

L'art.-10 bis della legge n. 241/90: il preavviso di rigetto tra garanzia partecipativa e collaborazione istruttoria

Prof. Stefano Tarullo

SOMMARIO: 1. L'art. 10-bis della legge 241/90: il preavviso di rigetto. – 2. La *ratio* normativa. – 3. Segue: il rapporto comunicativo. – 4. L'operatività del principio inquisitorio. – 5. Una nuova pretesa partecipativa? - 6. Garanzia e collaborazione. – 7. Forma e modalità della comunicazione. – 8. I contenuti del preavviso di rigetto. - 9. La competenza. – 10. La rinnovazione del preavviso di rigetto. – 11. L'illegittimità del provvedimento finale. – 12. Il termine per osservazioni e documenti. – 13. Segue: conseguenze sui tempi del procedimento. - 14. La motivazione del provvedimento finale. – 15. Il preavviso di rigetto come autovincolo. - 16. I casi di esclusione della nuova disciplina.

1. L'art. 6 della legge n. 15 dell'11 febbraio 2005 (in Gazz. Uff. n. 42 del 21 febbraio 2005) inserisce, nella legge 7 agosto 1990 n. 241, il nuovo art. 10-bis, il cui comma unico così recita: "Nei procedimenti ad istanza di parte il responsabile del procedimento o l'autorità competente, prima della formale adozione di un provvedimento negativo, comunica tempestivamente agli istanti i motivi che ostano all'accoglimento della domanda. Entro il termine di dieci giorni dal ricevimento della comunicazione, gli istanti hanno il diritto di presentare per iscritto le loro osservazioni, eventualmente corredate da documenti. La comunicazione di cui al primo periodo interrompe i termini per concludere il procedimento che iniziano nuovamente a decorrere dalla data di presentazione delle osservazioni o, in mancanza, dalla scadenza del termine di cui al secondo periodo. Dell'eventuale mancato accoglimento di tali osservazioni è data ragione nella motivazione del provvedimento finale. Le disposizioni di cui al presente articolo non si applicano alle procedure concorsuali e ai procedimenti in materia previdenziale e assistenziale sorti a seguito di istanza di parte e gestiti dagli enti previdenziali".

In carenza di precedenti giurisprudenziali dovuti alla portata innovativa dell'istituto (ma in tema di illeciti edilizi v. ad es. l'art. 6 della L.R. Lazio 8 novembre 2004 n. 12) è stato lo stesso legislatore del 2005 ad attribuire una denominazione alla figura, battezzata nella *rubrica legis* dell'art. 10-bis "Comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza". Sennonché, per brevità, appare preferibile impiegare dizioni più agili e sintetiche, quali "preavviso di rigetto" (dell'istanza), o "(pre)avviso di provvedimento sfavorevole".

2. La *ratio* della disposizione si rivela composita.

Ad un primo approccio non può negarsi che essa costituisca una ulteriore manifestazione di quel principio di trasparenza che già pervadeva la stesura originaria della legge n. 241/90 e che trova oggi un esplicito riferimento testuale nel comma 1 dell'articolato, come modificato dall'art. 1 della novella.

La norma sembra avere, inoltre, un obiettivo deflattivo del contenzioso. Sino ad oggi l'interessato, informato dei fattori ostativi all'accoglimento della domanda solo con il provvedimento finale, non ha potuto fare altro che percorrere la strada giurisdizionale o giustiziale (per contestarli o per lamentare il mancato esercizio dei poteri di integrazione documentale) ovvero in alternativa, una volta ripristinate le condizioni per il rilascio, dare avvio ad un procedimento del tutto nuovo e distinto. Ora l'introduzione di un regime di contraddittorio "rinforzato", se indubbiamente produce un appesantimento operativo dei procedimenti ad istanza di parte, sembra rispondere ad una effettiva esigenza di accrescimento della funzionalità procedurale, rivelandosi assai proficua anche nell'ottica del complessivo alleggerimento delle incombenze burocratiche. Il nuovo meccanismo infatti, nel promuovere possibili fenomeni di autocorrezione, previene la moltiplicazione dei procedimenti.

