridici, legislativamente richiesti, allora l'omissione del preavviso sarebbe stata degradata ad un semplice vizio formale, considerando che anche l'attivazione del contraddittorio non avrebbe potuto distogliere l'amministrazione dai propri intendimenti. Approdando alle menzionate conclusioni, la giurisprudenza necessariamente ha postulato che l'omissione del preavviso debba essere ricondotta ad un vizio inerente alla forma degli atti o derivante dalla violazione della disciplina procedimentale e pertanto rilevante osservando per il primo enunciato del secondo comma dell'art. 21-octies. Pertanto, nonostante l'opinione contraria di parte della dottrina, si era proposta una dequotazione del vizio derivato dalla violazione delle garanzie partecipative, che è stato ridotto ad una semplice illegittimità formale, tale da escludere l'annullamento dell'atto¹⁸⁷. La prassi applicativa ha poi meglio chiarito i presupposti applicativi della disposizione, la quale ha sollevato delle perplessità specie riguardo alla "palese" natura vincolata del provvedimento, che esclude una qualsiasi conclusione differente delle attività amministrative. La Suprema Corte ha quindi specificato, sciogliendo dubbi ed incertezze, che il dispositivo si applica quando non solo l'adozione del

¹⁸⁵ F. SAIFFA, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, in AA.VV., *Percorsi di diritto amministrativo*, Torino, G. Giappichelli editore, 2014, p. 270, P. LAZZARA, *Art. 10-bis – comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza*, in *L'azione amministrativa*, a cura di Alberto romano, Giappichelli, 2016, p. 390; Cons. Stato, Sez. II, 5371/2019; Cons. Stato, Sez. III, 279/2021; Cass. civ., Sez. I, 11083/2020; Cons. Stato, Sez. III, 4532/2015; Cons. Stato, Sez. VI, 1001/2020; Cons. Stato, Sez. IV, 6325/2007; Tar. Lombardia, Brescia, Sez. I, 5/2008.

¹⁸⁶ V. FANTI, *La nuova comunicazione nel procedimento amministrativo*, in *Urbanistica e Appalti*, 11/2005, p. 1261; Cons. Stato, Sez. IV, 5003/2002.

¹⁸⁷ P. AMOVILLI, *La comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza fra partecipazione, deflazione del contenzioso e nuovi modelli di contraddittorio ad armi pari*, in www.giustiziamministrativa.it, 2009.

provvedimento ma anche il suo contenuto siano imposti di modo da precludere univocamente un qualsiasi residuale apprezzamento sul merito o l'alternativa fra differenti soluzioni¹⁸⁸.

Nonostante le interpretazioni prevalenti, si deve tuttavia menzionare l'esistenza di alcuni attriti e divisioni sulla presunta applicabilità della dequotazione nei procedimenti vincolati. La lettura estensiva del primo alinea ha difatti sollevato anche delle voci dottrinali critiche, assecondate da parte della giurisprudenza, che hanno contestato l'assioma per il quale alla natura vincolata del procedimento conseguirebbe l'inutilità della partecipazione procedimentale¹⁸⁹. Dunque, si è rilevato che dottrina e giurisprudenza erroneamente deducono dalla natura vincolata del provvedimento un'automatica invariabilità del contenuto, pur avendo l'interessato partecipato al provvedimento¹⁹⁰. Tuttavia, una tale equivalenza è stata smentita notando che, pur competendo all'amministrazione dei semplici accertamenti tecnici, potranno sempre residuare incertezze o ambiguità sull'effettiva integrazione dei presupposti richiesti dal legislatore, necessari all'adozione dell'atto. Il dialogo partecipativo fra autorità procedente e privato interessato si rivelerebbe quindi utile nella misura in cui rimangano, nonostante gli apprezzamenti tecnici, delle considerazioni contestabili pur sui presupposti fattuali o giuridici ai quali è condizionata l'adozione dell'atto¹⁹¹. Anzi, pur dinnanzi ad un semplice accertamento tecnico, la verifica dei presupposti richiesti potrebbe esigere delle residuali valutazioni amministrative: in tali circostanze omettere il

¹⁸⁸ M. R. SPASIANO, *Nuovi approdi della partecipazione procedimentale nel prisma del novellato preavviso di rigetto*, in *Il diritto dell'economia*, 2/2021, pp. 40-41.

¹⁸⁹ P. AMOVILLI, *La comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza fra partecipazione, deflazione del contenzioso e nuovi modelli di contraddittorio ad armi pari*, in www.giustiziamministrativa.it, 2009. Cons. Stato, Sez. V, 296/2004; Cons. Stato, Sez. IV, 5500/2008: "In presenza di atti vincolati, in fattispecie ad accertamento ad *alta complessità*, anche in presenza di esigui se non inesistenti margini di apprezzamento discrezionale per la pubblica amministrazione, la partecipazione, oltre che un valore in sé è sempre utile, e quindi obbligatoria, in quanto può rilevare circostanze ed elementi tali da indurre l'amministrazione a recedere dalla emanazione di provvedimenti restrittivi".

¹⁹⁰ A. PAIANO, *La partecipazione nell'attività vincolata dell'amministrazione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1/2022, p. 95.

¹⁹¹ P. AMOVILLI, *La comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza fra partecipazione, deflazione del contenzioso e nuovi modelli di contraddittorio ad armi pari*, in www.giustiziamministrativa.it, 2009.

contraddittorio esporrebbe quindi l'autorità procedente al rischio di trascurare informazioni rilevanti e necessarie. La giurisprudenza chiarisce quindi che l'apporto dell'interessato e il contraddittorio, quand'anche nel procedimento vincolato, potrebbe indurre l'amministrazione a recedere dalle proprie originarie intenzioni, concorrendo l'istante all'esatta ricostruzione del fatto o all'identificazione della normativa da applicare al caso¹⁹². Ne segue che la natura vincolata del procedimento non è sufficiente ad escludere aprioristicamente l'utilità della partecipazione del privato, che deve essere ritenuta obbligatoria specie laddove all'amministrazione siano richiesti degli apprezzamenti tecnici dall'evidente complessità¹⁹³. Non solo il privato potrebbe difatti opporre all'amministrazione l'inesistenza dei presupposti richiesti, il cui accertamento deve essere considerato oggetto delle pretese partecipative, ma, anche nel procedimento vincolato, l'attività amministrativa deve sempre rimanere imparziale, trasparente e democratica¹⁹⁴. Se fosse altrimenti, la natura vincolata del procedimento diventerebbe un pretesto che giustifica l'estromissione dell'interessato, rendendo il procedimento opaco ed impermeabile a qualsiasi rilievo dell'istante. A questo punto, all'applicabilità del primo alinea dell'art. 21-octies nei riguardi del preavviso non sarebbe sufficiente la natura vincolata del provvedimento, essendo la fattispecie circoscritta ai soli casi in cui non residuino incertezze od ambiguità relative ai presupposti fattuali e giuridici del provvedimento¹⁹⁵. Qualora, viceversa, la partecipazione del privato avesse potuto deviare l'esito del procedimento e indurre l'amministrazione a recedere dall'adozione del provvedimento sfavorevole, allora rimane improponibile la

¹⁹² M. RAMAJOLI, *Preavviso di rigetto, preclusioni, giusto procedimento e giusto processo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 3/2022, p. 613; Cons. Stato, Sez. III, 6288/2021; Cons. Stato, Sez. VI, 5615/2021; Cons. Stato, Sez. III, 1870/2013; Cons. Gius. Amm., Sez. I, 750/2020; Cons. Stato, Sez. IV, 396/2004.

¹⁹³ A. PAIANO, *La partecipazione nell'attività vincolata dell'amministrazione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1/2022, p. 92; Cons. Stato, Sez. III, 6288/2021.

¹⁹⁴ Tar. Campania, Napoli, Sez. II, 8683/2006; Cons. Stato, Sez. V, 2953/2004; A. PAIANO, *La partecipazione nell'attività vincolata dell'amministrazione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1/2022, p. 93.

¹⁹⁵ P. AMOVILLI, *La comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza fra partecipazione, deflazione del contenzioso e nuovi modelli di contraddittorio ad armi pari*, in www.giustiziamministrativa.it, 2009; Cons. Stato, Sez. IV, 5500/2008.

dequotazione del primo enunciato e il provvedimento viziato deve considerarsi annullabile¹⁹⁶.

I dubbi interpretativi sui quali tuttavia più si è confrontata la giurisprudenza e la dottrina riguardano il secondo enunciato del comma secondo dell'art. 21-octies. Nello specifico, come prima ricordato, il secondo alinea esclude l'annullabilità del provvedimento nel caso in cui il provvedimento conclusivo non avrebbe potuto essere diverso e l'amministrazione ne provi processualmente l'invariabilità del contenuto. Il perimetro applicativo del secondo periodo è stato ritenuto ben più circoscritto, considerando che la lettera della fattispecie allude esclusivamente all'omissione della comunicazione disciplinata dall'art. 7, che informa il privato relativamente all'attivazione del procedimento. Dall'altro lato, la fattispecie si applica a provvedimenti non solo vincolati ma anche discrezionali, sempreché l'amministrazione provi processualmente che gli apprezzamenti condotti avrebbero potuto convergere verso un solo e medesimo risultato, quand'anche l'interessato fosse intervenuto e avesse proposto propri rilievi¹⁹⁷. Eppure, a dispetto del tenore testuale del dispositivo, gli interpreti si sono chiesti se e in quale misura fosse possibile applicare analogicamente il secondo enunciato anche all'omissione del preavviso, garantendo la conservazione del risultato dell'attività amministrativa nei casi in cui non avrebbe potuto differire¹⁹⁸. Sino all'ultimo intervento riformatore, dottrina e giurisprudenza si spaccavano sul punto, ritenendo per una parte che al preavviso dovesse essere riconosciuto lo stesso trattamento della

¹⁹⁶ M. RAMAJOLI, *Preavviso di rigetto, preclusioni, giusto procedimento e giusto processo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 3/2022, p. 613, Cons. Stato, Sez. III, 6288/2021.

¹⁹⁷ A. PAIANO, *La partecipazione nell'attività vincolata dell'amministrazione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1/2022, p. 93; V. FANTI, *La nuova comunicazione nel procedimento amministrativo*, in *Urbanistica e Appalti*, 11/2005, p. 1256; M. C. ROMANO, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, in *L'azione amministrativa*, a cura di Alberto Romano, Torino, Giappichelli, 2016, p. 298.

¹⁹⁸ P. LAZZARA, *Art. 10-bis – comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza*, in *L'azione amministrativa*, a cura di Alberto Romano, Giappichelli, 2016, p. 390; D. PROFILI, *Decreto semplificazioni e procedimento amministrativo – Il nuovo preavviso di rigetto* [online], in *Il diritto amministrativo – rivista giuridica*, 2020, disponibile su: <https://www.ildirittoamministrativo.it>, [data di accesso: 27/10/2023]; M. D'ARIENZO, *Brevi note sull'applicabilità dell'art. 21-octies al preavviso di rigetto alla luce della recente giurisprudenza amministrativa*, in www.giustamm.it, 2021; A. GASPARI, *Il preavviso di rigetto previsto dall' art 10-bis della legge 241/90. Riflessioni su alcune cruciali problematiche*, in *Diritto.it*, 2012, disponibile su <https://www.diritto.it>, [data di accesso: 12/12/2023].

comunicazione di cui all'art. 7, e per altra che invece escludeva l'applicazione analogica del secondo enunciato¹⁹⁹. Si anticipa in questa sede che il legislatore è successivamente intervenuto sciogliendo il dubbio e prendendo posizione sulle chiare divergenze dottrinali (*infra*), che ora hanno quindi perso la propria attualità.

Il dilemma è stato affrontato considerando anzitutto le affinità fra le comunicazioni, che per parte della dottrina avrebbero condiviso la stessa funzionalità partecipativa, aprendo il procedimento alla partecipazione del privato e sollecitando una costruttiva interlocuzione fra le parti, affinché anche l'interessato potesse direttamente concorrere all'esercizio amministrativo²⁰⁰. Viste le somiglianze fra le stesse comunicazioni, la dottrina e la giurisprudenza maggioritarie ne hanno anche omologato il trattamento, accogliendo favorevolmente un'interpretazione anche analogica di quanto l'applicazione pretoria o la normativa legislativa riferiva originariamente al solo art. 7²⁰¹. Sarebbe anzi stata illogica l'applicazione di un trattamento differenziato, che condizionasse l'applicabilità dell'enunciato in rapporto alla natura della comunicazione²⁰². Ne risulta che anche il provvedimento viziato dall'omesso preavviso sarebbe stato investito dagli effetti della dequotazione, escludendosene l'annullabilità qualora l'amministrazione provasse che in ogni caso l'apporto

¹⁹⁹ M. RAMAJOLI, *Preavviso di rigetto, preclusioni, giusto procedimento e giusto processo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 3/2022, p. 611.

²⁰⁰ D. PROFILI, *Decreto semplificazioni e procedimento amministrativo – Il nuovo preavviso di rigetto* [online], in *Il diritto amministrativo – rivista giuridica*, 2020, disponibile su: <https://www.ildirittoamministrativo.it>, [data di accesso: 27/10/2023]; G. MICARI, *Il preavviso di rigetto provvedimento, la “partecipazione nella partecipazione” e l’art. 21-octies della L. n. 241 del 1990 al vaglio giurisprudenziale*, in *Giurisprudenza di merito*, 6/2006, pp. 1547-1548.

²⁰¹ P. CHIRULLI, *La partecipazione al procedimento*, in *Principi e regole dell'azione amministrativa*, a cura di Maria Alessandra Sandulli, Terza edizione, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2020, p. 302; M. RAMAJOLI, *Preavviso di rigetto, preclusioni, giusto procedimento e giusto processo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 3/2022, p. 613; M. RAMAJOLI, R. VILLATA, *Procedimento art. 10 bis l. 251/1990*, in *Libro dell'anno del Diritto*, 2012; S. TARULLO, *Preavviso di rigetto fra garanzia partecipativa e collaborazione istruttoria*, in www.giustamm.it, 1/2005; Tar. Lazio, Roma, Sez. III-ter, 3856/2020; Cons. Stato, Sez. III, 4127/2014; Cons. Stato, Sez. II, 1790/2022.; Cons. Stato, Sez. IV, 3948/2016; Cons. Stato, Sez. VI, 3667/2015.

²⁰² R. FUSCO, *Il necessario contraddittorio col privato nell'esercizio dei poteri discrezionali: l'efficacia invalidante del preavviso di rigetto (nota a Cons. St., Sez. II, 14 marzo 2022, n. 1790)*; in www.giustiziansieme.it; 06/07/2022.

partecipativo dell'interessato sarebbe rimasto influente²⁰³. Se fosse stato diversamente e fosse stato annullato il provvedimento solo formalmente viziato, allora il preavviso si sarebbe risolto in un inutile formalismo che avrebbe solo rallentato il procedimento senza apportarvi una concreta utilità, compromettendo al tempo stesso l'efficienza delle attività amministrative²⁰⁴. Per ultimo è stato notato che un'applicazione analogica del secondo alinea porterebbe quindi all'avvicinamento dello statuto di illegittimità dell'atto amministrativo con quello dell'atto processuale, per il quale si applica l'art. 156 c.p.c., escludendo l'annullabilità dell'atto quando l'atto, benché viziato, abbia raggiunto il proprio scopo²⁰⁵.

Si aggiunga che, sacrificando la lettera del dispositivo, l'applicazione giurisprudenziale ha preferito redistribuire gli oneri probatori, liberando l'amministrazione e gravando invece il privato ricorrente²⁰⁶. L'inversione degli oneri è stata spiegata considerando la gravosità degli stessi se imposti all'amministrazione, che sarebbe stata obbligata a dimostrare l'irrilevanza di ogni contributo partecipativo possibile proposto dall'interessato. Si è preferita dunque un'interpretazione alternativa: il privato doveva allegare i dati conoscitivi che avrebbe potuto opporre all'amministrazione, mentre quest'ultima semplicemente dimostrare che, "ove quegli elementi fossero stati valutati, il contenuto dispositivo del provvedimento non sarebbe mutato"²⁰⁷. L'interessato

²⁰³ M. R. CALDERARO, *Il preavviso di rigetto ai tempi della semplificazione amministrativa*, in *Federalismi.it*, 11/2022, p. 149.

²⁰⁴ Cons. Stato, Sez. IV, 1144/2020; Cons. Stato, Sez. IV, 2052/2019; Cons. Stato, Sez. III, 896/2015; Cons. Stato, Sez. IV, 4694/2014.

²⁰⁵ M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, quarta edizione, Bologna, Il Mulino, 2019, p. 212.

²⁰⁶ G. MILO, *Il preavviso di diniego dopo la legge 11 settembre 2020 n. 120*, in *Rivista Giuridica AmbienteDiritto.it*, 4/2020, pp. 4-5.

²⁰⁷ M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, quarta edizione, Bologna, Il Mulino, 2019, p. 212; M. C. ROMANO, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, in *L'azione amministrativa*, a cura di Alberto Romano, Torino, Giappichelli, 2016, p. 297; Cons. Stato, Sez. V, 2257/2012 conferma che il secondo periodo dell'art. 21-octies "deve infatti essere interpretata nel senso di evitare che l'amministrazione sia onerata in giudizio di una prova diabolica, e cioè della dimostrazione che il provvedimento non avrebbe potuto avere contenuto diverso in relazione a tutti i possibili contenuti ipotizzabili, per cui si deve comunque porre previamente a carico del privato l'onere di indicare, quanto meno in termini di allegazione processuale, quali elementi conoscitivi avrebbe introdotto nel procedimento, se previamente comunicatogli, onde indirizzare l'amministrazione verso una decisione diversa da quella assunta"; concordemente si pronuncia anche Cons. Stato, Sez. VI, 1060/2015; Cons. Stato, Sez. VI, 3786/2008; Cons. Stato, Sez. V, 3399/2018.

doveva dunque provare che, ove fosse stato adeguatamente coinvolto dal procedimento, avrebbe opposto dei rilievi all'amministrazione idonei a dissuadere la controparte dall'adozione del provvedimento sacrificativo. Una tale interpretazione ha tuttavia incontrato anche delle critiche, per le quali si è rilevato come da un lato l'onere probatorio sarebbe stato eccessivamente gravoso per il privato e, dall'altro, avrebbe deprezzato il valore del preavviso portandolo da una regola, come nell'intenzione del disegno legislativo, ad un'accidentale eccezione²⁰⁸. Difatti, se il privato avesse dovuto provare che le proprie osservazioni avrebbero potuto condizionare l'esito del procedimento, allora il valore della partecipazione procedimentale sarebbe stato svilito al punto da presumere inutile e superfluo ogni apporto partecipativo, disattendendo la volontà che ispira interamente la disciplina procedimentale.

Altra dottrina è approdata invece a soluzioni completamente differenti, escludendo l'applicazione analogica del secondo enunciato, che, riferendosi alla sola comunicazione disciplinata dall'art. 7, avrebbe rappresentato solo una deroga tassativa²⁰⁹. Pertanto, il vizio derivante dall'omissione del preavviso mai avrebbe potuto essere sanato dal secondo alinea, che, riferendosi ai procedimenti discrezionali, si sarebbe dovuto applicare solo nel caso in cui l'interessato non fosse stato debitamente informato riguardo all'attivazione del procedimento. Una tale conclusione è derivata dal riconoscimento delle particolarità del preavviso, il quale risponde ad un'intenzione partecipativa autonoma, che consente all'interessato di contraddire l'amministrazione immediatamente prima dell'adozione del provvedimento sfavorevole. La dottrina ha rilevato un'evidente differenza fra la partecipazione predecisoria ed istruttoria: da un lato il preavviso garantisce l'attivazione del contraddittorio in una fase procedimentale ormai

²⁰⁸ M. C. ROMANO, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, in *L'azione amministrativa*, a cura di Alberto Romano, Torino, Giappichelli, 2016, pp. 297-298; F. SAIITA, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, in AA.VV., *Percorsi di diritto amministrativo*, Torino, G. Giappichelli editore, 2014, pp. 269-270.