3. Ad uno scandaglio ancora più approfondito si coglie però che la disposizione in commento punta a governare ed a rendere più pervasivo il dialogo che si instaura tra privato e pubblica

amministrazione nel contesto procedimentale, incidendo sulla essenza stessa del procedimento; essenza che sembra oramai coincidere con una relazione di tipo comunicativo (Ledda) fondata su uno scambio di informazioni quantomeno bipolare (ma tendenzialmente multipolare, se si considerano gli interventori nel procedimento) e contraddistinto dai caratteri della completezza e della continuità.

Il congegno disciplinato dall'art. 10-bis conferma insomma l'impressione che l'iter procedimentale sia destinato ad assumere in modo sempre più marcato le vesti di strumento istituzionalizzato di comunicazione tra il detentore della funzione e (quantomeno) il destinatario di essa. Non da oggi si sostiene che nell'ambito del procedimento un valore qualificante debba essere assegnato al dovere di informazione trasparente e completa, assunto oramai a corollario indefettibile del principio di buona fede oggettiva (o correttezza) che permea la dinamica del potere (Allegretti). Ebbene, con l'introduzione dell'art. 10-bis siffatto dovere conosce una nuova fase di sviluppo ed espansione: esso viene ad incorporare un valore in sé (con conseguente rilevanza giuridica delle deficienze informative), senza per ciò sottrarre al modulo del procedimento la sua valenza di formidabile strumento di emersione di quei fatti ed interessi che l'amministrazione è chiamata a soppesare in sede di ponderazione ed ottimizzazione dell'interesse pubblico.

Alla luce di queste premesse, la disposizione dell'art. 10-bis sembra avallare definitivamente l'idea che il "*clare loqui*" costituisca oramai un valore del procedimento amministrativo complessivamente considerato: esso va a connotare in modo pregnante il potere in divenire piuttosto che il solo provvedimento, che di quel potere costituisce prodotto estrinseco e terminale.

4. Sul piano ricostruttivo, v'è da chiedersi come si collochi la fase del contraddittorio (eventuale) generata dal preavviso di rigetto nell'ambito della classica tripartizione delle fasi procedimentali (di iniziativa, istruttoria, decisionale, integrativa dell'efficacia).

Appare evidente che l'amministrazione, nel momento in cui attua la *discovery* di cui all'art. 10-bis, dimostra di avere già assunto una "predecisione", enunciando una sistemazione degli interessi avente chiara attitudine alla definitività; d'altro canto il progetto di decisione è destinato in linea di principio a cristallizzarsi nel provvedimento finale laddove il privato si astenga dall'interloquire, ovvero renda chiarimenti o effettui un deposito documentale insufficiente ad indurre l'amministrazione ad un sovvertimento del proposito decisionale già manifestato.

Tuttavia, come si ricava dalla stessa disposizione, la comunicazione in parola prelude alla predisposizione da parte del privato, di apporti utili a prospettare interessi o fatti prima pretermessi, ignorati o mal valutati; dà impulso alla rimozione – ove possibile - dei fattori ostativi all'accoglimento della istanza; in termini più generali ed onnicomprensivi, spinge verso il completamento della cornice istruttoria nella quale si andrà a radicare il provvedimento finale.

E' dunque evidente che la fase decisoria vera e propria non può prendere avvio se non dopo che il privato abbia replicato per iscritto o documentalmente, in quanto solo allora sarà possibile "decidere" (cioè principiare la fase di valutazione comparativa tra gli interessi) con cognizione di causa, vale a dire tenendo conto degli apporti conoscitivi (opinioni/rappresentazioni) dell'istante.

E' naturalmente da considerare anche l'ipotesi in cui da parte del destinatario della comunicazione non vi sia alcuna interlocuzione. Va in proposito osservato che l'amministrazione, pur in assenza di contributo partecipativo del privato, sarebbe comunque tenuta ad acquisire al procedimento tutti i fatti rilevanti (taciuti dall'interessato o addirittura sopravvenuti rispetto all'inoltro della comunicazione ex art. 10-bis); ciò in virtù del principio inquisitorio, che implica l'obbligo di completezza dell'istruttoria (Giannini). D'altro canto l'art. 6, comma 1, lett. b), della legge 241 conforta in modo inequivocabile questa conclusione, nel momento in cui grava il responsabile del procedimento dell'obbligo di accertare "di ufficio" i fatti rilevanti ai fini del decidere, anche mediante accertamenti tecnici, ispezioni ed ordini di esibizione documentale.

Trova così conferma l'idea che la fase decisoria in senso proprio debba necessariamente collocarsi in un momento successivo all'inoltro del preavviso, in quanto prima di decidere l'amministrazione deve sempre appurare la permanenza dei fattori ostativi prefigurati ponendo in essere un'attività ancora qualificabile come istruttoria.

5. L'art. 10-bis intercetta il dibattito relativo alla validità teorica della categoria delle c.d. pretese partecipative (Zito).

In una prima prospettiva si potrebbe infatti pensare che il nuovo "diritto" coniato dalla norma in esame sia da riguardare alla stregua di una vera e propria pretesa partecipativa, affiancata a quelle preesistenti (diritto alla comunicazione di avvio del procedimento, diritto di prendere visione degli atti del procedimento, diritto di presentare memorie scritte e documenti). Questa impostazione sembra oggi trovare conforto anche su un piano squisitamente testuale, atteso che il recente legislatore, con l'art. 21 della novella del 2005, ha voluto inserire nell'art. 10 della legge 241/90 la rubrica "Diritti dei partecipanti al procedimento".

Sennonchè, alla concezione ora detta si contrappone una differente, ed assai autorevole, soluzione ricostruttiva in virtù della quale unica situazione soggettiva abilitata al "dialogo" con il potere è l'interesse legittimo, dovendosi qualificare le manifestazioni di essa nel procedimento (e quindi anche la facoltà di replicare con memorie e documenti all'avviso di provvedimento sfavorevole) alla stregua di "mezzi di collaborazione alla definizione dell'assetto di interessi" (Scoca).

Dovrebbe pertanto ritenersi che la locuzione "diritto" non possa descrivere il fenomeno giuridico nei suoi esatti termini: la legge di riforma avrebbe tradotto in norma una nuova manifestazione della situazione di interesse legittimo, ossia dell'unica situazione che il partecipante spende nel procedimento amministrativo e che può risultare lesa in esito all'inosservanza di disposizioni sulla partecipazione.

Inutile dire, però, che la questione rimane assolutamente aperta.

6. Su un piano dogmatico generale l'art.10-bis ripropone la tormentata problematica che innerva l'intero dibattito scientifico circa la valenza complessiva del fenomeno partecipativo, e che vede la dottrina (ci sia perdonata l'estrema semplificazione) spaccata tra fautori della tesi garantistica e fautori della tesi collaborativa.

Senza voler spingere il discorso troppo oltre, può qui osservarsi che l'anima garantistica affiorante dalla legge n.241 sembra aver formato oggetto, in passato, di una decisa sopravvalutazione. Pare invece sussistano ragioni sufficienti per presupporre la convivenza, all'interno del procedimento, tra anima garantistica ed anima collaborativa. Non è difficile scorgere che, nella concretezza della vita amministrativa, la decisione del privato di partecipare al procedimento (e non faranno eccezione le repliche presentate ai sensi dell'art. 10-bis) è dettata da un ben preciso desiderio, o se si vuole da un "egoistico" scopo: conseguire una *utilitas* che è nella disponibilità dell'amministrazione concedere, ovvero conservare intatta la propria sfera giuridica evitando che essa sia autoritativamente intaccata dall'esercizio del potere. Nondimeno può rilevarsi la inidoneità di tale constatazione a minare la natura collaborativa della partecipazione, che si erge a finalità obiettiva del (essendo, per così dire, connaturata al) fenomeno partecipativo a prescindere dai concreti e contingenti "motivi" che spingano l'avente titolo ad inserirsi nell'*iter* procedimentale (Cognetti).

Questa precisazione pone in evidenza come ad una indagine non preconcepita la partecipazione, producendo una elevazione quantitativa e qualitativa (in termini di fatti e/o interessi acquisiti) dell'istruttoria amministrativa riveli sempre un medesimo volto, quello collaborativo (Pugliese).