²⁰⁹ P. LAZZARA, *Art. 10-bis – comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza*, in *L'azione amministrativa*, a cura di Alberto Romano, Giappichelli, 2016, p. 390; R. FUSCO, *Il necessario contraddittorio col privato nell'esercizio dei poteri discrezionali: l'efficacia invalidante del preavviso di rigetto (nota a Cons. St., Sez. II, 14 marzo 2022, n. 1790)*; in www.giustiziainsieme.it; 06/07/2022; Cons. Stato, Sez. VI, 256/2011.

avanzata e matura, per la quale già l'amministrazione può disegnare un proprio progetto decisorio²¹⁰; dall'altro la comunicazione disciplinata dall'art. 7, dovuta anche nei procedimenti d'ufficio, avvisa gli interessati solo riguardo l'attivazione del procedimento quando ancora si deve procedere alle attività istruttorie, affinché il privato possa visionare i documenti o depositare proprie memorie²¹¹. Autorevole dottrina, specificatamente, nota come il preavviso intende non garantire una partecipazione tipicamente istruttoria, come la comunicazione dell'art. 7, ma, anzi, rappresentare uno "strumento atto a favorire una soluzione ove possibile negoziata, di stimolo in chiave collaborativa e difensiva alla deflazione del contenzioso", possibilmente inducendo l'amministrazione a recedere dalle proprie annunciate intenzioni²¹². Considerata quindi la sostanziale diversità fra una partecipazione istruttoria e predecisoria, una tale dottrina ha concluso che né il preavviso può essere omologato alla comunicazione dell'art. 7, né il trattamento riservato in caso di omissioni potrà coincidere, applicando analogicamente la medesima fattispecie²¹³. L'ultima riforma legislativa sembra aver accolto una tale interpretazione, contraendo l'ambito applicativo del secondo alinea.

Per ultimo, occorre segnalare un restante profilo controverso che interessa i rapporti fra le fattispecie di cui agli articoli 10-bis e 21-octies, relativo particolarmente agli effetti della dequotazione del vizio. Ricordando che giurisprudenza prevalente escludeva l'annullamento del provvedimento viziato da illegittimità solo formali, conformemente al secondo comma dell'art. 21-octies, parte della dottrina ha dedotto che, vista l'inutilità della partecipazione,

²¹⁰ M. R. SPASIANO, *Nuovi approdi della partecipazione procedimentale nel prisma del novellato preavviso di rigetto*, in *Il diritto dell'economia*, 2/2021, pp. 42-43.

²¹¹ M. RAMAJOLI, *Preavviso di rigetto, preclusioni, giusto procedimento e giusto processo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 3/2022, pp. 611-612; M. R. SPASIANO, *Nuovi approdi della partecipazione procedimentale nel prisma del novellato preavviso di rigetto*, in *Il diritto dell'economia*, 2/2021, pp. 42-43.

²¹² P. AMOVILLI, *La comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza fra partecipazione, deflazione del contenzioso e nuovi modelli di contraddittorio ad armi pari*, in www.giustiziamministrativa.it, 2009; Cons. Stato, Sez. IV, 5500/2008; D. VESE, *Il preavviso di rigetto tra efficienza e garanzia dell'azione amministrativa*, in *Diritto e Società*, 4/2017, pp. 855-856.

²¹³ M. RAMAJOLI, *Preavviso di rigetto, preclusioni, giusto procedimento e giusto processo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 3/2022, p. 612.

l'amministrazione fosse sollevata dai relativi obblighi²¹⁴. Quindi, sempre postulando per assurdo l'ineccepibilità di una tale interpretazione (che, ancora una volta, è stata poi scartata dal legislatore), se il provvedimento conclusivo è vincolato ai presupposti legislativi o il contenuto discrezionale è obbligato dalle circostanze, allora per l'amministrazione sarebbe stato solo facoltativo preavvisare i motivi ostativi ed attivare il dovuto contraddittorio²¹⁵. L'omissione della comunicazione sarebbe difatti diventata irrilevante nell'economia procedimentale e, riducendosi ad una sola violazione formale, non avrebbe mai rappresentato un vizio tale da implicare l'illegittimità del provvedimento finale²¹⁶. Tuttavia, considerevole parte della dottrina si è schierata diversamente, ritenendo che l'enunciato dell'art. 21-octies escludesse non l'illegittimità del provvedimento viziato, ma solo l'annullabilità dell'atto. Il provvedimento quindi, quand'anche sopravvivesse all'impugnativa, escludendosi la caducazione, rimaneva ugualmente illegittimo e viziato dalla precedente inosservanza procedimentale dell'amministrazione. Quindi, benché il contenuto provvedimentale dovesse ritenersi obbligato o dovuto, l'amministrazione sarebbe ugualmente stata obbligata a procedere osservando le forme prescritte e attivando il dovuto contraddittorio nei riguardi dell'interessato²¹⁷. La dequotazione quindi né rappresentava un'esimente tale da affrancare l'amministrazione dai propri obblighi procedimentali, né degradava il vizio ad una semplice irregolarità, inidonea a giustificare l'annullamento del provvedimento²¹⁸. D'altra parte, se l'amministrazione avesse potuto disporre a tal punto della disciplina procedimentale, allora si avrebbe condizionato

²¹⁴ M. C. ROMANO, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, in *L'azione amministrativa*, a cura di Alberto Romano, Torino, Giappichelli, 2016, p. 290; La dottrina, in particolare, si è pronunciata ritenendo superflua l'osservanza delle garanzie partecipative: Tar. Campania, Napoli, Sez. II, 20227/2005; Cons. Stato, Sez. VI, 1302/2011.

²¹⁵ V. FANTI, *La nuova comunicazione nel procedimento amministrativo*, in *Urbanistica e Appalti*, 11/2005, p. 1257; M. RAMAJOLI, R. VILLATA, *Procedimento art. 10 bis l. 251/1990*, in *Libro dell'anno del Diritto*, 2012.

²¹⁶ L. FERRARA, *La partecipazione tra "illegittimità" e "illegalità". Considerazioni sulla disciplina dell'annullamento non pronunciabile*, in *Dir. Amm.*, 1/2008, p. 108; Cons. Stato, Sez. IV, 6325/2007 si esprime ritenendo che l'art. 21-octies porta a ritenere non viziato il provvedimento di diniego nonostante l'omissione del preavviso.

²¹⁷ V. FANTI, *La nuova comunicazione nel procedimento amministrativo*, in *Urbanistica e Appalti*, 11/2005, p. 1257; Tar. Campania, Napoli, Sez. II, 5226/2005; Cons. Stato, Sez. V, 1357/2003.

²¹⁸ L. FERRARA, *La partecipazione tra "illegittimità" e "illegalità". Considerazioni sulla disciplina dell'annullamento non pronunciabile*, in *Dir. Amm.*, 1/2008, p. 104; Cons. Stato, Sez. VI, 5547/2006.

l'effettiva osservanza delle prerogative partecipative del privato ad un apprezzamento dell'autorità, che, valutandone l'opportunità o l'utilità, avrebbe potuto escludere a propria discrezione l'interessato dal procedimento²¹⁹. Evidentemente, aver obbligato l'amministrazione all'osservanza della disciplina partecipativa ha irrobustito ancora una volta la posizione del privato, che deve essere obbligatoriamente coinvolto nel procedimento, indipendentemente dalla natura del provvedimento da adottarsi.

10. Le tempistiche e i termini procedurali: interruzione o sospensione?

La recente novella (d.l. 76/2020) ha inoltre emendato il testo della fattispecie di modo da dirimere definitivamente i conflitti giurisprudenziali sulle tempistiche del subprocedimento partecipativo e particolarmente relative alla possibile alternativa fra interruzione e sospensione dei termini procedurali. Gli interpreti si sono difatti sempre divisi riguardo all'interpretazione della scansione procedimentale disciplinata dal legislatore, approdando a soluzioni sempre differenti.

Riguardo alla parte della fattispecie che non è stata toccata dalla novella, quanto sinora considerato dalla giurisprudenza e dalla dottrina sulle tempistiche del preavviso può ritenersi tuttora attuale. Anzitutto, si è notato che testualmente la disposizione non obbliga l'amministrazione ad adottare il preavviso non appena enucleati i motivi ostativi, esponendo il procedimento alla possibilità di un nocivo rallentamento strategico, dovuto alla mala fede o alla mancanza di collaborazione dell'amministrazione²²⁰. Il procedimento, non essendo assegnati all'amministrazione dei termini cogenti entro i quali avvisare il privato, si potrebbe allungare artificiosamente, senza specifiche ragioni che giustifichino un tale differimento. Senonché la fattispecie, sin dalla sua formulazione originaria,

²¹⁹ A. PAIANO, *La partecipazione nell'attività vincolata dell'amministrazione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1/2022, p. 95. L'autore nota inoltre che una tale conclusione è confermata dalla natura processuale della sanatoria (vedi *supra*).

²²⁰ D. VESE, *Il preavviso di rigetto tra efficienza e garanzia dell'azione amministrativa*, in *Diritto e Società*, 4/2017, pp. 849-850.

richiede che il responsabile o l'autorità procedente provvedano tempestivamente, evitando delle inutili dilazioni del procedimento. Se l'amministrazione dunque deve informare "tempestivamente" il privato riguardo ai motivi ostativi, allora l'obbligo si applica non appena conclusa l'istruttoria quando sono ormai stati rilevati i motivi stessi che escludono l'accoglimento dell'istanza²²¹. Dall'altro lato, anche se la fattispecie nemmeno obbliga l'amministrazione a preavvisare i motivi ostativi entro specifici termini finali, la comunicazione deve sempre precedere la formale adozione del provvedimento²²². Infatti, affinché il privato sia coinvolto nel procedimento e possa efficacemente contraddire la controparte, dovrà essere informato dei motivi ostativi prima del provvedimento reiettivo, a seguito del quale ogni possibile contributo partecipativo sarebbe incapace di alterare l'attività pregressa dell'amministrazione. La giurisprudenza ha infatti chiarito che, chiuso il procedimento, il materiale dedotto dal privato rimarrebbe ininfluenza nei riguardi dell'attività pregressa, motivo per cui l'amministrazione non può attivare il contraddittorio né dopo né contestualmente al provvedimento conclusivo, ma necessariamente prima²²³. Inoltre, malgrado il silenzio legislativo, una ragionevole lettura del dispositivo induce a ritenere che il provvedimento conclusivo non potrà mai essere legittimamente adottato prima del decorso del termine concesso al privato per il deposito di osservazioni e documenti, comprimendo gli spazi partecipativi del privato e frustrando la funzionalità della comunicazione stessa²²⁴. D'altra parte, se il provvedimento conclusivo fosse adottato prima alla chiusura del contraddittorio o il preavviso allegato al provvedimento stesso, allora "eventuali osservazioni e memorie non avrebbero

²²¹ *Ibidem*.

²²² O. APPERTI, *Partecipazione procedimentale*, in *Procedimento Amministrativo*, a cura di Marcello Clarich e Giuliano Fonderico, Ipsoa, 2015, p. 190; R. PROIETTI, *Commentario alla legge sul procedimento amministrativo*, a cura di Solveig Cogliani, Padova, Cedam, 2007, p. 380.

²²³ Tar. Lazio, Latina, Sez. I, 528/2012; Tar. Lazio, Roma, Sez. II, 2698/2020; Tar. Lombardia, Milano, Sez. II, 2177/2013; Tar. Lazio, Roma, Sez. III, 4281/2013; Tar. Toscana, Firenze, Sez. III, 1537/2016. In particolare, il collegio si pronuncia ritenendo illegittimo il provvedimento con il quale l'amministrazione dispone che eventuali osservazioni o memorie possano essere depositate nei dieci giorni successivi, tentando di attivare un contraddittorio post-procedimentale.

²²⁴ S. TARULLO, *Preavviso di rigetto fra garanzia partecipativa e collaborazione istruttoria*, in www.giustamm.it, 1/2005.

la possibilità di essere valutate²²⁵. Infatti, ricevuto il preavviso, al privato è riconosciuto un proprio ed incomprimibile spazio nel quale calare la propria pretesa partecipativa e attivamente concorrere all'esercizio amministrativo: la fattispecie particolarmente dispone che nei dieci giorni successivi alla comunicazione il privato potrà depositare memorie o documenti e quindi contraddire l'amministrazione sui motivi ostativi preannunciati²²⁶. Già qui la giurisprudenza si è divisa: una parte minoritaria difatti ha considerato perentorio il termine assegnato all'interessato, ritenendo che, decorsi i dieci giorni, l'amministrazione, adottato il provvedimento, potrà liberamente ignorare i rilievi tardivamente pervenuti²²⁷. Infatti, se si considera dilatorio il termine assegnato al privato, un eventuale ritardo nel deposito del materiale potrebbe condizionare il decorso procedimentale e rallentare eccessivamente l'attività dell'amministrazione, ugualmente tenuta a valutare le deduzioni, anche compromettendo le aspettative dei controinteressati. Quindi, onde prevenire eventuali abusi, la dottrina minoritaria ha ritenuto opportuno perimetrare il contraddittorio, acconsentendo alla partecipazione del privato solo nei limiti degli ordinari termini procedurali, aggiunti i dieci giorni contemplati dalla fattispecie²²⁸. Sembra invece preferibile l'opinione opposta, condivisa dalla giurisprudenza maggioritaria, la quale ritiene che il termine di dieci giorni debba qualificarsi solo ordinario, essendo l'amministrazione sempre obbligata a considerare le osservazioni dell'interessato anche se tardivamente presentate²²⁹.

²²⁵ P. CHIRULLI, *La partecipazione al procedimento*, in *Principi e regole dell'azione amministrativa*, a cura di Maria Alessandra Sandulli, Terza edizione, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2020, p. 300; Tar. Toscana, Firenze, Sez. III, 1537/2016.

²²⁶ M. R. CALDERARO, *Il preavviso di rigetto rafforza il contraddittorio con il cittadino anche nei procedimenti di sanatoria edilizia (nota a Cons. Stato, Sez. VI, 12 aprile 2023, n. 3672)*, in www.giustiziainsieme.it, 7/06/2023; D. VESE, *Il preavviso di rigetto tra efficienza e garanzia dell'azione amministrativa*, in *Diritto e Società*, 4/2017, pp. 853-854.

²²⁷ O. APPERTI, *Partecipazione procedimentale*, in *Procedimento Amministrativo*, a cura di Marcello Clarich e Giuliano Fonderico, Ipsoa, 2015, p. 190; Tar. Toscana, Firenze, Sez. II, 1522/2010.

²²⁸ D. VESE, *Il preavviso di rigetto tra efficienza e garanzia dell'azione amministrativa*, in *Diritto e Società*, 4/2017, pp. 856-857.

²²⁹ P. LAZZARA, *Art. 10-bis – comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza*, in *L'azione amministrativa*, a cura di Alberto Romano, Giappichelli, 2016, p. 395; P. CHIRULLI, *La partecipazione al procedimento*, in *Principi e regole dell'azione amministrativa*, a cura di Maria Alessandra Sandulli, Terza edizione, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2020, p. 300; D. VESE, *Il preavviso di rigetto tra efficienza e garanzia dell'azione amministrativa*, in *Diritto e Società*, 4/2017, pp. 853-854; Tar. Puglia, Lecce, Sez. III, 1314/2016; Tar. Toscana, Firenze, Sez. III, 1201/2014.

A supporto di una tale soluzione, tra l'altro, depone anche il fatto che il dispositivo non associa all'inosservanza del termine delle conseguenze particolari che possano pregiudicare l'istante tardivamente intervenuto²³⁰. Inoltre, l'eventuale dubbio può essere risolto anche dalla lettura congiunta con la fattispecie dell'art. 1.2-bis, recentemente aggiunto dal legislatore, che obbliga le parti ad una condotta collaborativa e alla reciproca buona fede. In particolare, considerare il deposito tardivo di memorie e documenti, anche quando tardivamente presentati, sembra conforme a buona fede e risponde ad una leale collaborazione fra le parti, se ancora l'amministrazione non abbia già adottato il provvedimento e si trovi dunque nell'ultimo stadio della procedura. In tal caso infatti, l'amministrazione non avrebbe nessun rallentamento dalla considerazione del materiale del privato e la collaborazione fra le parti imporrebbe quindi l'esame dei documenti dedotti anche se depositati oltre il termine dei dieci giorni. Non avrebbe invece alcuna logica ignorare l'apporto tardivo del privato se l'amministrazione potrebbe facilmente considerarlo senza dei costi aggiuntivi.

Ben più spinosa e controversa si è rivelata la discussione sugli effetti del preavviso nei riguardi dei termini procedimentali, atteso che la fattispecie originaria dell'art. 10-bis prescriveva che alla ricezione del preavviso seguisse sempre l'interruzione dei termini procedimentali. Testualmente si disponeva quindi che, interrotti i termini, gli stessi ricominciassero a decorrere quando venivano presentate le osservazioni del privato o, in mancanza, quando il termine assegnato all'istante per partecipare spirava inutilmente. Allorché la dottrina e la giurisprudenza sono state attanagliate dai dubbi riguardo alle intenzioni del legislatore, interrogandosi sull'effettiva tecnicità della formulazione del testo normativo. Consistente giurisprudenza ha preferito una soluzione più rispettosa del dato testuale, associando al termine una natura propriamente interruttiva, con la conseguenza per cui, esaurito il contraddittorio,

²³⁰ D. VESE, *Il preavviso di rigetto tra efficienza e garanzia dell'azione amministrativa*, in *Diritto e Società*, 4/2017, pp. 853-854.

i tempi avrebbero dovuto commisurarsi *ex novo*²³¹. La pregressa inattività dell'amministrazione sarebbe quindi diventata irrilevante, potendo confidare l'autorità procedente nella rinnovazione del termine interrotto²³². Certamente l'interruzione dei termini avrebbe quindi rallentato il procedimento, differendo la soddisfazione dell'istante, ma l'allungamento dei tempi sarebbe stato anche contemperato dalle garanzie difensive riconosciute al privato, titolato a contraddire l'amministrazione e a partecipare al procedimento²³³. L'interruzione sarebbe infatti stata accompagnata dalla reviviscenza del rapporto amministrativo, con il riconoscimento al privato di ulteriori possibilità ed occasioni per interloquire con l'amministrazione, apportando ulteriori materiali istruttori o emendando la propria istanza²³⁴. Anzi, l'interruzione avrebbe garantito quindi non solo all'istante degli ulteriori spazi per poter rapportarsi dialetticamente con la controparte e depositare ulteriori materiali informativi, ma anche all'amministrazione i tempi necessari per valutare adeguatamente i rilievi adottati dal privato. La quantità della documentazione depositata dall'istante potrebbe richiedere difatti delle valutazioni specifiche dell'amministrazione, per le quali solo l'interruzione dei termini potrebbe garantire degli spazi congrui²³⁵.

Cionondimeno, dottrina e giurisprudenza hanno anche considerato gli effetti distorsivi derivanti dell'interruzione dei termini. Viste le possibili incongruenze ed aporie, una parte degli interpreti ha ritenuto opportuno riquilibrare gli effetti del preavviso sui termini, credendo che il legislatore, sebbene la fattispecie alludesse testualmente all'interruzione, intendesse riferirsi

²³¹ R. FUSCO, *Il necessario contraddittorio col privato nell'esercizio dei poteri discrezionali: l'efficacia invalidante del preavviso di rigetto* (nota a Cons. St., Sez. II, 14 marzo 2022, n. 1790); in www.giustiziainsieme.it; 06/07/2022; G. BOTTINO, *La comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento all'istanza di parte: considerazioni su di una prima applicazione giurisprudenziale del nuovo art. 10-bis l. n. 241/1990*, in *Foro amm.*, 7/2005, p. 1557; Cons. Stato, Sez. VI, 8017/2019; Cons. Stato, Sez. IV, 2859/2018; Tar. Sardegna, Cagliari, Sez. II, 248/2012.