Questa premessa induce a ritenere che anche nell'art. 10-bis coesistano aspetti garantistici (indubbiamente tenuti presenti in sede di concepimento, come confermano i lavori parlamentari) ed aspetti collaborativi: nel momento in cui si adopera per rappresentare fatti e/o interessi che contraddicono o rendono non più attuali le conclusioni adombrate dall'ente procedente, il destinatario della funzione coopera in modo determinante alla migliore (più ponderata, più attenta, più completa) esplicazione della funzione medesima, vuoi inducendo l'autorità ad una rimeditazione del progetto di decisione originario vuoi confortandola nella correttezza (*rectius*, nella tenuta logica e giuridica) dello stesso.

7. La legge non disciplina in alcun modo la forma del preavviso di rigetto. La forma scritta è però implicitamente evocata dal termine "ricevimento" impiegato nel secondo inciso dell'art. 10-bis ("Entro il termine di dieci giorni dal ricevimento della comunicazione (...)").

Resta naturalmente auspicabile, per il futuro, l'utilizzo dei mezzi telematici, il cui impiego l'art. 3 della legge di riforma sollecita le pubbliche amministrazioni ad "incentivare" anche nei rapporti con i privati.

Si deve peraltro ritenere che la informazione possa essere fornita all'interessato in qualsiasi modo ed in ogni contesto acconcio e quindi, oltre che con l'invio di una comunicazione *ad hoc*, anche in ogni altra occasione di contatto tra il privato e l'amministrazione. Ad esempio del preavviso di rigetto potrà essere data notizia all'istante in sede di accesso ai documenti amministrativi, ovvero in sede di conferenza di servizi, naturalmente sempre che si ammetta la partecipazione del privato alla stessa (per un segnale in tal senso v. oggi l'art. 12 della novella, che inserisce nella legge 241 l'art. 14-quinquies relativamente alla conferenza di servizi in materia di finanza di progetto).

8. I contenuti del preavviso non sono analiticamente descritti dalla disposizione in commento, la quale si limita a statuire che la comunicazione ivi disciplinata deve contenere l'indicazione dei "motivi che ostano all'accoglimento della domanda".

Non sembra che la comunicazione ex art. 10-bis debba reiterare tutte le indicazioni enunciate dall'art. 8 (oggi integrato dall'art. 5 della legge di riforma) con riferimento alla comunicazione di avvio del procedimento. L'opposta opinione condurrebbe ad una duplicazione informativa in linea di massima superflua, salvo forse i rari casi in cui a suggerirla siano peculiari circostanze (si pensi all'ipotesi di sostituzione, *medio tempore*, della persona del responsabile del procedimento, alla sopravvenuta decretazione di una proroga del procedimento, al trasferimento ad altro ufficio del fascicolo nel quale sono contenuti gli atti visionabili, etc.).

E' verosimile che il legislatore del 2005, con la locuzione "motivi", abbia inteso brachilogicamente richiamare gli elementi motivazionali individuati dall'art. 3, comma 1, ultimo inciso della legge 241/90. Se così è, il preavviso di rigetto, sia pure in veste più schematica, dovrà dare contezza di tutti i suddetti elementi, che pertanto investiranno sia il piano fattuale (circostanze verificate in sede istruttoria) sia quello più propriamente giuridico (normativa presa a riferimento), sia, infine, quello più direttamente riferibile al nucleo politico della decisione (ponderazione comparativa tra gli interessi, con enunciazione del rapporto di prevalenza/recessività tra essi o del loro contemperamento).

Per il resto, l'estensione dei "motivi che ostano all'accoglimento della domanda" rimane affidata al prudente apprezzamento della giurisprudenza, che la saggerà caso per caso.

Sembra tuttavia difficile ipotizzare che l'interessato possa direttamente impugnare innanzi ad un giudice amministrativo una comunicazione incompleta. Difatti, in consonanza con l'orientamento emerso in ordine alle carenze della comunicazione di avvio del procedimento amministrativo ex art. 7 della legge 241, l'incompletezza informativa non apre la strada della tutela giurisdizionale immediata, potendo tutt'al più ridondare in un vizio del provvedimento finale.