²³² M. R. CALDERARO, *Il preavviso di rigetto rafforza il contraddittorio con il cittadino anche nei procedimenti di sanatoria edilizia* (nota a Cons. Stato, Sez. VI, 12 aprile 2023, n. 3672), in www.giustiziainsieme.it, 7/06/2023.

²³³ M. R. CALDERARO, *Il preavviso di rigetto ai tempi della semplificazione amministrativa*, in *Federalismi.it*, 11/2022, p. 151.

²³⁴ D. VESE, *Il preavviso di rigetto tra efficienza e garanzia dell'azione amministrativa*, in *Diritto e Società*, 4/2017, p. 859.

²³⁵ P. LAZZARA, *Art. 10-bis – comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza*, in *L'azione amministrativa*, a cura di Alberto romano, Giappichelli, 2016, p. 395.

solo alla sospensione, di modo da garantire la celere conclusione delle attività amministrative²³⁶. Si è acutamente rilevato difatti che un'interpretazione rigorosamente ortodossa ed osservante la formulazione testuale avrebbe esposto il privato a possibili abusi amministrativi: anche reiterando la comunicazione l'autorità procedente avrebbe potuto infatti "prolungare artificialmente" i termini procedurali, sino a differire indefinitamente la conclusione del procedimento stesso²³⁷. L'interruzione si prestava infatti ad eventuali condotte dilatorie dell'amministrazione, la quale avrebbe potuto anche strategicamente inoltrare la dovuta comunicazione al privato in prossimità del termine conclusivo e confidando nella rinnovazione, sostanzialmente "auto assegnandosi" un nuovo termine procedimentale fino a raddoppiare quello originario²³⁸. Si può ancora aggiungere che l'interruzione del termine avrebbe portato degli effetti paradossali qualora il privato rimanesse inerte e omettesse il deposito di osservazioni e documenti: in una tale circostanza difatti, l'amministrazione "si troverebbe a beneficiare di un raddoppiamento del tempo utile per provvedere in assenza di qualsiasi adempimento ulteriore"²³⁹. Allora un'interpretazione più "flessibile" del testo normativo e favorevole alla sospensione del termine quantomeno avrebbe potuto superare gli inconvenienti dovuti all'interruzione, contraendo i tempi del subprocedimento attivato dal preavviso. Certamente anche la sospensione del procedimento rallenta l'attività dell'amministrazione e differisce la conclusione provvedimentale, ma almeno non implica un differimento pari a quello derivante dall'interruzione, con la quale i termini potrebbero addirittura raddoppiare. Ne beneficerebbe quindi il privato, al quale sarà concesso uno spazio partecipativo idoneo a contraddire l'amministrazione

²³⁶ R. FUSCO, *Il necessario contraddittorio col privato nell'esercizio dei poteri discrezionali: l'efficacia invalidante del preavviso di rigetto* (nota a Cons. St., Sez. II, 14 marzo 2022, n. 1790); in www.giustiziainsieme.it; 06/07/2022.

²³⁷ S. TARULLO, *Preavviso di rigetto fra garanzia partecipativa e collaborazione istruttoria*, in www.giustamm.it, 1/2005.

²³⁸ M. R. CALDERARO, *Il preavviso di rigetto rafforza il contraddittorio con il cittadino anche nei procedimenti di sanatoria edilizia* (nota a Cons. Stato, Sez. VI, 12 aprile 2023, n. 3672), in www.giustiziainsieme.it, 7/06/2023.

²³⁹ D. PROFILI, *Decreto semplificazioni e procedimento amministrativo – Il nuovo preavviso di rigetto* [online], in *Il diritto amministrativo – rivista giuridica*, 2020, disponibile su: <https://www.ildirittoamministrativo.it>, [data di accesso: 27/10/2023].

senza però eccessivamente rallentare l'attività amministrativa, di cui è garantita la celerità²⁴⁰.

Viste le divisioni dottrinali e giurisprudenziali, e la conseguente incertezza sull'interpretazione della fattispecie, il legislatore è nuovamente intervenuto dirimendo ogni conflitto ed arrestandosi su una definitiva e risolutiva posizione.

²⁴⁰ D. VESE, *Il preavviso di rigetto tra efficienza e garanzia dell'azione amministrativa*, in *Diritto e Società*, 4/2017, pp. 861-862.

Le ultime modifiche del d.l. 76/2020

L'ultimo intervento legislativo (d.l. 76/2020) ha interamente riformulato la fattispecie dell'art. 10-bis di modo da garantire l'effettiva realizzazione del contraddittorio e l'efficacia del preavviso, che alcune interpretazioni giurisprudenziali sostanzialistiche hanno talvolta reso uno sterile adempimento formale, utile solamente a rallentare il procedimento¹. La correzione legislativa rafforza quindi gli effetti del preavviso e la stessa utilità del contraddittorio, sul quale si deve costruire un rapporto dialettico fra amministrazione ed interessato tale da condizionare realmente le volontà dell'autorità procedente e quindi la fisionomia e il contenuto del provvedimento conclusivo². In generale quindi, autorevole dottrina ha ritenuto che il recente decreto abbia rinnovato la disciplina corroborando la posizione del privato nei riguardi dell'amministrazione e guardando, sul versante processuale, all'effettivo rapporto fra le parti e alla protezione delle prerogative individuali piuttosto che alla rispondenza dell'esercizio amministrativo "con il paradigma normativo di riferimento"³.

La riforma ha essenzialmente innovato la disposizione su plurimi fronti, coincidenti tra l'altro con i punti che si erano già rilevati i più problematici nella prassi: da un lato ha alterato gli oneri motivazionali dell'amministrazione sulle osservazioni del privato, dall'altro ha specificato le conseguenze in caso di omissione del preavviso e, ancora, ha chiarito gli effetti del preavviso sui termini

¹ P. CHIRULLI, *La comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza dopo i "decreti semplificazioni"*, in *Rivista giuridica di urbanistica*, n. 1/2022, p. 104; D. VAIANO, *Preavviso di rigetto e principio del contraddittorio nel procedimento amministrativo*, in *Giustamm.it*, n.6/2007.

² P. CHIRULLI, *La partecipazione al procedimento*, in *Principi e regole dell'azione amministrativa*, a cura di Maria Alessandra Sandulli, Terza edizione, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2020, p. 303; L. TARANTINO, *La novella dell'art. 10-bis e la posizione della giurisprudenza*, in www.giustizia-amministrativa.it, 20/06/2022.

³ D. PROFILI, *Decreto semplificazioni e procedimento amministrativo – Il nuovo preavviso di rigetto* [online], in *Il diritto amministrativo – rivista giuridica*, 2020, disponibile su: <https://www.ildirittoamministrativo.it>, [data di accesso: 27/10/2023]. M. RAMAJOLI, *Preavviso di rigetto, preclusioni, giusto procedimento e giusto processo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 3/2022, p. 597.

procedimentali⁴. Uno dei più rilevanti aggiornamenti della fattispecie riguarda tuttavia la ridefinizione dei rapporti fra il giudicato e il provvedimento successivo, imponendo ulteriori preclusioni all'amministrazione che prevenivano eventuali condotte sleali e scorrette.

1. *La nuova preclusione dell'art. 10-bis*

La disposizione è stata anzitutto riformata dal recente intervento legislativo affinché l'amministrazione, annullato il provvedimento finale, potesse imbattersi in invalicabili limitazioni nel riesercizio delle proprie attività, che potessero aggiungersi alla capacità conformativa del giudicato⁵. Per meglio comprendere la portata della riforma, occorre notare che la modifica intende rimediare ad una abusiva e patologica prassi amministrativa, per la quale l'autorità procedente soleva negare all'istante quanto richiesto, "sulla scia di una pressoché infinita sequenza di giudicati di annullamento favorevoli e riedizioni del potere in segno negativo"⁶. Una tale prassi era tra l'altro supportata dalla tradizionale dottrina che garantiva l'inesauribilità delle potestà amministrative, che sarebbero anche sopravvissute all'annullamento del provvedimento e avrebbero consentito all'autorità procedente di provvedere anche potenzialmente infinite volte, senza mai consumare il contenuto delle proprie prerogative⁷. La novella intende dunque superare un'alternanza definita "defatigante" fra procedimento e processo, per la quale nonostante l'annullamento del provvedimento negativo, l'amministrazione si risolveva nuovamente respingendo l'istanza, ma questa volta adducendo delle motivazioni differenti, che già avrebbero dovuto essere opposte nel primo provvedimento⁸.

⁴ G. MILO, *Il preavviso di diniego dopo la legge 11 settembre 2020 n. 120*, in *Rivista Giuridica AmbienteDiritto.it*, 4/2020, p. 5.

⁵ A. GUALDANI, *Le novità in tema di preavviso di rigetto*, in *P.A. Persona e Amministrazione, ricerche giuridiche sull'amministrazione e l'economia*, 2/2022, pp. 552.

⁶ D. PROFILI, *Decreto semplificazioni e procedimento amministrativo – Il nuovo preavviso di rigetto* [online], in *Il diritto amministrativo – rivista giuridica*, 2020, disponibile su: <https://www.ildirittoamministrativo.it>, [data di accesso: 27/10/2023].

⁷ *Ibidem*.

⁸ M. RAMAJOLI, *Preavviso di rigetto, preclusioni, giusto procedimento e giusto processo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 3/2022, p. 597.

Quindi la riedizione amministrativa conduceva ad una “catena potenzialmente infinita di dinieghi” e ad una “spirale di annullamenti giurisdizionali”, tale da frustrare irrimediabilmente le aspettative, quand’anche legittime, del privato, obbligato ad impugnare nuovamente il provvedimento e a contestarne la legittimità⁹. Ne risultava l’inadeguatezza del processo amministrativo, che non poteva garantire un’adeguata protezione al privato, il quale doveva ricorrere ancora a multipli rimedi cognitori piuttosto che chiedere una sola volta l’esecuzione del giudicato perché ne fossero soddisfatte le pretese¹⁰. Si era infatti chiarito che l’effetto conformativo del giudicato copriva esclusivamente i motivi dedotti dal provvedimento annullato e contestati dal ricorrente, non potendo investire anche circostanze mai rilevate, nuovamente deducibili dall’amministrazione¹¹. Pertanto, l’applicazione pretoria aveva dimostrato che il successivo provvedimento dell’amministrazione, adottato dopo l’annullamento del primo, doveva essere impugnato dal ricorrente richiedendone l’annullamento e non quindi invocando l’ottemperanza del primo giudicato, che non poteva coprire i nuovi motivi dedotti¹².

Già la giurisprudenza antecedente alla riforma aveva tuttavia proposto delle correzioni pretorie, affinché si vietasse all’amministrazione una costante reiterazione del provvedimento annullato, pur conforme al giudicato ma sempre sfavorevole al ricorrente, adducendo motivazioni relative a profili sempre nuovi del rapporto amministrativo.

Si era quindi avanzata una prima ipotesi (*one shot* temperato) per la quale all’amministrazione, annullato il provvedimento, sarebbe stato consentito ripronunciarsi sulla fattispecie questa volta opponendo alla controparte tutte le circostanze ostative e rilievi pertinenti e “riesaminando l’affare nella sua

⁹ P. CHIRULLI, *La comunicazione dei motivi ostativi all’accoglimento dell’istanza dopo i “decreti semplificazioni”*, in *Rivista giuridica di urbanistica*, n. 1/2022, p. 107; L. TARANTINO, *La novella dell’art. 10-bis e la posizione della giurisprudenza*, in www.giustizia-amministrativa.it, 20/06/2022.

¹⁰ L. FERRARA, *La preclusione procedimentale dopo la novella del preavviso di diniego: alla ricerca di un modello di rapporto e di giustizia*, in *Diritto Amministrativo*, 3/2021, pp. 574-575; Cons. Stato, Sez. IV, 1018/2014.

¹¹ A. GUALDANI, *Le novità in tema di preavviso di rigetto*, in *P.A. Persona e Amministrazione, ricerche giuridiche sull’amministrazione e l’economia*, 2/2022, pp. 553.

¹² Cons. Stato, Sez. VI, 6046/2014.

interezza”. Caducato anche il secondo provvedimento, all’amministrazione sarebbe quindi stato precluso posizionarsi ancora negativamente sull’istanza dell’interessato, essendo invece tenuta ad accoglierne le pretese, salve le circostanze sopravvenute¹³.

Un’altra soluzione proposta (*one shot* puro) si è rivelata invece ben più rigorosa, obbligando l’autorità procedente ad esaminare immediatamente ogni fatto costitutivo e vietando all’amministrazione la successiva deduzione di circostanze ulteriori. L’amministrazione avrebbe dovuto quindi esaminare interamente la fattispecie ed opporre al privato ogni motivo direttamente con il primo provvedimento, essendo vietato il riesercizio analogo. Il giudicato caducatorio avrebbe dunque consumato definitivamente la discrezionalità amministrativa, precludendo all’amministrazione il riesame della medesima fattispecie e l’opposizione di circostanze ostative precedentemente rilevabili¹⁴.

Ancora, altra parte della dottrina aveva ritenuto opportuno mutuare dalle disposizioni processualistiche civili quanto concerne gli effetti del giudicato, e particolarmente la preclusione del dedotto e del deducibile. Assecondando una tale soluzione, il giudicato amministrativo avrebbe coperto non solo i profili giudizialmente trattati, che hanno giustificato l’annullamento del provvedimento viziato, ma anche ogni altra circostanza che l’amministrazione avrebbe potuto opporre al privato e che rappresenta un presupposto logico della decisione¹⁵. La giurisprudenza tuttavia si era espressa negativamente su un’applicazione

¹³ M. RAMAJOLI, *Preavviso di rigetto, preclusioni, giusto procedimento e giusto processo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 3/2022, pp. 599-600; P. CHIRULLI, *La partecipazione al procedimento*, in *Principi e regole dell’azione amministrativa*, a cura di Maria Alessandra Sandulli, Terza edizione, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2020, p. 304; Sul punto i riferimenti giurisprudenziali sono plurimi: Cons. Stato, Sez. III, 660/2017; Cons. Stato, Sez. VI, 633/2010; Cons. Stato, Sez. IV, 1018/2014; Cons. Stato, Sez. VI, 134/1999; Cons. Stato, Sez. IV, 4539/2003: “E’ stato pertanto chiarito da questo Consiglio di Stato (VI, 6 febbraio 1999 n. 134) che l’autorità amministrativa, nell’esercitare nuovamente il potere, debba addurre tutti gli elementi di fatto che ritenga rilevanti; con la conseguenza che, nuovamente annullato il suo provvedimento, la riedizione del potere, in cui si traduce la “salvezza degli ulteriori provvedimenti”, non potrà che fondarsi su quegli stessi elementi già tenuti in considerazione in maniera peraltro ritenuta illegittima”.

¹⁴ L. TARANTINO, *La novella dell’art. 10-bis e la posizione della giurisprudenza*, in www.giustizia-amministrativa.it, 20/06/2022; A. GUALDANI, *Le novità in tema di preavviso di rigetto*, in *P.A. Persona e Amministrazione, ricerche giuridiche sull’amministrazione e l’economia*, 2/2022, pp. 553-554.

¹⁵ M. RAMAJOLI, *Preavviso di rigetto, preclusioni, giusto procedimento e giusto processo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 3/2022, pp. 601-602; A. GUALDANI, *Le novità in tema di preavviso di rigetto*, in *P.A. Persona e Amministrazione, ricerche giuridiche sull’amministrazione e l’economia*, 2/2022, pp. 553-554. Cons. Stato, Ad. Plen., 2/2013.

analogica di una disciplina processuale tipicamente civilistica, che mal si sarebbe potuta conciliare con le particolarità del rito amministrativo, il cui giudicato può coprire solo i profili dedotti dal ricorrente e non certo i motivi solo potenzialmente deducibili dall'amministrazione¹⁶.

Per completare l'elenco dei rimedi offerti dagli interpreti, la giurisprudenza non aveva mancato di considerare anche l'effettiva rispondenza della condotta dell'autorità procedente ai valori ai quali dovrebbe informarsi l'attività amministrativa, richiedendo tra l'altro il legislatore, ormai esplicitamente (art. 1, comma 2-bis l. 241/1990), buona fede e collaborazione fra le parti. La reiterata proposizione di motivazioni sempre nuove e la rinnovazione del provvedimento reiettivo sintomaticamente avrebbe rivelato quindi un comportamento "preconcetto, sostanzialmente sleale e comunque contraddittorio ed inattendibile, avendo [l'amministrazione] frazionato nel corso del tempo le ragioni ostative (effettive o presunte) di cui aveva – o avrebbe dovuto avere – piena contezza sin dal primo esame della complessiva vicenda"¹⁷. L'amministrazione, devolutole nuovamente l'esame dell'affare, avrebbe quindi potuto riconsiderare la i presupposti ed opporre ulteriori motivi, sempreché fosse comunque garantita leale collaborazione e correttezza fra le parti, nonché l'effettiva esecuzione del provvedimento giudiziale, inclusi gli effetti conformativi¹⁸.

Tuttavia, le soluzioni proposte erano state frequentemente criticate dalla dottrina, che ha contestato il difetto di adeguati appigli normativi o la conciliabilità fra i rimedi auspicati e il rito amministrativo. Allorché il legislatore, viste quindi le controversie dottrinali e giurisprudenziali, è intervenuto modificando la disposizione dell'art. 10-bis, di modo da evitare la "parcellizzazione" del processo amministrativo e quindi da ricondurre ad "un'unica impugnazione l'intera vicenda sostanziale", evitando ulteriore

¹⁶ M. RAMAJOLI, *Preavviso di rigetto, preclusioni, giusto procedimento e giusto processo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 3/2022, p. 601 Tar. Lazio, Roma, Sez. II-bis, 12931/2021.

¹⁷ Cons. Stato, Sez. VI, 6046/2014.

¹⁸ G. MILO, *Il preavviso di diniego dopo la legge 11 settembre 2020 n. 120*, in *Rivista Giuridica AmbienteDiritto.it*, 4/2020, p. 10; Cons. Stato, Ad. Plen., 2/2013.

contenzioso¹⁹. Infatti la disposizione dell'art. 10-bis ora recita come segue: “*in caso di annullamento in giudizio del provvedimento così adottato, nell'esercitare nuovamente il suo potere l'amministrazione non può addurre per la prima volta motivi ostativi già emergenti dall'istruttoria del provvedimento annullato*”. Quindi, la formulazione attuale della fattispecie ora dispone esplicitamente che, intervenuto l'annullamento del provvedimento reiettivo, all'amministrazione è inibita la deduzione di motivi ostativi già risultanti dalla prima istruttoria. Ne segue che all'amministrazione, cui è restituito l'esame dell'affare dopo la caducazione del provvedimento, sarà vietato addurre delle circostanze già esistenti o percepibili durante la prima attività istruttoria ma rimaste implicite e pertanto slealmente nascoste al privato²⁰. L'amministrazione dovrà dunque rivelare al privato immediatamente tutti i motivi ostativi rilevanti dall'istruttoria, i quali altrimenti saranno considerati successivamente irrecuperabili ed irrilevanti in caso di un eventuale riesercizio provvedimentoale. L'immediata conseguenza è che il preavviso, nel quale si esternano i motivi ostativi, vincola l'amministrazione imponendo un'invalidabile preclusione sia nel provvedimento finale sia nel caso di un eventuale riesercizio conseguente alla caducazione dell'atto²¹.

Se si dovesse ricondurre la scelta legislativa ad una delle soluzioni precedentemente proposte dalla giurisprudenza, gli interpreti hanno quindi ritenuto che fra i plurimi rimedi offerti fosse stata preferita la più stringente (*one shot* “puro”), inibendo la deduzione di motivi ulteriori e prescrivendo la consunzione della discrezionalità amministrativa, che si comprime con la comunicazione per poi esaurirsi nell'adozione del primo provvedimento²². Gli

¹⁹ Relazione illustrativa al d.l. 76/2020; L. FERRARA, *La preclusione procedimentale dopo la novella del preavviso di diniego: alla ricerca di un modello di rapporto e di giustizia*, in *Diritto Amministrativo*, 3/2021, p. 576.

²⁰ L. FERRARA, *La preclusione procedimentale dopo la novella del preavviso di diniego: alla ricerca di un modello di rapporto e di giustizia*, in *Diritto Amministrativo*, 3/2021, p. 576; Tar. Campania, Napoli, Sez. II, 581/2021; Cons. Stato, Sez. VI, 40/2021.

²¹ M. RAMAJOLI, *Preavviso di rigetto, preclusioni, giusto procedimento e giusto processo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 3/2022, p. 602; G. MILO, *Il preavviso di diniego dopo la legge 11 settembre 2020 n. 120*, in *Rivista Giuridica AmbienteDiritto.it*, 4/2020, p. 9.

²² P. CHIRULLI, *La partecipazione al procedimento*, in *Principi e regole dell'azione amministrativa*, a cura di Maria Alessandra Sandulli, Terza edizione, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2020, p. 304; M. RAMAJOLI, *Preavviso di rigetto, preclusioni, giusto procedimento e giusto processo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 3/2022, p. 602; A. GUALDANI, *Le novità in tema di preavviso di rigetto*, in *P.A. Persona e Amministrazione, ricerche giuridiche sull'amministrazione e l'economia*, 2/2022, p. 556; N. PAOLANTONIO, *Osservazioni sulla preclusione procedimentale al riesercizio del potere*, in *Il diritto*

effetti della preclusione saranno quindi definiti da un lato dal giudicato caducatorio, che conforma la successiva attività amministrativa, e dall'altro anche dalle risultanze dell'istruttoria, come compendiata nel preavviso, fino a contrarre progressivamente gli ambiti riservati alla discrezionalità amministrativa²³. Quindi, quando l'amministrazione deve ripronunciarsi sulla fattispecie, lo spettro valutativo disponibile sarà ridotto dalla portata conformativa del giudicato e dalla preclusione legislativa, che proibisce la deduzione di motivi inizialmente apprezzabili, considerando rilevanti solo quelli già esternati all'istante.

È evidente allora che, comprimendo gli spazi decisori dell'amministrazione, sarà progressivamente corroborata la posizione dell'interessato, che potrà più ragionevolmente sperare nell'accoglimento dell'istanza²⁴. Autorevole dottrina nota perciò che la riforma riduce la distanza fra il privato e la soddisfazione della relativa pretesa, decretando che l'eventuale superficialità dell'istruzione procedimentale non possa compromettere il rapporto fiduciario fra interessato ed amministrazione, sostanzialmente frustrando le aspirazioni dell'istante²⁵. Inoltre la preclusione processuale responsabilizza l'autorità procedente, che, dovendo immediatamente rivelare al privato ogni circostanza sfavorevole, sarà obbligata ad un rigoroso e metodico approfondimento della cornice istruttoria, che non potrà essere poi integrata da ulteriori motivi già inizialmente percepibili. Il divieto infatti riguarda non solo i motivi ostativi rilevati e non opposti, ma anche fatti e circostanze potenzialmente percepibili ma sfuggiti all'esame dell'amministrazione per la superficialità o

dell'economia, 3/2022, p. 12. Tar. Bolzano, Sez.1, 95/2021; Tar. Lazio, Roma, Sez. II-bis, 12931/2021. Si debbono tuttavia contare anche interpretazioni contrarie, fra le quali M. R. CALDERARO, *Il preavviso di rigetto ai tempi della semplificazione amministrativa*, in *Federalismi.it*, 11/2022, p. 155; Tar. Toscana, Firenze, Sez. I, 917/2021.

²³ A. GUALDANI, *Le novità in tema di preavviso di rigetto*, in *P.A. Persona e Amministrazione, ricerche giuridiche sull'amministrazione e l'economia*, 2/2022, p. 556; M. BROCCA, *Il preavviso di diniego e la costruzione della decisione amministrativa (nota a Tar. Campania, Napoli, sez. III, 7 gennaio 2021, n. 130)*, in www.giustiziainsieme.it, 25/02/2021; F. BOTTEON, *L'art. 10-bis, l. 241/1990 e regole di motivazione (e decisione) amministrativa*, in *Comuni d'Italia*, 8/2021, p. 8; N. PAOLANTONIO, *Osservazioni sulla preclusione procedimentale al riesercizio del potere*, in *Il diritto dell'economia*, 3/2022, p. 14.

²⁴ P. CHIRULLI, *La partecipazione al procedimento*, in *Principi e regole dell'azione amministrativa*, a cura di Maria Alessandra Sandulli, Terza edizione, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2020, p. 304.

²⁵ P. CHIRULLI, *La comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza dopo i "decreti semplificazioni"*, in *Rivista giuridica di urbanistica*, n. 1/2022, p. 107.

difettosità dell'istruzione²⁶. Se tali motivi aggiuntivi avrebbero dunque dovuto affiorare dalla precedente istruttoria, ritenuta colpevolmente incompleta, allora l'autorità procedente incontrerà gli effetti della preclusione, essendo inibita la successiva deduzione delle ulteriori circostanze ostative. Nel caso in cui, nonostante la preclusione, l'amministrazione reiteri il provvedimento annullato, l'interessato potrà quindi pretendere l'ottemperanza contestando le illegittimità dell'attività amministrativa. Spetterà poi al giudicante distinguere censure trattabili direttamente in ottemperanza e invece vizi che, con conversione del rito, dovranno essere devolute alla giurisdizione di legittimità: in particolare i profili del nuovo provvedimento che violano i contenuti conformativi della sentenza di annullamento dovranno essere trattati in ottemperanza, mentre le censure derivate dalla deduzione dei motivi nuovi saranno trattate in sede di giurisdizione di legittimità, non essendo coperti dagli effetti del giudicato²⁷.

Eppure, se la riforma sembra aver definitivamente rimediato alla patologica e sleale prassi della reiterazione del provvedimento, quella che sembra a prima vista una soluzione risolutiva ed ottimale cede ad un esame più approfondito, che ne rivela le debolezze ed i punti scoperti.

Anzitutto, occorre definire i perimetri applicativi della preclusione, chiarendo che per una parte rafforza la posizione del privato dinnanzi all'amministrazione, ma, per l'altra, non elide definitivamente gli spazi per un successivo riesercizio negativo, garantendo l'accoglimento dell'istanza. Infatti, secondo parte della dottrina, la novella consegna ancora altre residuali possibilità all'amministrazione utili al riesercizio provvedimentoale, lasciando degli ambiti scoperti, che non sono investiti dagli effetti della preclusione²⁸.

²⁶ M. RAMAJOLI, *Preavviso di rigetto, preclusioni, giusto procedimento e giusto processo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 3/2022, p. 608; Tar. Lazio, Roma, Sez. II-bis, 3055/2021; Tar. Lazio, Roma, Sez. II-bis, 9220/2021; Tar. Lazio, Roma, Sez. II-bis, 2840/2021.

²⁷ D. PROFILI, *Decreto semplificazioni e procedimento amministrativo – Il nuovo preavviso di rigetto* [online], in *Il diritto amministrativo – rivista giuridica*, 2020, disponibile su: <https://www.ildirittoamministrativo.it>, [data di accesso: 27/10/2023].

²⁸ P. CHIRULLI, *La comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza dopo i "decreti semplificazioni"*, in *Rivista giuridica di urbanistica*, n. 1/2022, p. 109, M. CLARICH, *Limiti oggettivi e soggettivi del giudicato amministrativo e riesercizio del potere*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 1/2022, pp. 33-34.

In primo luogo, considerato che gli effetti della fattispecie investono non ogni fatto e circostanza deducibile ma solo i “motivi emergenti dall’istruttoria”, allora la preclusione, unita alla portata conformativa dell’annullamento, non vale ad escludere indiscriminatamente ogni supporto motivazionale del provvedimento reiettivo²⁹. La preclusione involge i soli fatti già apprezzati dall’istruttoria che ha condotto al provvedimento annullato, o quantomeno rilevabili, ma negligenzemente sottaciuti dall’amministrazione; mentre rimangono ancora opponibili motivi ostativi sopravvenuti o già esistenti, quando, non essendo allora percepibili dall’amministrazione, siano stati incolpevolmente omessi³⁰. Se quindi all’amministrazione sarà consentito l’apprezzamento dei fatti sopravvenuti, non è dispensata dagli obblighi imposti dalla fattispecie di cui all’art. 10-bis, che si applica anche nel successivo riesercizio provvedimento: i motivi sopravvenuti all’annullamento dovranno quindi essere adeguatamente preannunciati al privato, dimodoché si attivi il dovuto contraddittorio infraprocedimentale³¹.

In secondo luogo, l’effettiva applicabilità della preclusione dipende anche dalla natura del vizio che ha condotto all’annullamento e al contenuto conformativo della sentenza caducatoria, con cui deve necessariamente coordinarsi³². Particolarmente, qualora l’annullamento del provvedimento è dovuto ad un vizio relativo all’istruttoria, allora l’amministrazione potrebbe essere obbligata ad eventuali integrazioni o rinnovazioni: appare quindi evidente che, se la stessa pronuncia giudiziale “impone una rivalutazione su taluni profili, la preclusione di cui all’art. 10-bis, l. 241/1990 si troverebbe ad essere comunque

²⁹ L. TARANTINO, *La novella dell’art. 10-bis e la posizione della giurisprudenza*, in www.giustizia-amministrativa.it, 20/06/2022; M. BROCCA, *Il preavviso di diniego e la costruzione della decisione amministrativa (nota a Tar. Campania, Napoli, sez. III, 7 gennaio 2021, n. 130)*, in www.giustiziainsieme.it, 25/02/2021.

³⁰ L. FERRARA, *La preclusione procedimentale dopo la novella del preavviso di diniego: alla ricerca di un modello di rapporto e di giustizia*, in *Diritto Amministrativo*, 3/2021, pp. 576-577; Tar. Bolzano, Sez.1, 95/2021; M. BROCCA, *Il preavviso di diniego e la costruzione della decisione amministrativa (nota a Tar. Campania, Napoli, sez. III, 7 gennaio 2021, n. 130)*, in www.giustiziainsieme.it, 25/02/2021; M. CERRETO, *Il novellato preavviso di rigetto ex art. 10-bis l. 241/1990: un nuovo punto di equilibrio nel percorso di parificazione tra p.a. e privato (Modifiche apportate con d.l. 76/2020 convertito con legge n. 120/20)*, in www.giustamm.it, 11/2020.

³¹ D. PROFILI, *Decreto semplificazioni e procedimento amministrativo – Il nuovo preavviso di rigetto* [online], in *Il diritto amministrativo – rivista giuridica*, 2020, disponibile su: <https://www.ildirittoamministrativo.it>, [data di accesso: 27/10/2023].

³² Tar. Lazio, Roma, Sez. II-bis, 12931/2021.

recessiva”³³. Infatti, lo stesso giudicato potrebbe nuovamente devolvere all’amministrazione il riesame della fattispecie e richiedere dunque degli ulteriori apprezzamenti e riconsiderazioni che investano anche le risultanze della prima istruttoria³⁴. Dinanzi ad una siffatta richiesta giudiziale, l’automatismo imposto dalla preclusione è destinato a cedere, essendo l’amministrazione tenuta a conformarsi all’ordine e quindi al completamento della cornice istruttoria o alla riconsiderazione di circostanze già prima esaminate, apprezzando anche il materiale già versato. La giurisprudenza ha dunque chiarito che, ritornato l’esame dell’affare all’amministrazione, l’autorità procedente dovrebbe dedurre ogni circostanza rilevante e che la preclusione processuale si applicherebbe solo dopo il secondo provvedimento reiettivo³⁵.

Ancora, l’esito è lo stesso se il provvedimento fosse annullato per vizi concernenti la motivazione, qualora l’amministrazione potesse riesaminare l’affare pur “nei limiti e alle condizioni del giudicato”, magari meglio specificando e chiarendo i supporti motivazionali già dedotti³⁶. Il giudicato potrebbe difatti lasciare degli spazi utili al riesame ed obbligare l’amministrazione a meglio esplicitare le motivazioni già opposte con il preavviso e il provvedimento, senza dedurre motivi ulteriori che invece sarebbero investiti dagli effetti della preclusione. Anche in una tale circostanza dunque, la preclusione imposta dalla novellata fattispecie dell’art. 10-bis non può prevenire un’ulteriore riesercizio sfavorevole al ricorrente, cui l’amministrazione, nonostante l’annullamento del primo provvedimento, potrebbe nuovamente opporre il proprio diniego³⁷.

³³ A. GUALDANI, *Le novità in tema di preavviso di rigetto*, in *P.A. Persona e Amministrazione, ricerche giuridiche sull’amministrazione e l’economia*, 2/2022, pp. 558-559; M. CLARICH, *Limiti oggettivi e soggettivi del giudicato amministrativo e riesercizio del potere*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 1/2022, p. 39; M. BROCCA, *Il preavviso di diniego e la costruzione della decisione amministrativa (nota a Tar. Campania, Napoli, sez. III, 7 gennaio 2021, n. 130)*, in www.giustiziainsieme.it, 25/02/2021.

³⁴ N. PAOLANTONIO, *Osservazioni sulla preclusione procedimentale al riesercizio del potere*, in *Il diritto dell’economia*, 3/2022, p. 20.

³⁵ Cons. Stato, Sez. VI, 3480/2022.

³⁶ Tar. Lazio, Roma, Sez. II-bis, 12931/2021.

³⁷ P. CHIRULLI, *La comunicazione dei motivi ostativi all’accoglimento dell’istanza dopo i “decreti semplificazioni”*, in *Rivista giuridica di urbanistica*, n. 1/2022, p. 109.

Ma l'applicabilità della preclusione deve essere ulteriormente circoscritta, considerando il legislatore solo l'annullamento giustiziale del provvedimento negativo e non differenti ipotesi caducatorie. In primo luogo, la preclusione potrà applicarsi solo quando il ricorrente chieda l'annullamento dell'atto e non un mero accertamento o una semplice condanna³⁸. La fattispecie è infatti chiara nella misura in cui esplicitamente si riferisce all' "annullamento in giudizio del provvedimento, il che necessariamente postula l'accoglimento del ricorso per la caducazione dell'atto impugnato. Fra tutti i possibili tipi di annullamento, non tutti soddisfano le condizioni del dispositivo per l'applicazione della preclusione: all'amministrazione sarà vietato introdurre motivi osativi ulteriori solo successivamente ad un annullamento giurisdizionale e non ad un intervento in autotutela oppure ad una decisione caducatoria su ricorso gerarchico³⁹. Tuttavia sul punto del ricorso gerarchico si possono sollevare dei dubbi, potendosi essendo sostenibili anche delle soluzioni contrarie, che invece depongono a favore della preclusione. Infatti ormai costante giurisprudenza si è pronunciata ritenendo che il ricorso gerarchico, anche se formalmente amministrativo, rappresenta nella sostanza un rimedio giustiziale: si potrebbe dunque anche pensare ad un'applicazione estensiva della preclusione, che potrebbe anche condizionare il procedimento anche a seguito di un annullamento su ricorso gerarchico⁴⁰. Ancora, i confini della preclusione non si fermano qui, ma anzi, sono segnati, secondo alcuna dottrina, anche dalla regolarità della sequenza procedimentale seguita dall'amministrazione. Si è notato infatti che la fattispecie testualmente condiziona l'applicabilità della preclusione all'annullamento del provvedimento adottato, sempreché sia fedelmente riprodotta la sequenza subprocedimentale disegnata dal legislatore ("provvedimento così adottato):

³⁸ L. TARANTINO, *La novella dell'art. 10-bis e la posizione della giurisprudenza*, in www.giustizia-amministrativa.it, 20/06/2022.

³⁹ M. CLARICH, *Limiti oggettivi e soggettivi del giudicato amministrativo e riesercizio del potere*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 1/2022, p. 39; L. TARANTINO, *La novella dell'art. 10-bis e la posizione della giurisprudenza*, in www.giustizia-amministrativa.it, 20/06/2022; D. PROFILI, *Decreto semplificazioni e procedimento amministrativo – Il nuovo preavviso di rigetto* [online], in *Il diritto amministrativo – rivista giuridica*, 2020, disponibile su: <https://www.ildirittoamministrativo.it>, [data di accesso: 27/10/2023].

⁴⁰ F. G. SCOCA, *Giustizia Amministrativa*, ottava edizione, Torino, Giappichelli, 2020, p. 662; Tar. Lombardia, Milano, Sez. II, 1351/2019; Tar. Lazio, Roma, Sez. I, 7032/2018;

quindi l'amministrazione incontrerebbe gli effetti limitanti del dispositivo solo quando i motivi siano stati correttamente preavvisati al privato e l'istante intervenga quindi nel procedimento opponendo propri rilievi ed osservazioni⁴¹. Quando invece l'autorità procedente omette il preavviso oppure il privato, pur invitato al dialogo, diserta il contraddittorio, allora la preclusione, secondo tale dottrina, non potrebbe impedire l'amministrazione vincolando il corredo motivazionale alle sole circostanze già rilevate⁴². Eppure sembra preferibile un'interpretazione costituzionalmente orientata del dispositivo, ritenendo irrilevante una effettiva interlocuzione fra privato ed amministrazione, considerato che l'inerzia dell'istante rappresenterebbe solo il "mancato esercizio di una facoltà", che non può pregiudicare la protezione del ricorrente⁴³.

Visti i rilievi ora elencati, la dottrina ha quindi dedotto che sicuramente la novella interviene circoscrivendo la patologia rappresentata dalla reiterazione infinita di provvedimenti reiettivi, ma non può risolvere definitivamente il problema⁴⁴. Rimangono infatti ancora degli spazi disponibili all'amministrazione che nemmeno sono toccati dalla preclusione e che quindi consentono la reiterazione dello stesso provvedimento negativo.

Per ultimo, residuano dubbi ulteriori riguardo all'applicabilità soggettiva della preclusione: ci si è chiesti infatti se eventuali controinteressati possano dedurre nel secondo procedimento dei motivi ostativi che, quand'anche rilevati dall'amministrazione, non siano stati puntualmente preavvisati ed opposti al

⁴¹ A. GUALDANI, *Le novità in tema di preavviso di rigetto*, in *P.A. Persona e Amministrazione, ricerche giuridiche sull'amministrazione e l'economia*, 2/2022, pp. 557-558; L. FERRARA, *La preclusione procedimentale dopo la novella del preavviso di diniego: alla ricerca di un modello di rapporto e di giustizia*, in *Diritto Amministrativo*, 3/2021, pp. 578-579.

⁴² A. GUALDANI, *Le novità in tema di preavviso di rigetto*, in *P.A. Persona e Amministrazione, ricerche giuridiche sull'amministrazione e l'economia*, 2/2022, pp. 557-558. N. PAOLANTONIO, *Osservazioni sulla preclusione procedimentale al riesercizio del potere*, in *Il diritto dell'economia*, 3/2022, p. 15 è di tale parere, ritenendo che la mancata collaborazione del privato all'istruttoria privi lo stesso "della garanzia dell'affidamento sulla non introducibilità, nella riedizione del potere, di elementi preesistenti, fatte salve le sole sopravvenienze".