Tale rilievo – sia detto incidentalmente – induce a ritenere che, nonostante la formulazione estensiva dell'art. 3, comma quarto, della legge 241 ("In ogni atto notificato al destinatario devono essere indicati il termine e l'autorità cui è possibile ricorrere"), il preavviso di rigetto (pur avendo la natura di "atto notificato al destinatario") non debba contenere le indicazioni in tale comma richiamate, che si rivelerebbero inutili o persino ingannevoli, a fronte della rilevata preclusione della tutela giurisdizionale immediata.

Quanto sopra non esclude che l'interessato possa presentare all'amministrazione le proprie rimostranze con esposti o reclami, eventualmente diffidandola a rinnovare la comunicazione ex art. 10-bis con contenuti più chiari e/o dettagliati; in aggiunta potrà sempre promuoversi ricorso al difensore civico, oramai rinsaldato nelle sue vesti garante del buon andamento e della trasparenza dell'amministrazione (cfr. il nuovo art. 25, comma 4, della legge 241, come sostituito dall'art. 17 della legge di riforma).

9. L'art. 10-bis introduce, ai fini della comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza, un regime di competenze aperto. La disposizione, invero, non giustappone alla competenza del funzionario-responsabile del procedimento una competenza di altro funzionario ben individuato

(dirigente, capo dell'unità organizzativa responsabile, etc.), anche se la locuzione "autorità" sembra ragionevolmente riferibile all' "organo" competente all'adozione dell'atto finale.

Al di là di questa preliminare notazione terminologica, non sembra preclusa alle singole amministrazioni un'opera di specificazione delle competenze mediante proprie disposizioni regolamentari: in tal senso, la competenza potrebbe essere congiuntamente (con la tecnica della c.d. controfirma) o alternativamente attribuita al responsabile del procedimento ed al dirigente dell'unità organizzativa, ovvero potrebbe essere accentrata negli U.R.P. per tutti i procedimenti gestiti da un medesimo ente, ed ancora potrebbero essere elaborate altre soluzioni organizzative, purchè nel rispetto dell'inalicabile limite costituito dalla separazione tra sfera politica e sfera amministrativa.

Venendo alla sostanza della disposizione, qualche incertezza nasce dalla prefigurazione normativa di una erosione della competenza generale del responsabile del procedimento in favore di altro soggetto (tendenzialmente, quello competente all'adozione del provvedimento finale). Siffatta scelta legislativa, infatti, sembra contraddire la filosofia ispiratrice che indusse la Commissione Nigro ad istituire la figura del responsabile del procedimento: quella di materializzare in un'unica e ben identificabile persona fisica il polo comunicativo, l'interlocutore unico, con il quale il privato è chiamato a rapportarsi lungo l'intero arco procedimentale. In altre parole, si avverte qui una *deminutio* del ruolo stesso che al responsabile è stato sin da principio riconosciuto, almeno quando si concordi sull'assunto che debbano *naturaliter* confluire in tale figura tutti gli incumbenti istruttori (come si è già detto, la comunicazione ex art. 10-bis si colloca nella fase istruttoria del procedimento), a garanzia dei valori di efficienza e celerità procedurale.

Va oltretutto considerato che il responsabile del procedimento è designato normativamente come il soggetto chiamato a valutare, "ai fini istruttori, le condizioni di ammissibilità, i requisiti di legittimazione ed i presupposti che siano rilevanti per l'emanazione di provvedimento" (art.6, comma 1, lett. a), nonché ad accertare "di ufficio i fatti, disponendo il compimento degli atti all'uopo necessari" (art.6, comma 1, lett. b); di conseguenza è proprio il responsabile, e non altri, ad avere la conoscenza più approfondita del *dossier*, rappresentando quindi il soggetto più qualificato per poter elaborare un progetto di decisione credibile e solido, anche ai fini della individuazione dei "motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza". Viceversa, al soggetto competente per la comunicazione, se diverso da sé, il responsabile dovrà pur sempre relazionare (magari per iscritto), con inevitabile appesantimento e prolungamento dell'*iter* procedimentale.

Inoltre, se è il responsabile del procedimento a dover istituzionalmente curare "le comunicazioni, le pubblicazioni e le modificazioni previste dalle leggi e dai regolamenti" (art. 6, comma 1, lett. d), legge 241), l'eccezione contemplata per l'unica "comunicazione" di cui all'art. 10-bis non è agevolmente spiegabile.

Ed ancora, la previsione in esame mal si armonizza con il complessivo rafforzamento dei poteri del responsabile, le cui conclusioni istruttorie sono destinate ad influenzare in modo decisivo le risultanze provvedimentali, condizionando pesantemente lo stesso soggetto cui è affidata la decisione (cfr. art. 6, comma 1, lett. e) della legge 241, introdotto dall'art. 4 della novella).

10. Come si è già avuto modo di segnalare, sia pure fuggevolmente, sembra da ammettere una rinnovazione del preavviso di rigetto, ove vi siano fondati motivi per effettuarla: pensiamo – a mero titolo esemplificativo - ad una lacunosità (in termini di fatti o valutazioni) del primo preavviso della quale l'amministrazione si renda conto o venga avvertita dall'interessato, ovvero alla emersione, successivamente al primo invio, di fatti nuovi (anche fatti normativi, c.d. *ius superveniens*) o prima non conosciuti sui quali sia indispensabile stimolare un contraddittorio con l'interessato.

L'opzione per la reiterazione della comunicazione ex art. 10-bis dovrà però essere praticata con estrema cautela e supportata da congrua motivazione, considerato che detto incumbente sospende i termini di chiusura del procedimento e che, giusta la previsione dell'art. 21 della legge di riforma, tra i "Principi generali dell'attività amministrativa" compare ancora il divieto di aggravamento del procedimento amministrativo sancito dall'art. 1, comma secondo, della legge 241 (lasciato intonso dalla legge di riforma).

11. Ci si deve ora domandare se il mancato invio del preavviso o una sua carenza essenziale comporti *ex se* l'illegittimità del provvedimento finale.

In linea di massima la sanzione giurisprudenziale dell'annullamento dell'atto finale può assolvere alla meritoria funzione di impedire che le amministrazioni finiscano per considerare l'inoltro del preavviso di rigetto alla stregua di una mera facoltà, disattendendo il dato normativo che invero appare formulato in termini di obbligo, come mostra l'uso dell'indicativo presente ("il responsabile del procedimento o l'autorità competente (...) comunica (...) i motivi che ostano all'accoglimento della domanda").

Tuttavia non può essere ignorata l'ampia casistica elaborata da quella giurisprudenza che, guidata dall'intento di privilegiare la *ratio* sottesa all'art. 7 della legge 241/90, ha acconsentito in particolari fattispecie all'omissione della comunicazione dell'avvio del procedimento; come noto, in tali ipotesi il venir meno del relativo obbligo ha condotto i giudici a ritenere legittimo il provvedimento finale pur in assenza di previa comunicazione ai sensi dell'art. 7.

Questa impostazione, peraltro, sembra ora suffragata dalla disciplina positiva; infatti il nuovo art. 21-octies della legge 241 (introdotto dall'art. 14 della legge di riforma) dispone che il provvedimento finale "non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato".

Grande risalto può assumere, in particolare, la fattispecie della informazione *aliunde* acquisita, poiché ben potrebbe darsi il caso in cui il privato giunga a conoscenza dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza pur in assenza di apposita comunicazione. Chi ha un minimo di esperienza di vita amministrativa sa bene, d'altro canto, che le notizie sulle pratiche circolano anche a livello informale: pensiamo – ma è solo l'esempio più evidente – ai cittadini dei piccoli Comuni, che sono a diuturno contatto con i propri amministratori e con i funzionari.

Nel momento in cui il privato spiegasse le proprie ragioni (con osservazioni e/o documenti) a fronte di motivazioni che effettivamente l'amministrazione – in sede di adozione del provvedimento finale – dimostrasse di avere ritenuto determinanti per l'assetto degli interessi, risulterebbe scarsamente collimante con il canone di economia procedimentale, e comunque non giustificato da esigenze di garanzia defensionale, obbligare quella stessa amministrazione (*iussu iudicis*, ossia tramite l'annullamento dell'atto finale) a doppiare una sequenza procedurale nei fatti già regolarmente realizzatasi (ossia, in ultima analisi, a raggiungere uno scopo già raggiunto).