⁴³ L. TARANTINO, *La novella dell'art. 10-bis e la posizione della giurisprudenza*, in www.giustizia-amministrativa.it, 20/06/2022; N. PAOLANTONIO, *Osservazioni sulla preclusione procedimentale al riesercizio del potere*, in *Il diritto dell'economia*, 3/2022, p. 14.

⁴⁴ L. FERRARA, *La preclusione procedimentale dopo la novella del preavviso di diniego: alla ricerca di un modello di rapporto e di giustizia*, in *Diritto Amministrativo*, 3/2021, pp. 576-577.

privato⁴⁵. Si deve notare che, se la fattispecie ora limita l'amministrazione vietando la deduzione di motivi ulteriori, nulla dispone riguardo ai controinteressati, i quali, secondo parte della dottrina, non dovrebbero incontrare gli effetti della preclusione⁴⁶. Ne risulta che eventuali circostanze già percepite nella prima istruttoria potrebbero anche rimanere rilevanti se opposte non dall'amministrazione, costretta dalla preclusione, ma dai controinteressati, che invece devono avere la possibilità di difendersi adeguatamente. Altra dottrina tuttavia, evitando distinzioni fra amministrazione e controinteressati, considera invece oggettivamente la preclusione, in modo che abbracci solo i motivi ostativi indipendentemente dalla qualificazione della parte da cui sono opposti⁴⁷. Ne risulta che i motivi ulteriori non potranno essere dedotti nel secondo procedimento conseguente all'annullamento né dall'amministrazione né dai controinteressati.

Sicuramente sono interessanti gli ulteriori rilievi sollevati da alcuni interpreti, che notano l'ambiguità e la contraddittorietà logica della nuova formulazione della fattispecie. In particolare, occorre interrogarsi sulla natura dei motivi come "emergenti dall'istruttoria", chiedendosi quando il presupposto, cui è condizionata l'applicabilità della preclusione, si può ritenere integrato. In particolare, la disposizione lascia scoperto il dubbio sul momento in cui il motivo ostativo deriva dall'istruttoria: non è chiaro se è sufficiente che l'amministrazione abbia solo oggettivamente considerato il fatto o che invece ne abbia concretamente colto l'attitudine ostativa, ritenendo una tale circostanza idonea a negare l'accoglimento dell'istanza⁴⁸. Evidentemente, se si optasse per la prima soluzione, considerando solo la percezione oggettiva del motivo ostativo, si allargherebbero le maglie della preclusione al punto da vietare

⁴⁵ L. TARANTINO, *La novella dell'art. 10-bis e la posizione della giurisprudenza*, in www.giustizia-amministrativa.it, 20/06/2022.

⁴⁶ M. RAMAJOLI, *Preavviso di rigetto, preclusioni, giusto procedimento e giusto processo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 3/2022, p. 610.

⁴⁷ L. FERRARA, *La preclusione procedimentale dopo la novella del preavviso di diniego: alla ricerca di un modello di rapporto e di giustizia*, in *Diritto Amministrativo*, 3/2021, p. 581.

⁴⁸ F. BOTTEON, *L'art. 10-bis, l. 241/1990 e regole di motivazione (e decisione) amministrativa*, in *Comuni d'Italia*, 8/2021, p. 8.

all'amministrazione la successiva deduzione di circostanze che nel corso della prima istruttoria non fossero state ritenute un fatto pertinente all'istanza da opporre al privato come motivo. Invece sembrerebbe più ragionevole la conclusione opposta, ritenendo che la preclusione si applichi nel caso in cui l'amministrazione abbia ritrovato nel fatto un motivo ostativo e colpevolmente abbia sottaciuto circostanze di cui il privato avrebbe dovuto essere informato sia dal preavviso che dal provvedimento⁴⁹.

Inoltre, autorevole dottrina ha ritenuto preoccupante l'effetto della disposizione novellata nei riguardi di amministrazioni colluse, cui la preclusione rischierebbe di agevolare le attività⁵⁰. In particolare, si è notato che l'amministrazione potrebbe usare maliziosamente a proprio vantaggio la preclusione processuale, deducendo nel primo provvedimento motivi solo pretestuosi e inconsistenti, confidando nell'impugnazione e sicura del successivo annullamento. Allorché, caducato il provvedimento, sarebbero preclusi i reali motivi ostativi, pur rilevati dall'amministrazione collusa, ma volontariamente sottaciuti, affinché il privato potesse essere soddisfatto sacrificando un incompatibile interesse pubblico.

Per completare il compendio delle aporie rivelate dalla nuova fattispecie, è utile notare come la stessa formulazione sembri difficilmente conciliarsi con l'ormai consolidata dottrina sulla partizione del procedimento amministrativo, solita a distinguere la sequenza fra differenti fasi, di cui ciascuna connotata da proprie funzioni e particolarità⁵¹. A tal punto da avanzarsi l'ipotesi che la dizione legislativa potesse essere solo il frutto di un errore o di un refuso, lasciando sottintendere che un motivo ostativo possa derivare dall'esito dell'istruttoria e non invece dalla decisione conclusiva⁵². Infatti, ormai pacificamente si ritiene che l'istruzione del procedimento debba semplicemente rilevare i fatti sui quali poi

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ M. CLARICH, *Limiti oggettivi e soggettivi del giudicato amministrativo e riesercizio del potere*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 1/2022, p. 39.

⁵¹ M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, quarta edizione, Bologna, Il Mulino, 2019, pp. 243 ss.; P. M. VIPIANA, *L'attività amministrativa*, Cedam, 2017, p. 326 ss.; A. BOTTIGLIERI, *Commentario alla legge sul procedimento amministrativo*, a cura di Solveig Cogliani, Padova, Cedam, 2007, p. 48.

⁵² F. BOTTEON, *L'art. 10-bis, l. 241/1990 e regole di motivazione (e decisione) amministrativa*, in *Comuni d'Italia*, 8/2021, p. 8.

l'autorità procedente dovrà adottare le proprie determinazioni, apprezzando circostanze ed interessi utili alla risoluzione conclusiva⁵³. La motivazione del provvedimento dovrà poi strutturarsi sulle risultanze dell'istruttoria, che quindi da semplici fatti diventano dei motivi che supportano il contenuto dispositivo dell'atto amministrativo⁵⁴. Se ne può dedurre quindi che, se l'istruzione del procedimento deve solo rilevare oggettivamente dei fatti, utili all'esercizio amministrativo, allora l'esistenza di veri e propri motivi presuppone l'esistenza di una decisione conclusiva che i motivi devono supportare. Il fatto, rilevato dall'istruttoria, diventa quindi un motivo in funzione del provvedimento a cui si accompagna e il cui contenuto intende avvalorare. Il legislatore dunque sembra quasi confondere lo stadio istruttorio e decisorio del procedimento, alludendo a dei presunti "motivi" ma al contempo riferendoli all'istruzione, quando invece l'istruzione non può che rilevare dei semplici fatti.

2. *Il rafforzamento della motivazione dopo le ultime modifiche*

L'attuale formulazione della fattispecie propone delle evidenti novità anche sul versante della motivazione del provvedimento, richiedendo al responsabile o all'autorità procedente l'enunciazione nell'atto conclusivo delle ragioni che hanno condotto al superamento delle obiezioni opposte dall'interessato. Il testo ora dispone come segue: *“qualora gli istanti abbiano presentato osservazioni, del loro eventuale mancato accoglimento il responsabile del procedimento o l'autorità competente sono tenuti a dare ragione nella motivazione del provvedimento finale di diniego indicando, se ve ne sono, i soli motivi ostativi ulteriori che sono conseguenza delle osservazioni”*.

Il primo risultato della modifica è sicuramente il rafforzamento degli obblighi motivazionali. La doverosità della motivazione è tanto più evidente

⁵³ M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, quarta edizione, Bologna, Il Mulino, 2019, pp. 243 ss.; P. M. VIPIANA, *L'attività amministrativa*, Cedam, 2017, p. 326 ss.

⁵⁴ O. APPERTI, *Partecipazione procedimentale*, in *Procedimento Amministrativo*, a cura di Marcello Clarich e Giuliano Fonderico, Ipsoa, 2015, pp. 92-93; N. PAOLANTONIO, *Osservazioni sulla preclusione procedimentale al riesercizio del potere*, in *Il diritto dell'economia*, 3/2022, p. 13.

nella misura in cui l'autorità procedente o il responsabile del procedimento ora "sono tenuti a dare ragione" delle circostanze addotte dall'istante e quindi a pronunciarsi espressamente sulle posizioni difensive del privato⁵⁵. Se quindi il precedente dispositivo semplicemente imponeva un generico ed indefinito obbligo, la riforma interviene per meglio specificarne il contenuto e corroborarne gli effetti, garantendo la concreta utilità degli apporti partecipativi, che possono ritenersi proficui solo se effettivamente valutati dall'amministrazione⁵⁶. A fronte della prima formulazione, ritenuta eccessivamente sintetica, l'attuale lettera del dispositivo richiede una motivazione certamente più approfondita sui rilievi del privato, che non può ridursi, come dimostrava una patologica prassi amministrativa, ad una stringata e minimale spiegazione. La novella, se non obbliga l'amministrazione a confutare singolarmente ogni rilievo del privato, quantomeno richiede la specifica indicazione dei motivi ostativi ulteriori, sempre conseguenza delle osservazioni, e di valide ragioni tali da superare le obiezioni dell'istante⁵⁷. Resta comunque ferma l'ormai solida interpretazione giurisprudenziale che esclude una puntuale ed analitica confutazione di ogni deduzione del privato, sempreché si provveda illustrando compiutamente i motivi ostativi all'accoglimento ed evitando una enunciazione eccessivamente sintetica e stringata, priva di una qualsiasi capacità esplicativa⁵⁸. Il difetto motivazionale sulle deduzioni del privato può quindi rappresentare una circostanza che giustifica non solo l'annullamento dell'atto, ove impugnato dall'interessato, ma anche l'imputazione di eventuali

⁵⁵ M. BROCCA, *Il preavviso di diniego e la costruzione della decisione amministrativa (nota a Tar. Campania, Napoli, sez. III, 7 gennaio 2021, n. 130)*, in www.giustiziainsieme.it, 25/02/2021; M. RAMAJOLI, *Preavviso di rigetto, preclusioni, giusto procedimento e giusto processo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 3/2022, p. 602; R. FUSCO, *Il necessario contraddittorio col privato nell'esercizio dei poteri discrezionali: l'efficacia invalidante del preavviso di rigetto (nota a Cons. St., Sez. II, 14 marzo 2022, n. 1790)*; in www.giustiziainsieme.it; 06/07/2022.

⁵⁶ A. GUALDANI, *Le novità in tema di preavviso di rigetto*, in *P.A. Persona e Amministrazione, ricerche giuridiche sull'amministrazione e l'economia*, 2/2022, p. 550; M. CERRETO, *Il novellato preavviso di rigetto ex art. 10-bis l. 241/1990: un nuovo punto di equilibrio nel percorso di parificazione tra p.a. e privato (Modifiche apportate con d.l. 76/2020 convertito con legge n. 120/20)*, in www.giustamm.it, 11/2020.

⁵⁷ M. R. CALDERARO, *Il preavviso di rigetto rafforza il contraddittorio con il cittadino anche nei procedimenti di sanatoria edilizia (nota a Cons. Stato, Sez. VI, 12 aprile 2023, n. 3672)*, in www.giustiziainsieme.it, 7/06/2023.

⁵⁸ *Ibidem*; Tar. Campania, Napoli, Sez. III, 947/2020; Tar. Valle d'Aosta, Aosta, Sez. I, 17/2021; Tar. Campania, Napoli, Sez. III, 15/2021; Tar. Lazio, Roma, Sez. III-ter, 1808/2021; Cons. Stato, Sez. IV, 6815/2020.

responsabilità disciplinari nei riguardi del pubblico dipendente, che manca il risultato richiesto⁵⁹.

Inoltre, ora il legislatore chiarisce che il provvedimento conclusivo deve specificare “i soli motivi ostativi ulteriori che sono conseguenza delle osservazioni”: ne risulta che l'autorità procedente o il responsabile replicano alle osservazioni aggiungendo al provvedimento conclusivo solo quanto necessario a confutare i rilievi adottati⁶⁰. La dottrina ha quindi ritenuto che dalla disposizione derivasse un'ulteriore preclusione tale da vincolare l'amministrazione ed inibire la deduzione di motivi ulteriori nel provvedimento che già non fossero stati preannunciati⁶¹. La discrezionalità amministrativa quindi si consumerebbe già in sede procedimentale, essendo l'amministrazione obbligata ad esternare immediatamente i motivi ostativi rilevati, che saranno poi inopponibili al privato⁶². Il legislatore dunque, conformandosi agli esistenti arresti giurisprudenziali (*supra*), intende quanto più possibile coinvolgere il privato di modo da esaurire ogni motivo ostativo in sede procedimentale o al più tardi nelle propaggini istruttorie derivate dal contraddittorio⁶³. Si conferma dunque, come già era stato anticipato dalla giurisprudenza, il parallelismo fra il contenuto del preavviso e del provvedimento, tale per cui nell'atto conclusivo dovranno comparire esclusivamente i motivi già preannunciati, salve le ulteriori specificazioni dovute alle osservazioni dell'istante. La riforma dunque riconosce definitivamente una propria autonomia al preavviso, nel quale già sono illustrati i motivi della decisione conclusiva e al quale potrà semplicemente richiamarsi il provvedimento negativo, semplificando gli oneri motivazionali gravanti

⁵⁹ G. MILO, *Il preavviso di diniego dopo la legge 11 settembre 2020 n. 120*, in *Rivista Giuridica AmbienteDiritto.it*, 4/2020, p. 7.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ P. CHIRULLI, *La partecipazione al procedimento*, in *Principi e regole dell'azione amministrativa*, a cura di Maria Alessandra Sandulli, Terza edizione, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2020, p. 303.

⁶² M. RAMAJOLI, *Preavviso di rigetto, preclusioni, giusto procedimento e giusto processo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 3/2022, p. 607; M. R. SPASIANO, *Nuovi approdi della partecipazione procedimentale nel prisma del novellato preavviso di rigetto*, in *Il diritto dell'economia*, 2/2021, p. 44.

⁶³ N. PAOLANTONIO, *Osservazioni sulla preclusione procedimentale al riesercizio del potere*, in *Il diritto dell'economia*, 3/2022, p. 13.

sull'amministrazione⁶⁴. Il provvedimento potrà anche solo integrare i contenuti del preavviso, rimandando per i restanti motivi a quanto già preannunciato al privato con lo stesso atto endoprocedimentale. Naturalmente, la motivazione *per relationem* del provvedimento sarà ammissibile e legittima nella misura in cui ogni ragione ostativa già enunciata nell'atto endoprocedimentale sia stata puntualmente circostanziata e specificata: se infatti al privato fossero stati annunciati dei motivi solo generici o approssimativi, allora un semplice ed indiscriminato rimando mai potrà soddisfare gli oneri motivazionali gravanti sull'amministrazione⁶⁵. In tal caso, l'amministrazione potrà – e dovrà – meglio specificare i contenuti del preavviso, ovviamente sempre restando nei perimetri dei motivi già preannunciati e senza dedurne di nuovi⁶⁶.

3. *Il nuovo rapporto con la dequotazione dei vizi formali*

Un altro dei fronti interpretativi sui quali interviene la novella riguarda le conseguenze e gli effetti dell'omissione del preavviso, per la quale consistente parte della giurisprudenza (*supra*) aveva già ritenuto estensivamente applicabile la dequotazione dei vizi formali prescritta dalla fattispecie dell'art. 21-octies. Particolarmente, si era ritenuto che l'annullamento del provvedimento viziato dall'omissione della comunicazione sarebbe stato escluso sia nei procedimenti vincolati che discrezionali, sempreché il contenuto dispositivo non avesse potuto differire.

⁶⁴ M. CERRETO, *Il novellato preavviso di rigetto ex art. 10-bis l. 241/1990: un nuovo punto di equilibrio nel percorso di parificazione tra p.a. e privato (Modifiche apportate con d.l. 76/2020 convertito con legge n. 120/20)*, in www.giustamm.it, 11/2020; L. TARANTINO, *La novella dell'art. 10-bis e la posizione della giurisprudenza*, in www.giustizia-amministrativa.it, 20/06/2022. Altra parte della dottrina, fra cui M. RAMAJOLI, *Preavviso di rigetto, preclusioni, giusto procedimento e giusto processo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 3/2022, p. 607, ritiene invece che “il dettato legislativo soffra di un eccesso di sintesi”: difatti nel provvedimento conclusivo dovrebbero ricomparire le stesse motivazioni già preannunciate.

⁶⁵ M. CERRETO, *Il novellato preavviso di rigetto ex art. 10-bis l. 241/1990: un nuovo punto di equilibrio nel percorso di parificazione tra p.a. e privato (Modifiche apportate con d.l. 76/2020 convertito con legge n. 120/20)*, in www.giustamm.it, 11/2020.

⁶⁶ M. R. CALDERARO, *Il preavviso di rigetto rafforza il contraddittorio con il cittadino anche nei procedimenti di sanatoria edilizia (nota a Cons. Stato, Sez. VI, 12 aprile 2023, n. 3672)*, in www.giustiziainsieme.it, 7/06/2023; Tar. Puglia, Bari, Sez. II, 973/2021.

Ebbene, il legislatore, viste le controversie sulla presunta applicabilità dell'art. 21-octies, si è definitivamente pronunciato smentendo il prevalente orientamento giurisprudenziale e garantendo un'uniforme interpretazione riguardo alla portata applicativa della sanatoria processuale, che ora è esclusa per i provvedimenti discrezionali⁶⁷. Dottrina e giurisprudenza hanno dunque ritenuto che il legislatore, considerati gli evidenti conflitti ermeneutici, sia intervenuto con una "norma interpretativa", che chiarisce il significato e l'originario ambito applicativo della fattispecie, consacrando solo un orientamento interpretativo e disconoscendo i contrari⁶⁸. Si è quindi aggiunta allo stesso dispositivo dell'art. 21-octies un'ulteriore precisazione, chiarendo che "il secondo periodo [del secondo comma] non si applica al provvedimento adottato in violazione dell'art. 10-bis". La modifica, in particolare, allude al provvedimento discrezionale che, se viziato dall'omessa comunicazione, sarà ora inevitabilmente destinato all'annullamento, essendo inapplicabile la sanatoria processuale del secondo alinea⁶⁹. All'amministrazione pertanto non sarà nemmeno consentito provare processualmente che il contenuto dispositivo del provvedimento impugnato non avrebbe potuto differire per evitarne l'annullamento, essendo ormai considerato sempre rilevante il vizio rappresentato dall'omissione del preavviso, quantomeno nei procedimenti discrezionali.

Nonostante si circoscriva la portata della sanatoria escludendovi i provvedimenti discrezionali, rimane tuttavia inalterata l'applicabilità del primo enunciato, che ritiene irrilevanti i vizi formali affettanti il provvedimento vincolato⁷⁰. L'atto conclusivo, ancorché viziato dall'omissione del preavviso,

⁶⁷ R. FUSCO, *Il necessario contraddittorio col privato nell'esercizio dei poteri discrezionali: l'efficacia invalidante del preavviso di rigetto (nota a Cons. St., Sez. II, 14 marzo 2022, n. 1790)*; in www.giustiziainsieme.it; 06/07/2022; L. MAGLI, *Il preavviso di rigetto come banco di prova per i principi del diritto amministrativo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 6/2022, p. 791; A. GUALDANI, *Le novità in tema di preavviso di rigetto*, in *P.A. Persona e Amministrazione, ricerche giuridiche sull'amministrazione e l'economia*, 2/2022, pp. 544-545.

⁶⁸ A. GUALDANI, *Le novità in tema di preavviso di rigetto*, in *P.A. Persona e Amministrazione, ricerche giuridiche sull'amministrazione e l'economia*, 2/2022, p. 548; Tar. Campania, Sez. III, 130/2021; Tar. Trento, Sez. I, 177/2020.