Appare in ogni caso sostenibile la tesi che la comunicazione di cui all'art. 10-bis possa legittimamente (ossia senza inficiare il provvedimento finale) omettersi quando il soggetto interessato abbia comunque (pur in mancanza dell'espletamento della formalità *de qua*) avuto notizia dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza in una fase in cui ancora aveva la possibilità di rimuovere gli ostacoli all'adozione del provvedimento ampliativo o di "controdedurre" (con osservazioni e documenti) ai motivi *de facto* conosciuti.

In conclusione, dovrebbe evitarsi l'annullamento del provvedimento non preceduto dal preavviso di rigetto ogniqualvolta si appuri che, a prescindere dal tale formalità, il contraddittorio si è egualmente sviluppato in modo adeguato anche sui "motivi ostativi", o che comunque il contenuto del provvedimento finale non sarebbe stato modificato pur all'esito di una effettiva partecipazione; ciò quantomeno nell'ipotesi in cui sia dimostrabile la conoscenza *de facto* acquisita, non tradottasi in effettivi apporti partecipativi: se il privato, pur consapevole di un probabile rigetto, non ha partecipato al procedimento per osteggiarlo, *imputet sibi*.

Il delineato orientamento, che va a saldarsi con gli indirizzi antiformalistici in tema di adempimenti procedimentali, previene annullamenti non immediatamente soddisfatti per le ragioni del privato, salvaguardando l'efficienza delle amministrazioni.

12. L'art. 10-bis dispone che il preavviso di rigetto debba essere inoltrato prima della formale adozione del provvedimento sfavorevole e comunque "tempestivamente". Non viene fissato un termine dilatorio che debba essere necessariamente osservato tra la comunicazione e l'adozione del provvedimento finale.

Un dato certo è però che il provvedimento non potrà essere adottato prima di dieci giorni dal ricevimento della comunicazione, avendo il privato tale lasso di tempo a disposizione al fine di presentare per iscritto le proprie osservazioni, eventualmente corredate da documenti, ovvero i soli documenti ritenuti utili (*per incidens*, il fatto che la disposizione ammetta la presentazione di documenti solo in via “aggiuntiva”, ossia “a corredo” delle osservazioni non sembra precludere il deposito dei soli documenti, dovendosi privilegiare una interpretazione in linea con l’art. 10, comma 1, lett. b), della legge 241).

Il termine di dieci giorni (o il diverso termine eventualmente fissato, in virtù di quanto si dirà subito *infra*) non sembra comprimibile, salvo che non si voglia applicare analogicamente il primo inciso del comma primo dell’art. 7 della legge, nella parte in cui si richiamano le “ragioni di impedimento derivanti da particolari esigenze di celerità del procedimento” che possono, in singole fattispecie e sulla base di congrua e specifica motivazione, consentire la deroga all’obbligo di fornire la comunicazione dell’avvio del procedimento.

Viceversa, il termine stabilito dal legislatore del 2005 sembra suscettibile di essere ampliato, in ambito regionale o locale, onde consentire ai privati di difendersi in sede procedimentale con maggiore agio (cfr. art. 29, comma 2, legge 241/90, come modificato dall’art. 19 della novella sull’azione amministrativa).

A tal fine, ferma la soglia minima legislativa, il lasso di tempo a disposizione del privato per contraddire non sembra poter essere ragionevolmente tarato su uno schema rigido: esso dovrà invece essere calibrato sulla base della complessità del singolo procedimento, tenendo conto della eventuale necessità dell’interessato di effettuare approfondimenti in termini fattuali o addirittura tecnici (con ulteriore onere, magari, di rivolgersi ad un perito per verificare i dati tecnici enunciati dall’amministrazione).

Trattandosi, peraltro, di termine a valenza difensiva, potrebbe essere lo stesso istante a manifestare la volontà di rinunciare spontaneamente al suo integrale decorso in funzione dell’ottenimento di un provvedimento più tempestivo. Non è infatti da escludere che il privato, una volta ricevuto il preavviso di rigetto, disperi di riuscire a persuadere l’amministrazione a determinarsi favorevolmente; in questo caso egli potrebbe abdicare del tutto al proposito di difendersi e conseguentemente, rappresentando all’amministrazione tale suo intendimento, riuscire ad ottenere in tempi più ravvicinati un provvedimento da gravare immediatamente in sede giurisdizionale o amministrativa.