⁶⁹ D. PROFILI, *Decreto semplificazioni e procedimento amministrativo – Il nuovo preavviso di rigetto* [online], in *Il diritto amministrativo – rivista giuridica*, 2020, disponibile su: <https://www.ildirittoamministrativo.it>, [data di accesso: 27/10/2023]; Cons. Stato, Sez. III, 6743/2021; Cons. Stato, Sez. II, 1790/2022; Cons. Stato, Sez. III, 6378/2020;

⁷⁰ G. MILO, *Il preavviso di diniego dopo la legge 11 settembre 2020 n. 120*, in *Rivista Giuridica AmbienteDiritto.it*, 4/2020, p. 12; A. GUALDANI, *Le novità in tema di preavviso di rigetto*, in *P.A.*

potrà dunque ora sopravvivere all'impugnativa solo quando è ritenuto palesemente vincolato ai termini o presupposti legislativi, tanto da rendere definitivamente ininfluyente la partecipazione del privato⁷¹. Quindi, alla luce dell'attuale formulazione legislativa, diventa essenziale ed imprescindibile discernere la possibile natura del provvedimento impugnato: se vincolato, il vizio derivante dall'omissione del preavviso potrebbe essere investito dalla sanatoria e quindi essere considerato irrilevante; se invece discrezionale allora l'atto sarà inevitabilmente destinato all'annullamento⁷².

L'amministrazione, in ogni caso, sarà certamente più incentivata all'osservanza della disciplina procedimentale e al coinvolgimento effettivo dell'istante, non potendo più confidare – quantomeno per i provvedimenti discrezionali – nella possibilità di redimersi processualmente ed evitare l'annullamento dell'atto viziato. Tantopiù se si considera la preclusione processuale che investe poi il riesercizio amministrativo, vietando la deduzione di ulteriori motivi derivati dalla prima istruttoria e non indicati nel preavviso stesso. L'intervento legislativo chiaramente smentisce tutta la copiosa giurisprudenza favorevole ad un'interpretazione analogica del secondo alinea, postulando l'identità funzionale e la sovrapposibilità delle due comunicazioni di cui all'art. 7 e 10-bis⁷³. Dottrina e giurisprudenza che riconoscevano delle diversità fra le due comunicazioni, dapprima minoritarie, hanno quindi trovato conforto nella riforma, che ne ha riconosciuto le posizioni, diversificando anche il trattamento legislativo in caso di eventuali inosservanze od omissioni⁷⁴. Il

Persona e Amministrazione, ricerche giuridiche sull'amministrazione e l'economia, 2/2022, pp. 544-545; P. CHIRULLI, *La partecipazione al procedimento*, in *Principi e regole dell'azione amministrativa*, a cura di Maria Alessandra Sandulli, Terza edizione, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2020, p. 302; P. CHIRULLI, *La comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza dopo i "decreti semplificazioni"*, in *Rivista giuridica di urbanistica*, n. 1/2022, p. 111.

⁷¹ M. R. CALDERARO, *Il preavviso di rigetto ai tempi della semplificazione amministrativa*, in *Federalismi.it*, 11/2022, pp. 149-150.

⁷² R. FUSCO, *Il necessario contraddittorio col privato nell'esercizio dei poteri discrezionali: l'efficacia invalidante del preavviso di rigetto (nota a Cons. St., Sez. II, 14 marzo 2022, n. 1790)*; in www.giustiziainsieme.it; 06/07/2022.

⁷³ D. PROFILI, *Decreto semplificazioni e procedimento amministrativo – Il nuovo preavviso di rigetto* [online], in *Il diritto amministrativo – rivista giuridica*, 2020, disponibile su: <https://www.ildirittoamministrativo.it>, [data di accesso: 27/10/2023].

⁷⁴ L. MAGLI, *Il preavviso di rigetto come banco di prova per i principi del diritto amministrativo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 6/2022, p. 789; Tar. Campania, Napoli, Sez. III, 130/2021: "La tesi che

legislatore sembra quindi aver consacrato le interpretazioni che valorizzano l'autonomia e l'unicità del preavviso, il quale concede un'occasione ulteriore per il riesame dei motivi adottati in uno stadio procedimentale ormai avanzato, quando la decisione amministrativa già è definita e maturata, anche se solo provvisoria (*supra*)⁷⁵. Su questi presupposti, è ora confermata l'asimmetria fra le due comunicazioni, sia nella natura, collocandosi ciascuna su stadi procedimentali differenti, a seconda più arretrati od avanzati, ma anche nel trattamento⁷⁶. Infatti la sanatoria del secondo enunciato, consentita per la sola comunicazione dell'art. 7, sarà invece vietata per casi per i quali l'amministrazione ometta il preavviso, vista la diversità funzionale delle due forme partecipative⁷⁷.

A supporto di una tale soluzione, interessante giurisprudenza ha aggiunto degli argomenti ulteriori, che considerano invece la specialità della sanatoria del secondo alinea, la quale rappresenterebbe un'eccezionale ipotesi derogatoria, tale da escludere l'applicabilità del primo comma dell'art. 21-octies. In particolare, le disposizioni del secondo comma dell'art. 21-octies, derogando a quanto prescritto dal primo comma, sarebbero da ritenersi eccezionali e non possono essere interpretate analogicamente, applicandone il contenuto prescrittivo ad ipotesi non espressamente contemplate. Dunque, un'applicazione analogica del secondo alinea anche al preavviso si risolverebbe dunque in un'interpretazione, oltre che illegittima, anche vietata dall'art. 14 delle preleggi⁷⁸.

ritiene assimilabile anche la violazione dell'art. 10 bis muove dal presupposto dell'identità di funzione svolta da detta ultima disposizione e dall'art. 7, mentre non è condivisibile istituire un mero parallelismo tra art. 7 e art. 10-bis"; Cons. Stato, Sez. II, 1790/2022.

⁷⁵ Tar. Campania, Napoli, Sez. III, 5262/2020; Tar. Campania, Napoli, Sez. III, 21/2021; Tar. Campania, Napoli, Sez. III, 130/2021: "non è condivisibile istituire un mero parallelismo tra art. 7 e art. 10-bis. In proposito la garanzia del 10 bis, come sopra evidenziato, svolge un ruolo diverso, e consente alla parte di intervenire a sostenere le proprie ragioni, nella fase predecisoria, contestando l'apparato motivazionale predisposto dall'amministrazione all'esito del procedimento. La partecipazione alla fase decisoria e predecisoria assume una valenza rispetto al formarsi della decisione amministrativa che ha valore ulteriore e diverso diversa da quella che assume la partecipazione alla fase istruttoria".

⁷⁶ P. CHIRULLI, *La partecipazione al procedimento*, in *Principi e regole dell'azione amministrativa*, a cura di Maria Alessandra Sandulli, Terza edizione, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2020, p. 302.

⁷⁷ M. R. SPASIANO, *Nuovi approdi della partecipazione procedimentale nel prisma del novellato preavviso di rigetto*, in *Il diritto dell'economia*, 2/2021, pp. 41-44.

⁷⁸ A. GUALDANI, *Le novità in tema di preavviso di rigetto*, in *P.A. Persona e Amministrazione, ricerche giuridiche sull'amministrazione e l'economia*, 2/2022, pp. 547-548; Tar. Trento, Sez. I, 177/2020.

In ogni caso, è evidente che la riforma legislativa intende privilegiare l'effettiva realizzazione delle garanzie partecipative, dinnanzi alle quali recedono anche celerità ed efficienza procedimentale, dapprima valorizzate dalla giurisprudenza⁷⁹. Escludendo la sanatoria del secondo enunciato, ora una l'omissione de preavviso diventa sempre – sempreché non ricorrano le ipotesi del primo alinea – un “vizio imperdonabile” che conduce direttamente all'annullamento dell'atto, rafforzando ancora una volta l'effettività del contraddittorio⁸⁰.

4. *Sospensione dei termini procedurali dopo la riforma*

Fra le ultime modifiche apportate dal legislatore alla fattispecie, ben rilevante è stata la riformulazione dei termini e delle tempistiche procedurali. Particolarmente, ora la fattispecie prescrive che “*la comunicazione di cui al primo periodo sospende i termini di conclusione dei procedimenti, che ricominciano a decorrere dieci giorni dopo la presentazione delle osservazioni o, in mancanza delle stesse, dalla scadenza del termine di cui al secondo periodo*”. L'attuale enunciazione legislativa rimedia alle incertezze applicative della previgente disciplina, dovute alla coesistenza di interpretazioni divergenti, delle quali le une più attente alla lettera del dispositivo, e le altre più inclini ad una lettura sistematica dei termini procedurali, che evitasse un indefinito prolungamento delle attività amministrative⁸¹. Nello specifico, se una parte della dottrina riteneva che, come suggerito testualmente dal legislatore, il termine dovesse interrompersi successivamente alla ricezione della comunicazione, mentre una lettura più sistematica portava altra parte degli esegeti a ritenere che i termini dovessero non interrompersi ma sospendersi,

⁷⁹ P. CHIRULLI, *La partecipazione al procedimento*, in *Principi e regole dell'azione amministrativa*, a cura di Maria Alessandra Sandulli, Terza edizione, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2020, p. 302.

⁸⁰ L. MAGLI, *Il preavviso di rigetto come banco di prova per i principi del diritto amministrativo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 6/2022, p. 791.

⁸¹ D. PROFILI, *Decreto semplificazioni e procedimento amministrativo – Il nuovo preavviso di rigetto* [online], in *Il diritto amministrativo – rivista giuridica*, 2020, disponibile su: <https://www.ildirittoamministrativo.it>, [data di accesso: 27/10/2023]; S. TARULLO, *Preavviso di rigetto fra garanzia partecipativa e collaborazione istruttoria*, in www.giustamm.it, 1/2005. Si nota che l'abuso della reiterazione della comunicazione potrebbe condurre ad una sostanziale stasi del procedimento, differendone indefinitamente la conclusione.

affinché potesse essere garantita la celere conclusione del procedimento (*supra*)⁸². La novella specifica quindi che ora la comunicazione “sospende i termini di conclusione dei procedimenti” e non più “interrompe”, schierandosi a favore di una fra le soluzioni interpretative offerte ed escludendo ulteriori dubbi ermeneutici sull’effettiva volontà del legislatore. Dopodiché, intervenuta la sospensione, si dispone che la data da cui il termine ricomincia a decorrere è flessibile e condizionata alla condotta del privato, il quale potrà, invitato alla partecipazione procedimentale, sia presentare osservazioni e depositare documenti, sia rimanere inerte e attendere passivamente l’adozione del provvedimento reiettivo preannunciato. Il trattamento del termine differisce quindi nelle ipotesi di seguito considerate. Se il privato rimane inerte, allora il tempo utile alla conclusione del procedimento si ricomincia a contare quando sono scaduti i dieci giorni assegnati al privato per presentare le osservazioni, essendo superfluo ogni ulteriore adempimento amministrativo tale da giustificare eventuali lungaggini procedurali. Se il privato invece partecipa al procedimento opponendo i propri rilievi, allora il termine sospeso ricomincia a decorrere dieci giorni dopo la presentazione delle osservazioni stesse, dimodoché l’amministrazione possa disporre degli spazi necessari per valutarne il contenuto. Nei dieci giorni successivi al deposito del materiale documentale, durante i quali i termini continueranno a rimanere sospesi, l’amministrazione potrà infatti ricorrere ad eventuali supplementi istruttori o rivalutare i fatti considerando i rilievi dell’interessato, valorizzando gli esiti del contraddittorio endoprocedimentale⁸³. Il termine totale quindi sarà prolungato di dieci giorni, che si sommano a quelli già assegnati per depositare osservazioni e documenti, dimodoché i rilievi del privato siano adeguatamente considerati e ponderati dall’amministrazione⁸⁴.

⁸² A. GUALDANI, *Le novità in tema di preavviso di rigetto*, in *P.A. Persona e Amministrazione, ricerche giuridiche sull’amministrazione e l’economia*, 2/2022, pp. 540-541.

⁸³ *Ivi*, pp. 542-543; P. CHIRULLI, *La partecipazione al procedimento*, in *Principi e regole dell’azione amministrativa*, a cura di Maria Alessandra Sandulli, Terza edizione, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2020, p. 300.

⁸⁴ G. MILO, *Il preavviso di diniego dopo la legge 11 settembre 2020 n. 120*, in *Rivista Giuridica AmbienteDiritto.it*, 4/2020, p. 6.

Se si paragona la precedente formulazione con l'attuale, l'effetto della riforma quindi è la compressione dei termini e il riconoscimento di uno spazio più ridotto per eventuali propaggini istruttorie, evitando pretesti utile ad un artificioso prolungamento dei tempi procedurali⁸⁵. Quando con la disciplina precedente l'amministrazione poteva confidare nell'interruzione dei termini e quindi in un considerevole spazio procedimentale aggiuntivo, ora l'autorità procedente deve esaurire i residui accertamenti istruttori stimolati dalle deduzioni dell'istante nei soli dieci giorni seguente il deposito del materiale. A certa dottrina la riforma pare confermare la definitiva parificazione fra la posizione fra le parti, considerata l'identità dei termini concessi al privato e all'amministrazione rispettivamente per replicare ai motivi ostativi e per eventuali supplementi istruttori⁸⁶. Infatti ai dieci giorni assegnati all'istante per partecipare e depositare propri documenti od osservazioni corrispondono esattamente altri dieci giorni concessi all'amministrazione per esaminare il materiale istruttorio dedotto. Visto quanto detto, si comprende che l'evidente intenzione del legislatore, imponendo una "severa accelerazione" del ritmo procedimentale, è quindi la semplificazione e la contrazione del procedimento, che deve concludersi in tempi quanto più celeri, evitando inutili differimenti⁸⁷.

Tuttavia si è notato che l'assegnazione di termini stringenti, oltre che velocizzare l'attività amministrativa, potrebbe anche costringere l'amministrazione ad affrettare le attività istruttorie al punto comprometterne l'efficacia, precludendo eventuali atti incompatibili con gli angusti spazi procedurali⁸⁸. In tal caso, sicuramente si eviterebbe un indefinito allungamento dei tempi procedurali, ma al tempo stesso si

⁸⁵ P. CHIRULLI, *La comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza dopo i "decreti semplificazioni"*, in *Rivista giuridica di urbanistica*, n. 1/2022, p. 112; M. R. CALDERARO, *Il preavviso di rigetto rafforza il contraddittorio con il cittadino anche nei procedimenti di sanatoria edilizia (nota a Cons. Stato, Sez. VI, 12 aprile 2023, n. 3672)*, in www.giustiziainsieme.it, 7/06/2023; M. R. CALDERARO, *Il preavviso di rigetto ai tempi della semplificazione amministrativa*, in *Federalismi.it*, 11/2022, p. 152.

⁸⁶ M. CERRETO, *Il novellato preavviso di rigetto ex art. 10-bis l. 241/1990: un nuovo punto di equilibrio nel percorso di parificazione tra p.a. e privato (Modifiche apportate con d.l. 76/2020 convertito con legge n. 120/20)*, in www.giustamm.it, 11/2020.

⁸⁷ L. TARANTINO, *La novella dell'art. 10-bis e la posizione della giurisprudenza*, in www.giustizia-amministrativa.it, 20/06/2022.

⁸⁸ L. TARANTINO, *La novella dell'art. 10-bis e la posizione della giurisprudenza*, in www.giustizia-amministrativa.it, 20/06/2022.

comprometterebbe l'efficienza delle attività istruttorie, magari obbligando l'amministrazione ad un esame solo approssimativo, superficiale o lacunoso degli ulteriori materiali dedotti dal privato.

Evidentemente, la modifica legislativa si inserisce nel solco tracciato dall'ultima riforma, che intende semplificare il procedimento comprimendone le tempistiche ed accelerandone il ritmo, di modo da approdare quanto più celermente possibile alla conclusione e rispondere all'istanza del privato⁸⁹. Servente ad una tale intenzione si dimostra anche la definizione di rigidi termini procedurali, i quali da una parte evitano un indefinito prolungamento dell'attività amministrativa pregiudizievole nei riguardi dell'interessato, che nel frattempo “spreca risorse e perde opportunità nell'attesa di un provvedimento”; dall'altra prevengono l'opportunistica dilazione della conclusione dovuta ad un difetto conoscitivo del privato⁹⁰.

5. Conclusioni e ultimi rilievi critici

Delineando un quadro conclusivo, anche critico, delle considerazioni fin qui trattate, si può convenire anzitutto sulla nobile intenzione dell'ultima novella legislativa, che intende sciogliere i dubbi interpretativi della fattispecie dirimendo conflitti giurisprudenziali che ormai si prolungavano sostanzialmente da un quindicennio. Sono quindi stati risolti i dubbi sulla possibile applicabilità della sanatoria anche al preavviso, sull'alternativa fra interruzione e sospensione, mentre, al tempo stesso, si sono apportate delle significative modifiche per rendere quanto più cogenti gli obblighi gravanti sull'amministrazione e solide le posizioni dell'interessato. Ancora, la recente preclusione processuale ha quindi

⁸⁹ D. VESE, *Il preavviso di rigetto tra efficienza e garanzia dell'azione amministrativa*, in *Diritto e Società*, 4/2017, pp. 819-820; A. GUALDANI, *Le novità in tema di preavviso di rigetto*, in *P.A. Persona e Amministrazione, ricerche giuridiche sull'amministrazione e l'economia*, 2/2022, p. 542; M. R. SPASIANO, *Nuovi approdi della partecipazione procedimentale nel prisma del novellato preavviso di rigetto*, in *Il diritto dell'economia*, 2/2021, p. 26.

⁹⁰ M. CERRETO, *Il novellato preavviso di rigetto ex art. 10-bis l. 241/1990: un nuovo punto di equilibrio nel percorso di parificazione tra p.a. e privato (Modifiche apportate con d.l. 76/2020 convertito con legge n. 120/20)*, in www.giustamm.it, 11/2020.

ridisegnato i rapporti fra l'annullamento e il successivo riesercizio decisorio, garantendo effettività e restituendo significato alla partecipazione procedimentale, che rischiava di essere vanificata dall'inesauribilità delle potestà amministrative.

Rimangono tuttavia delle riserve riguardo alla reale incisività di una tale riforma, che certamente valorizza il contraddittorio e l'apporto del privato, ma in un circoscritto numero di casi, vista la distensione delle esclusioni come anche la limitata applicabilità della sanatoria processuale (*supra*). Eppure la riforma, per quanto commendevoli fossero le intenzioni chiarificatrici, lascia dei punti scoperti, sui quali rimangono così tante residue perplessità da non lasciare neanche intravedere un compiuto, definitivo e solido equilibrio fra le differenti esigenze che si contemperano nel procedimento amministrativo⁹¹. Anzitutto, sono chiariti gli effetti della preclusione processuale seguente l'annullamento del provvedimento nei riguardi dei controinteressati, i quali è dubbio se possano o meno dedurre nuovi motivi già rilevati dall'istruttoria. In secondo luogo, i benefici della preclusione sulla partecipazione del privato potrebbero essere ridotti dall'angusto ambito applicativo della novità, che è esclusa in plurime circostanze al punto addirittura da doversi dubitare dell'effettiva incisività nel procedimento. Per ultimo, rimane il rischio di una disciplina asimmetrica ed incoerente, dovuta ad un trattamento favorevole del privato solo per i procedimenti attivati su apposita istanza, e al contempo avverso proprio per gli interessati che più avrebbero bisogno di protezione, essendo destinatari di provvedimenti sacrificativi⁹².

È in ogni caso evidente che l'intervento legislativo altera il complesso equilibrio fra le confliggenti necessità che confluiscono nel procedimento amministrativo e che devono adeguatamente essere ponderate dalla disciplina procedimentale: da un lato l'efficienza, celerità e trasparenza

⁹¹ L. FERRARA, *La preclusione procedimentale dopo la novella del preavviso di diniego: alla ricerca di un modello di rapporto e di giustizia*, in *Diritto Amministrativo*, 3/2021, p. 584.

⁹² P. CHIRULLI, *La comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza dopo i "decreti semplificazioni"*, in *Rivista giuridica di urbanistica*, n. 1/2022, pp. 113-114.

dell'amministrazione, dall'altro partecipazione e collaborazione istruttoria del privato. Il legislatore quindi, intervenendo sulle disposizioni procedurali, intende ricostruire un delicato equilibrio nella cui composizione si riverberano le sensibilità sociali e le necessità più storicamente avvertite, talvolta più inclini verso le istanze dell'amministrazione, talaltra più favorevoli invece al privato. Ebbene, una travagliata storia interpretativa segnata da frequenti disaccordi dottrinali dimostra che proprio la disciplina del preavviso, la quale interessa sia la scansione dell'attività sia la partecipazione del privato, tocca profondamente le funzionalità del procedimento amministrativo, rivelando il baricentro di un delicatissimo equilibrio dato dal temperamento di differenti esigenze procedurali, sempre opposte e discordanti. Nel preavviso, dunque, si sintetizza l'esito di una avveduta ponderazione fra delle confliggenti necessità, le quali convivono senza mai prevalere nettamente le une sulle altre e i cui rapporti disegnano il volto del procedimento amministrativo. Le plurime correzioni legislative, insieme alle interpretazioni giurisprudenziali, provano invece come nella storia quasi ventennale della fattispecie si siano spostati progressivamente gli equilibri, che, oscillando fra due poli opposti, prima pendono verso il risultato amministrativo e poi si piegano verso la partecipazione del privato. Naturalmente la conciliazione di esigenze così antitetiche implica rinunce reciproche che sono intrinseche nelle scelte legislative e sono forzate dall'alternatività fra gli interessi attorno a cui gravita il procedimento, per cui l'integrale soddisfazione dell'uno implica il definitivo sacrificio dell'altro.

Ecco allora che comprimere i termini o scandire severamente i ritmi procedurali significa da un lato garantire al privato la dovuta sicurezza nei tempi amministrativi, ma dall'altro anche costringere l'amministrazione in spazi magari eccessivamente angusti e potenzialmente compromettere la realizzazione del risultato a cui è preordinata l'attività amministrativa⁹³.

Ancora, la preclusione processuale certamente rafforza la posizione del privato, avvicinandone la pretesa alla sua naturale soddisfazione, ma rischia anche di stimolare la proliferazione del contenzioso, vista la macchinosità della

⁹³ M. R. SPASIANO, *Nuovi approdi della partecipazione procedimentale nel prisma del novellato preavviso di rigetto*, in *Il diritto dell'economia*, 2/2021, p. 26.

disposizione, richiedendo anche una “superiore responsabilità politica degli apparati burocratici”, con l’effetto di una possibile paralisi dell’attività amministrativa⁹⁴.

Infine, evitare la sanatoria del provvedimento discrezionale per un verso restituisce valore e dignità al contraddittorio, obbligando l’amministrazione a considerare gli apporti del privato, ma, per altro verso, potrebbe anche portare alla reiterazione di provvedimenti dotati dello stesso contenuto dispositivo e solo emendati per i vizi formali, producendo dell’inutile contenzioso (*supra*).

Fra tutti i possibili esempi che si possono citare, uno sembra poter ben rappresentare la delicatezza delle scelte legislative, nelle quali si deve condensare una complessa ponderazione fatta di diritti ed obblighi, riconoscimenti e sacrifici. Si è detto (*supra*) che la dottrina ha più volte criticato la novella rilevando come ancora una volta estromettesse i controinteressati dal subprocedimento partecipativo, benché evidentemente toccati dall’esito non meno dell’istante⁹⁵. Ebbene, sicuramente l’intervento anche dei controinteressati avrebbe portato degli indiscutibili benefici all’istruttoria procedimentale, arricchendo il materiale informativo disponibile all’amministrazione e quindi contribuendo collaborativamente all’esercizio procedimentale, in modo da avvicinare quanto più la decisione finale all’effettiva realizzazione degli interessi pubblici. Eppure, se il legislatore ancora una volta titola alla partecipazione solo l’istante e pretermette ogni parte ulteriore, allora l’esclusione non può che rivelare una consapevole scelta legislativa, che intende risolvere il conflitto fra esigenze procedimentali differenti disegnando il profilo di un preciso equilibrio procedimentale. Il legislatore infatti novella la fattispecie da un lato garantendo il dialogo con il privato e, dall’altro, anche l’efficienza dell’attività amministrativa.

⁹⁴ P. CHIRULLI, *La comunicazione dei motivi ostativi all’accoglimento dell’istanza dopo i “decreti semplificazioni”*, in *Rivista giuridica di urbanistica*, n. 1/2022, p. 114; N. PAOLANTONIO, *Osservazioni sulla preclusione procedimentale al riesercizio del potere*, in *Il diritto dell’economia*, 3/2022, pp. 15-16: l’autore parla di una “paura della firma” che sarebbe esponenzialmente aumentata dall’applicazione del meccanismo preclusivo, visto che l’amministrazione sarebbe gravata dall’ulteriore onere di identificare i motivi emergenti dall’istruttoria per escluderli dal provvedimento.

⁹⁵ G. CARLOTTI, *La partecipazione procedimentale: Feliciano Benvenuti e la riforma della legge n. 241 del 1990*, in *Jus, rivista di scienze giuridiche*, 2-3/2008, p. 357; P. AMOVILLI, *La comunicazione dei motivi ostativi all’accoglimento dell’istanza fra partecipazione, deflazione del contenzioso e nuovi modelli di contraddittorio ad armi pari*, in www.giustiziamministrativa.it, 2009.

Se il procedimento fosse aperto anche a parti ulteriori allora si ingrandirebbero esponenzialmente gli oneri amministrativi al punto da sacrificare in misura sproporzionata il buon andamento dell'amministrazione, che risulterebbe negato da un eccessivo carico burocratico. L'estromissione dei controinteressati dunque non deve essere letta come il mancato riconoscimento di una prerogativa partecipativa dovuta ma, anzi, come l'esito di una consapevole ed equilibrata scelta legislativa che riconosce ulteriori diritti e garanzie senza che questi diritti e queste garanzie vadano a compromettere il decorso procedimentale e paralizzare le amministrazioni.

Nei pochi esempi citati, che si potrebbero tuttavia accompagnare a molti altri, si comprende come nella disciplina del preavviso si condensi il delicato equilibrio sul quale si costruisce il procedimento amministrativo e che ne definisce la natura e la funzionalità. E il fulcro di questo equilibrio, di cui legislatore, dottrina e giurisprudenza sono alla continua ricerca, sembra essere sempre sensibile e condizionato alle esigenze correnti nella società, esposto alle sue trasformazioni e necessità, sulle quali si costruiscono anche le scelte normative. Naturalmente, se già nelle astratte categorizzazioni legislative la ponderazione delle differenti necessità affettanti il procedimento è sembrata un rompicapo quasi irrisolvibile, alla prova dei fatti le problematiche sono sempre destinate a complicarsi, intercettando una realtà sempre più varia ed imprevedibile di quanto possa immaginare anche il più fantasioso dei legislatori. Ecco che allora, dove non possono arrivare gli astratti teoremi normativi, arriva la giurisprudenza, chiamata di nuovo ad interpretare la realtà per ponderare di volta in volta quale fra le plurime esigenze procedimentali sarà destinata a prevalere nel caso specifico. Aspettando che il legislatore possa nuovamente intervenire per sciogliere i dubbi rimasti irrisolti, sarà la giurisprudenza a dover cercare un baricentro nella realtà, calandovi la disciplina procedimentale, aggiornata dalla recente riforma, e mantenendo un efficace equilibrio collaborativo fra il privato e l'amministrazione⁹⁶.

⁹⁶ P. CHIRULLI, *La comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza dopo i "decreti semplificazioni"*, in *Rivista giuridica di urbanistica*, n. 1/2022, p. 114.

Bibliografia

Dottrina e fonti

- AMOVILLI P., *La comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza fra partecipazione, deflazione del contenzioso e nuovi modelli di contraddittorio ad armi pari*, in www.giustiziamministrativa.it, 2009
- APPERTI O., *Partecipazione procedimentale*, in *Procedimento Amministrativo*, a cura di Marcello Clarich e Giuliano Fonderico, Ipsoa, 2015
- BOTTEON F., *L'art. 10-bis, l. 241/1990 e regole di motivazione (e decisione) amministrativa*, in *Comuni d'Italia*, 8/2021
- BOTTIGLIERI A., *Commentario alla legge sul procedimento amministrativo*, a cura di Solveig Cogliani, Padova, Cedam, 2007
- BOTTINO G., *La comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento all'istanza di parte: considerazioni su di una prima applicazione giurisprudenziale del nuovo art. 10-bis l. n. 241/1990*, in *Foro amm.*, 7/2005
- BROCCA M., *Il preavviso di diniego e la costruzione della decisione amministrativa (nota a Tar. Campania, Napoli, sez. III, 7 gennaio 2021, n. 130)*, in www.giustiziainsieme.it, 25/02/2021
- CALDERARO M. R., *Il preavviso di rigetto ai tempi della semplificazione amministrativa*, in *Federalismi.it*, 11/2022
- CALDERARO M. R., *Il preavviso di rigetto rafforza il contraddittorio con il cittadino anche nei procedimenti di sanatoria edilizia (nota a Cons. Stato, Sez. VI, 12 aprile 2023, n. 3672)*, in www.giustiziainsieme.it, 7/06/2023
- CALDERARO M. R., *La partecipazione nel procedimento amministrativo tra potere e rispetto dei diritti di difesa*, in *Foro Amministrativo*, 5/2015
- CARLOTTI G., *La partecipazione procedimentale: Feliciano Benvenuti e la riforma della legge n. 241 del 1990*, in *Jus, rivista di scienze giuridiche*, 2-3/2008

- CAUDURO A., *La partecipazione amministrativa come trasparente “associazione” o “dissociazione” dalle scelte dell’amministrazione pubblica*, in *diritto amministrativo*, 1/2022
- CERRETO M., *Il novellato preavviso di rigetto ex art. 10-bis l. 241/1990: un nuovo punto di equilibrio nel percorso di parificazione tra p.a. e privato (Modifiche apportate con d.l. 76/2020 convertito con legge n. 120/20)*, in *www.giustamm.it*, 11/2020
- CHIRULLI P., *La comunicazione dei motivi ostativi all’accoglimento dell’istanza dopo i “decreti semplificazioni”*, in *Rivista giuridica di urbanistica*, n. 1/2022
- CHIRULLI P., *La partecipazione al procedimento*, in *Principi e regole dell’azione amministrativa*, a cura di Maria Alessandra Sandulli, Terza edizione, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2020
- CLARICH M., *Manuale di diritto amministrativo*, quarta edizione, Bologna, Il Mulino, 2019
- COCCONI M., *La partecipazione all’attività amministrativa generale*, Padova, Cedam, 2011
- CORSO G., *Feliciano Benvenuti e l’attività amministrativa*, in *Jus: rivista di scienze giuridiche*, 2-3/2008
- D’ARIENZO M., *Brevi note sull’applicabilità dell’art. 21-octies al preavviso di rigetto alla luce della recente giurisprudenza amministrativa*, in *www.giustamm.it*, 2021
- DEL GATTO S., *La partecipazione ai procedimenti di regolazione delle Autorità indipendenti*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 9/2010
- FANTI V., *La nuova comunicazione nel procedimento amministrativo*, in *Urbanistica e Appalti*, 11/2005
- FERRARA L., *La partecipazione tra “illegittimità” e “illegalità”. Considerazioni sulla disciplina dell’annullamento non pronunciabile*, in *Dir. Amm.*, 1/2008
- FERRARA R., *La partecipazione al procedimento amministrativo: un profilo critico*, in *Diritto amministrativo*, 2/2017

- FUSCO R., *Il necessario contraddittorio col privato nell'esercizio dei poteri discrezionali: l'efficacia invalidante del preavviso di rigetto (nota a Cons. St., Sez. II, 14 marzo 2022, n. 1790)*, in www.giustiziainsieme.it, 06/07/2022
- GALLETTA D. U., *Il diritto ad una buona amministrazione europea come fonte di essenziali garanzie procedurali nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 3/2005
- GASPARI A., *Il preavviso di rigetto previsto dall' art 10-bis della legge 241/90. Riflessioni su alcune cruciali problematiche*, in *Diritto.it*, 2012, disponibile su <https://www.diritto.it>, [data di accesso: 12/12/2023]
- GIANNINI M. S., *Enciclopedia del diritto*, voce *Acquiescenza*, 1/1958
- GUALDANI A., *Le novità in tema di preavviso di rigetto*, in *P.A. Persona e Amministrazione, ricerche giuridiche sull'amministrazione e l'economia*, 2/2022
- GUZZARDO G., *Semplificazioni e complicazioni nei titoli edilizi*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, 2/2015
- GUZZI F. F., ROLLI R., *La legge di riforma del procedimento amministrativo al vaglio della giurisprudenza*, in *Federalismi.it*, 4/2008
- IRELLI V. C., *Osservazioni generali sulla legge di modifica della l. n. 241/90 – III parte*, in www.giustamm.it, 1/2005
- LAZZARA P., *Art. 10-bis – comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza*, in *L'azione amministrativa*, a cura di Alberto romano, Giappichelli, 2016
- LINGUANTI S., *Il Consiglio di Stato sul preavviso di rigetto in caso di SCLIA*, in *Disciplina del commercio e dei servizi*, 3/2019
- MACCARI L., *Le garanzie di partecipazione al procedimento amministrativo dopo la riforma introdotta con la legge n. 15/2005*, in *Le riforme della l. 7 agosto 1990 n. 241 tra garanzia della legalità e amministrazione di risultato*, a cura di L. Perfetti, Cedam, aprile 2008
- MAGLI L., *Il preavviso di rigetto come banco di prova per i principi del diritto amministrativo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 6/2022

- MARTINES F., *Partecipazione procedimentale e garanzie dei privati. L'esperienza dell'ordinamento tributario. Luci ed ombre*, in *www.giustamm.it*, 5/2007
- MEZZANOTTE P., *Principio democratico e partecipazione alla decisione pubblica*, in *Federalismi.it*, n. 23/2020
- MICARI G., *Il preavviso di rigetto provvedimento, la "partecipazione nella partecipazione" e l'art. 21 octies della L. n. 241 del 1990 al vaglio giurisprudenziale*, in *Giurisprudenza di merito*, 6/2006
- MILO G., *Il preavviso di diniego dopo la legge 11 settembre 2020 n. 120*, in *Rivista Giuridica AmbienteDiritto.it*, 4/2020
- NIGRO M., *Il nodo della partecipazione*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1/1980
- PAIANO A., *La partecipazione nell'attività vincolata dell'amministrazione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1/2022
- PAOLANTONIO N., *Osservazioni sulla preclusione procedimentale al riesercizio del potere*, in *Il diritto dell'economia*, 3/2022
- PARISIO V., *il silenzio della pubblica amministrazione tra prospettive attive e fattuali, alla luce delle novità introdotte dalla l. 11 febbraio 2005 n. 15 e dalla l. 14 maggio 2005 n. 80*, in *Foro Amm.*, 7-8/2006
- PASQUINI G., SANDULLI A., *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Giuffrè, 2001
- PEPE G., *Il modello della democrazia partecipativa tra aspetti teorici e profili applicativi. Un'analisi comparata*, Milano, Cedam, 2020
- PROFILI D., *Decreto semplificazioni e procedimento amministrativo – Il nuovo preavviso di rigetto* [online], in *Il diritto amministrativo – rivista giuridica*, 2020, disponibile su: <https://www.ildirittoamministrativo.it>, [data di accesso: 27/10/2023]
- PROIETTI R., *Commentario alla legge sul procedimento amministrativo*, a cura di Solveig Cogliani, Padova, Cedam, 2007

QUIROZ VITALE M. A., *Partecipazione al procedimento amministrativo, scelte pubbliche ed istituti di garanzia: il nuovo ruolo del difensore civico*, in *Sociologia del diritto*, 3/2010

RAMAJOLI M., *Preavviso di rigetto, preclusioni, giusto procedimento e giusto processo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 3/2022

RAMAJOLI M., VILLATA R., *Procedimento art. 10 bis l. 251/1990*, in *Libro dell'anno del Diritto*, 2012

Relazione illustrativa al d.l. 76/2020

ROMANO M. C., 2012, *Modelli partecipativi tra garanzia ed efficienza. L'ascendenza pretoria delle scelte legislative sul procedimento* [online], in *Amministrazione in cammino, Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione*, disponibile su <https://www.amministrazioneincammino.luiss.it>, [data di accesso: 27/10/2023]

ROMANO M. C., *La partecipazione al procedimento amministrativo*, in *L'azione amministrativa*, a cura di Alberto Romano, Torino, Giappichelli, 2016

RUINI M., Progetto di Costituzione della Repubblica Italiana, relazione del presidente della Commissione per la Costituzione, Presentata alla Presidenza dell'Assemblea Costituente il 6 febbraio 1947

SAITTA F., *Il procedimento amministrativo paritario nel pensiero di Feliciano Benvenuti*, in *Amministrare*, 3/2011

SAITTA F., *La partecipazione al procedimento amministrativo*, in AA.VV., *Percorsi di diritto amministrativo*, Torino, G. Giappichelli editore, 2014

SATTA F., *Contraddittorio e partecipazione nel procedimento amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, 2/2010

SCOCA F. G., *Giustizia Amministrativa*, ottava edizione, Torino, Giappichelli, 2020

SPASIANO M. R., *La partecipazione al procedimento amministrativo quale fonte di legittimazione dell'esercizio del potere: un'ipotesi ricostruttiva*, in *Dir. Amm.*, 2/2002

- SPASIANO M. R., *Nuovi approdi della partecipazione procedimentale nel prisma del novellato preavviso di rigetto*, in *Il diritto dell'economia*, 2/2021
- STRAZZA G., *L'ambito di operatività del silenzio-assenso e le esigenze di certezza (nota a Cass., Sez. III, ord. 6 luglio 2020 n. 13865)*, in *Rivista Giuridica dell'edilizia*, 4/2020
- TARANTINO L., *La novella dell'art. 10-bis e la posizione della giurisprudenza*, in www.giustizia-amministrativa.it, 20/06/2022
- TARANTINO L., *Preavviso di diniego, acquiescenza e tutela giurisdizionale endoprocedimentale*, in *Urbanistica e Appalti*, 6/2005
- TARULLO S., *Preavviso di rigetto fra garanzia partecipativa e collaborazione istruttoria*, in www.giustamm.it, 1/2005
- TENORE V., *L'incidenza della nuova legge n. 241 del 1990 sulle pubbliche amministrazioni*, Cedam, 2006
- TIMO M., *Cittadinanza amministrativa e democrazia partecipativa*, in *Osservatorio costituzionale*, 3/2016
- TRIMARCHI F., *Considerazioni in tema di partecipazione al procedimento amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 3/2000
- VACCA A., *Comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza ex art. 10 bis, l. 7 agosto 1990 n. 241 e modalità di esercizio del potere amministrativo: prima ricostruzione di un complesso fenomeno di alterazioni procedurali*, in *Foro amm.*, 5/2006
- VAIANO D., *Preavviso di rigetto e principio del contraddittorio nel procedimento amministrativo*, in Giustamm.it, n. 6/2007
- VESE D., *Il preavviso di rigetto tra efficienza e garanzia dell'azione amministrativa*, in *Diritto e Società*, 4/2017
- VIPIANA P. M., *L'attività amministrativa*, Cedam, 2017

ZITO A., *Il "diritto ad una buona amministrazione" nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea e nell'ordinamento interno*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2/2002

Giurisprudenza

Cassazione

Cass. civ., Sez. I, 11083/2020, in www.dejure.it

CGUE

CGUE 31 marzo 1992, causa C-255/90 P, Burban

CGUE 01 marzo 2023, causa T-324/21, Harley-Davidson Europe Ltd and Neovia Logistics Services International v European Commission, in www.eur-lex.europa.eu

CGUE 18 ottobre 2023, causa T-402/20, Zippo Manufacturing and Others v Commission, in www.eur-lex.europa.eu

C. G. A. R. S.

Cons. Gius. Amm., Sez. I, 750/2020, in www.giustizia-amministrativa.it

Cons. Stato

Cons. Stat., Sez. VI, 1215/2010, in www.giustizia-amministrativa.it

Cons. Stato Sez. IV, 2280/2002, in www.dejure.it

Cons. Stato sez. VI, 291/1997, in www.dejure.it

Cons. Stato, Ad. Pl., 8/1986, in www.giustizia-amministrativa.it

Cons. Stato, Ad. Plen., 2/2013, in www.giustizia-amministrativa.it

Cons. Stato, Commissione Speciale, parere 2518/2007, in P. AMOVILLI, *La comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza fra partecipazione, cit.*

Cons. Stato, Sez. II, 1306/2020, in www.giustizia-amministrativa.it

Cons. Stato, Sez. II, 1790/2022, in www.giustizia-amministrativa.it

Cons. Stato, Sez. II, 5371/2019, in www.giustizia-amministrativa.it

Cons. Stato, Sez. III, 1870/2013, in www.giustizia-amministrativa.it

Cons. Stato, Sez. III, 279/2021, in www.giustizia-amministrativa.it

Cons. Stato, Sez. III, 3140/2023, in www.dejure.it

Cons. Stato, Sez. III, 4127/2014, in www.giustizia-amministrativa.it

Cons. Stato, Sez. III, 418/2014, in www.giustizia-amministrativa.it

Cons. Stato, Sez. III, 4532/2015, in www.giustizia-amministrativa.it

Cons. Stato, Sez. III, 6288/2021, in www.giustizia-amministrativa.it

Cons. Stato, Sez. III, 6378/2020, in www.giustizia-amministrativa.it

Cons. Stato, Sez. III, 660/2017, in www.giustizia-amministrativa.it

Cons. Stato, Sez. III, 6743/2021, in www.giustizia-amministrativa.it

Cons. Stato, Sez. III, 7529/2021, in www.dejure.it

Cons. Stato, Sez. III, 896/2015, in www.giustizia-amministrativa.it

Cons. Stato, Sez. IV, 1018/2014, in www.giustizia-amministrativa.it

Cons. Stato, Sez. IV, 1144/2020, in www.giustizia-amministrativa.it

Cons. Stato, Sez. IV, 1800/2014, in www.giustizia-amministrativa.it

Cons. Stato, Sez. IV, 1834/2010, in www.giustizia-amministrativa.it

Cons. Stato, Sez. IV, 2052/2019, in www.giustizia-amministrativa.it

Cons. Stato, Sez. IV, 248/2000, in Cons. Stato, Sez. VI, 1882/2003

Cons. Stato, Sez. IV, 256/2009, in www.giustizia-amministrativa.it

Cons. Stato, Sez. IV, 2859/2018, in www.giustizia-amministrativa.it

Cons. Stato, Sez. IV, 3190/2019, in www.giustizia-amministrativa.it

Cons. Stato, Sez. IV, 3948/2016, in www.giustizia-amministrativa.it

Cons. Stato, Sez. IV, 396/2004, in www.giustizia-amministrativa.it

Cons. Stato, Sez. IV, 423/1895, in G. PASQUINI, A. SANDULLI, *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato, cit.*, pp. 52 ss.

Cons. Stato, Sez. IV, 4539/2003, in www.giustizia-amministrativa.it

Cons. Stato, Sez. IV, 4828/2007, in www.giustizia-amministrativa.it

Cons. Stato, Sez. IV, 5314/2007, in www.giustizia-amministrativa.it

Cons. Stato, Sez. IV, 5500/2008, in www.giustizia-amministrativa.it

Cons. Stato, Sez. IV, 5500/2008, in www.giustizia-amministrativa.it

Cons. Stato, Sez. IV, 6237/2008, in www.giustizia-amministrativa.it

Cons. Stato, Sez. IV, 6325/2007, in www.giustizia-amministrativa.it

Cons. Stato, Sez. IV, 6770/2022, in www.giustizia-amministrativa.it

Cons. Stato, Sez. IV, 6815/2020, in www.giustizia-amministrativa.it

Cons. Stato, Sez. IV, 4694/2014, in www.giustizia-amministrativa.it

Cons. Stato, Sez. V, 1111/2019, in www.giustizia-amministrativa.it

Cons. Stato, Sez. V, 1357/2003, in www.giustizia-amministrativa.it

Cons. Stato, Sez. V, 166/1999, in www.dejure.it

Cons. Stato, Sez. V, 1902/2001, in www.giustizia-amministrativa.it

Cons. Stato, Sez. V, 2257/2012, in www.giustizia-amministrativa.it

Cons. Stato, Sez. V, 2548/2023, in www.giustizia-amministrativa.it

Cons. Stato, Sez. V, 2953/2004, in www.giustizia-amministrativa.it

Cons. Stato, Sez. V, 296/2004, in www.giustizia-amministrativa.it

Cons. stato, Sez. V, 3399/2018, in www.giustizia-amministrativa.it

Cons. Stato, Sez. V, 4210/2021, in www.giustizia-amministrativa.it

Cons. Stato, Sez. V, 4523/2018, in www.giustizia-amministrativa.it

Cons. Stato, Sez. VI, 1001/2020, in www.dejure.it

Cons. Stato, Sez. VI, 1060/2015, in www.giustizia-amministrativa.it

Cons. Stato, Sez. VI, 1302/2011, in www.giustizia-amministrativa.it

Cons. Stato, Sez. VI, 134/1999, www.dejure.it

Cons. Stato, Sez. VI, 1453/2002, in www.giustizia-amministrativa.it

Cons. Stato, Sez. VI, 1453/2022, in www.giustizia-amministrativa.it

Cons. Stato, Sez. VI, 1882/2003, in www.giustizia-amministrativa.it

Cons. Stato, Sez. VI, 256/2011, in www.giustizia-amministrativa.it

Cons. Stato, Sez. VI, 2615/2018, in www.giustizia-amministrativa.it

Cons. Stato, Sez. VI, 3043/2005, in www.giustizia-amministrativa.it

Cons. Stato, Sez. VI, 3480/2022, in www.giustizia-amministrativa.it

Cons. Stato, Sez. VI, 3554/2011, in www.giustizia-amministrativa.it

Cons. Stato, Sez. VI, 3667/2015, in www.giustizia-amministrativa.it

Cons. Stato, Sez. VI, 3786/2008, in www.giustizia-amministrativa.it

Cons. Stato, Sez. VI, 40/2021, in www.giustizia-amministrativa.it

Cons. Stato, Sez. VI, 484/2019, in www.giustizia-amministrativa.it

Cons. Stato, Sez. VI, 5547/2006, in www.giustizia-amministrativa.it

Cons. Stato, Sez. VI, 5615/2021, in www.giustizia-amministrativa.it

Cons. Stato, Sez. VI, 6046/2014, in www.giustizia-amministrativa.it

Cons. Stato, Sez. VI, 6046/2014, in www.giustizia-amministrativa.it

Cons. Stato, Sez. VI, 633/2010, in www.giustizia-amministrativa.it

Cons. Stato, Sez. VI, 8017/2019, in www.giustizia-amministrativa.it

Cons. Stato, Sez. VI, 98/2003, in www.giustizia-amministrativa.it

Cons. Stato, Sez. VI, ord. 4519/2006, in www.giustizia-amministrativa.it

Cons. Stato, Sez. VII, 9556/2022, in www.giustizia-amministrativa.it

Cons. Stato, Sez. IV, 256/2019, in www.giustizia-amministrativa.it

Corte Cost.

Corte Cost. 104/2006, in www.giurcost.org

Corte Cost. 122/1974, in www.giurcost.org

Corte Cost. 23/1978, in www.giurcost.org

Corte Cost. 234/1985, in www.giurcost.org

Corte Cost. 32/1974, in www.giurcost.org

Corte Cost., 13/2019, in www.dejure.it

T.A.R.

Tar. Abruzzo, Pescara, Sez. I, 56/2023, in www.dejure.it

Tar. Basilicata, Potenza, Sez. I, 478/2022, in www.giustizia-amministrativa.it

Tar. Bolzano, Sez.1, 95/2021, in www.giustizia-amministrativa.it

Tar. Calabria, Catanzaro, Sez. I, 1343/2011, in www.giustizia-amministrativa.it

Tar. Calabria, Catanzaro, Sez. I, 1800/2022, in www.giustizia-amministrativa.it

Tar. Calabria, Catanzaro, Sez. II, 49/2016, in www.giustizia-amministrativa.it

Tar. Campania, Napoli, Sez. I, 1555/2009, in www.giustizia-amministrativa.it

Tar. Campania, Napoli, Sez. II, 20227/2005, in www.giustizia-amministrativa.it

Tar. Campania, Napoli, Sez. II, 5226/2005, in www.giustizia-amministrativa.it

Tar. Campania, Napoli, Sez. II, 581/2021, in www.giustizia-amministrativa.it

Tar. Campania, Napoli, Sez. II, 8683/2006, in www.giustizia-amministrativa.it

Tar. Campania, Napoli, Sez. III, 130/2021, in www.giustizia-amministrativa.it

Tar. Campania, Napoli, Sez. III, 15/2021, in www.giustizia-amministrativa.it

Tar. Campania, Napoli, Sez. III, 21/2021, in www.giustizia-amministrativa.it

Tar. Campania, Napoli, Sez. III, 4307/2023, in www.dejure.it

Tar. Campania, Napoli, Sez. III, 5262/2020, in www.giustizia-amministrativa.it

Tar. Campania, Napoli, Sez. III, 947/2020, in www.giustizia-amministrativa.it

Tar. Campania, Napoli, Sez. IV, 1041/2020, in www.giustizia-amministrativa.it

Tar. Campania, Napoli, Sez. IV, 4607/2017, in www.dejure.it

Tar. Campania, Napoli, Sez. IV, 5561/2022, in www.giustizia-amministrativa.it

Tar. Campania, Napoli, Sez. IV, n. 2952/2017, in www.giustizia-amministrativa.it

Tar. Campania, Napoli, Sez. VII, 5164/2016, in www.giustizia-amministrativa.it

Tar. Campania, Napoli, Sez. VII, 5640/2013, in www.dejure.it

Tar. Campania, Napoli, Sez. VII, 6891/2006, in www.dejure.it

Tar. Campania, Napoli, Sez. VIII, 1173/2020, in www.giustizia-amministrativa.it

Tar. Campania, Napoli, Sez. VIII, 1461/2011, in www.giustizia-amministrativa.it

Tar. Campania, Napoli, Sez. VIII, 4264/2021, in www.giustizia-amministrativa.it

Tar. Campania, Napoli, Sez. VIII, 4954/2013, in www.giustizia-amministrativa.it

Tar. Campania, Napoli, Sez. VIII, 5817/2009, in www.giustizia-amministrativa.it

Tar. Campania, Napoli, Sez. VIII, 7787/2021, in www.giustizia-amministrativa.it

Tar. Campania, Napoli, Sez. VIII, 884/2015, in www.giustizia-amministrativa.it

Tar. Campania, Salerno, Sez. I, n. 589/2016, in www.giustizia-amministrativa.it

Tar. Campania, Salerno, Sez. II, 1067/2018, in www.giustizia-amministrativa.it

Tar. Campania, Salerno, Sez. II, 1950/2011, in www.giustizia-amministrativa.it

Tar. Campania, Sez. III, 130/2021, in www.giustizia-amministrativa.it

Tar. Campania, Sez. VII, 3500/2020, in www.giustizia-amministrativa.it

Tar. Emilia-Romagna, Bologna, Sez. I, 211/2018, in www.dejure.it

Tar. Firenze, Toscana, 647/1987, in F. SAITTA, *Il procedimento amministrativo, cit.*, p. 248

Tar. Friuli-Venezia-Giulia, Trieste, Sez. I, 993/2005, in www.giustizia-amministrativa.it

Tar. Lazio, Latina, Sez. I, 528/2012, in www.giustizia-amministrativa.it

Tar. Lazio, Roma, Sez. I, 13562/2005, in www.giustizia-amministrativa.it

Tar. Lazio, Roma, Sez. I, 7032/2018, in www.dejure.it

Tar. Lazio, Roma, Sez. II bis, 11946/2009, in www.giustizia-amministrativa.it

Tar. Lazio, Roma, Sez. II, 12204/2017, in www.dejure.it

Tar. Lazio, Roma, Sez. II, 22079/2010, in www.dejure.it

Tar. Lazio, Roma, Sez. II, 2698/2020, in www.giustizia-amministrativa.it

Tar. Lazio, Roma, Sez. II, 429/2021, in www.giustizia-amministrativa.it

Tar. Lazio, Roma, Sez. II, 7586/2023, in www.giustizia-amministrativa.it

Tar. Lazio, Roma, Sez. II-bis, 11946/2009, in www.giustizia-amministrativa.it

Tar. Lazio, Roma, Sez. II-bis, 12931/2021, in www.giustizia-amministrativa.it

Tar. Lazio, Roma, Sez. II-bis, 2840/2021, in www.giustizia-amministrativa.it

Tar. Lazio, Roma, Sez. II-bis, 3055/2021, in www.giustizia-amministrativa.it

Tar. Lazio, Roma, Sez. II-bis, 9220/2021, in www.giustizia-amministrativa.it

Tar. Lazio, Roma, Sez. III, 30/2012, in www.giustizia-amministrativa.it

Tar. Lazio, Roma, Sez. III, 4281/2013, in www.giustizia-amministrativa.it

Tar. Lazio, Roma, Sez. III, 6503/2007, in www.giustizia-amministrativa.it

Tar. Lazio, Roma, Sez. III-ter, 1808/2021, in www.giustizia-amministrativa.it

Tar. Lazio, Roma, Sez. III-ter, 3856/2020, in www.giustizia-amministrativa.it

Tar. Lazio, Roma, Sez. III-ter, 6618/2005, in www.giustizia-amministrativa.it

Tar. Lazio, Roma, Sez. III-ter, 8274/2020, in www.giustizia-amministrativa.it

Tar. Lazio, Roma, Sez. II-ter, 71/2008, in www.giustizia-amministrativa.it

Tar. Lazio, Roma, Sez. II-ter, 8915/2011, in www.giustizia-amministrativa.it

Tar. Lazio, Roma, Sez. IV, 1136/2022, in www.giustizia-amministrativa.it

Tar. Liguria, Genova, Sez. I, 1697/2011, in www.giustizia-amministrativa.it

Tar. Liguria, Genova, Sez. I, 232/2015, in www.giustizia-amministrativa.it

Tar. Liguria, Genova, Sez. II, 234/2012, in www.giustizia-amministrativa.it

Tar. Lombardia, Brescia, Sez. I, 5/2008, in www.giustizia-amministrativa.it

Tar. Lombardia, Milano, Sez. II, 1351/2019, in www.dejure.it

Tar. Lombardia, Milano, Sez. II, 2177/2013, in www.giustizia-amministrativa.it

Tar. Lombardia, Milano, Sez. IV, 877/2014, in www.dejure.it

Tar. Marche, Ancona, Sez. II, 722/2023, in www.giustizia-amministrativa.it

Tar. Piemonte, Torino, Sez. I, 2837/2005, in www.giustizia-amministrativa.it

Tar. Piemonte, Torino, Sez. I, 424/2022, in www.giustizia-amministrativa.it

Tar. Puglia, Bari, Sez. II, 973/2021, in www.giustizia-amministrativa.it

Tar. Puglia, Bari, Sez. III, 1388/2008, in www.giustizia-amministrativa.it

Tar. Puglia, Bari, Sez. III, 1807/2011, in www.giustizia-amministrativa.it

Tar. Puglia, Bari, Sez. III, n. 1444/2021, in www.giustizia-amministrativa.it

Tar. Puglia, Lecce, Sez. I, 87/2016, in www.giustizia-amministrativa.it

Tar. Puglia, Lecce, Sez. I, n. 89/2016, in www.giustizia-amministrativa.it

Tar. Puglia, Lecce, Sez. II, 5192/2006, in www.giustizia-amministrativa.it

Tar. Puglia, Lecce, Sez. III, 1230/2017, in www.giustizia-amministrativa.it

Tar. Puglia, Lecce, Sez. III, 1314/2016, in www.giustizia-amministrativa.it

Tar. Puglia, Lecce, Sez. III, 1456/2016, in www.giustizia-amministrativa.it

Tar. Puglia, Lecce, Sez. III, 2236/2009, in www.giustizia-amministrativa.it

Tar. Sardegna, Cagliari, Sez. I, 397/2015, in www.giustizia-amministrativa.it

Tar. Sardegna, Cagliari, Sez. II, 151/2017, in www.dejure.it

Tar. Sardegna, Cagliari, Sez. II, 248/2012, in www.giustizia-amministrativa.it

Tar. Sardegna, Sez. I, 1113/2014, in www.giustizia-amministrativa.it

Tar. Sicilia, Catania, Sez. I, 1855/2013, in www.giustizia-amministrativa.it

Tar. Sicilia, Catania, Sez. I, 475/2008, in www.giustizia-amministrativa.it

Tar. Sicilia, Catania, Sez. II, 2059/2019, in www.giustizia-amministrativa.it

Tar. Sicilia, Palermo, Sez. II, 270/2010, in www.dejure.it

Tar. Sicilia, Palermo, Sez. II, 809/2007, in www.giustizia-amministrativa.it

Tar. Sicilia, Palermo, Sez. III, 1267/2014, in www.giustizia-amministrativa.it

Tar. Sicilia, Palermo, Sez. III, 1528/2005, in www.giustizia-amministrativa.it

Tar. Toscana, Firenze, Sez. I, 917/2021, in www.giustizia-amministrativa.it

Tar. Toscana, Firenze, Sez. II, 1522/2010, in www.giustizia-amministrativa.it

Tar. Toscana, Firenze, Sez. II, n. 684/2017, in www.giustizia-amministrativa.it

Tar. Toscana, Firenze, Sez. III, 1201/2014, in www.giustizia-amministrativa.it

Tar. Toscana, Firenze, Sez. III, 1537/2016, in www.giustizia-amministrativa.it

Tar. Trento, Sez. I, 177/2020, in www.giustizia-amministrativa.it

Tar. Valle d'Aosta, Aosta, Sez. I, 17/2021, in www.giustizia-amministrativa.it

Tar. Veneto, Sez. II, 3418/2005, in www.giustizia-amministrativa.it

Tar. Veneto, Venezia, Sez. II, 1035/2020, in www.giustizia-amministrativa.it

Tar. Veneto, Venezia, Sez. II, 3418/2005, in www.giustizia-amministrativa.it

Tar. Veneto, Venezia, Sez. III 72/2019, in www.giustizia-amministrativa.it

Tar. Veneto, Venezia, Sez. III, 1968/2022, in www.dejure.it

Tar. Veneto, Venezia, Sez. III, 4231/2005, in www.giustizia-amministrativa.it

Tar., Lazio, Roma, Sez. II-bis, 11946/2009, in www.giustizia-amministrativa.it

Trib. di primo grado CE

Trib. di primo grado CE, Sez. IV ampliata, 06/04/2006 (causa T-17/03), in www.eur-lex.europa.eu