13. A mente del terzo inciso dell’art. 10-bis “La comunicazione di cui al primo periodo interrompe i termini per concludere il procedimento”. Il termine di conclusione del procedimento riprende a decorrere: a) dalla data di presentazione delle osservazioni qualora esse vengano effettivamente depositate; b) in mancanza, dalla scadenza del termine di dieci giorni concesso dalla p.a. (o di quello comunque fissato per il singolo procedimento).

Nella formulazione legislativa desta qualche incertezza il riferimento all’istituto della “interruzione”, evincendosi dalla *ratio* normativa che il legislatore – a dispetto del dato testuale - intendeva in realtà introdurre una ipotesi di “sospensione”, ossia una parentesi temporale. Pertanto nell’espressione successiva “I termini iniziano nuovamente a decorrere (...)” non sembra potersi intendere nel senso che il termine riprenda a decorrere *ex novo*.

Diversamente opinando, si porrebbe nelle mani delle amministrazioni uno strumento foriero di possibili abusi: reiterando più volte la comunicazione in esame, l’ente procedente riuscirebbe a prolungare artificialmente il termine di conclusione del procedimento, ogni volta giovandosi di una nuova integrale decorrenza.

Ad ogni modo, sia che voglia ravvisare nella disposizione una ipotesi di sospensione sia che vi si voglia leggere una ipotesi di vera e propria interruzione, appare chiaro che la previsione stessa di un incombente, quale il preavviso di rigetto, destinato ad incidere sul tempo del procedimento, rende non predeterminabile *a priori* la durata di quest’ultimo; ciò in quanto non è dato *ab origine* sapere se le osservazioni verranno effettivamente presentate (nel qual caso il termine riprende a decorrere dal

giorno della presentazione) o meno (nel qual caso il termine riprende a decorrere dalla scadenza dello *spatium deliberandi* assicurato all'istante).

14. L'art. 10-bis prevede che dell'eventuale mancato accoglimento delle osservazioni del privato in replica all'avviso di provvedimento sfavorevole "è data ragione nella motivazione del provvedimento finale".

Il legislatore ha inteso ribadire che il *modus operandi* dell'autorità pubblica deve ispirarsi all'"ascolto" del cittadino, il cui contributo partecipativo, in ogni sua espressione e per quanto in concreto disatteso, deve comunque ricevere un attento esame.

Ciò detto, resta da notare che l'art. 10-bis avrebbe forse richiesto qualche limatura.

Non avrebbe guastato, ad esempio, l'inserimento di una indicazione assimilabile a quella di cui al precedente art.10, là dove l'obbligo di valutazione dell'amministrazione viene circoscritto alla sola ipotesi in cui le produzioni dell'interessato (memorie e documenti) siano "pertinenti all'oggetto del procedimento". Inoltre l'obbligo di motivazione del provvedimento finale appare letteralmente confinato dall'art. 10-bis alla sola eventualità di mancato accoglimento delle "osservazioni", nulla dicendo il legislatore per il caso in cui siano depositati esclusivamente documenti.

Ad ogni modo le lacune paiono agevolmente colmabili in via interpretativa.

Quanto al primo profilo, appare intuitivo che l'obbligo di motivazione dovrebbe ritenersi assolto pur quando la pubblica amministrazione si limiti a dare atto della inconferenza della produzione successiva al preavviso rispetto all'ambito procedimentale; una diversa opinione non sembra raccordarsi con i principi generali dell'azione amministrativa di cui all'art. 1 della legge 241, nonché con lo stesso fondamentale precetto di buon andamento di cui all'art. 97, comma 1, della Costituzione. Inoltre, per quanto sia mancata una disamina della "sostanza" dell'apporto informativo del privato, può dirsi osservata la previsione dell'art. 10-bis nella parte in cui impone che del "mancato accoglimento" delle osservazioni sia "data ragione nella motivazione del provvedimento finale".

In ordine alla seconda questione, può rilevarsi che anche dalla semplice produzione documentale è solitamente possibile trarre una rappresentazione di interessi contrastante con il progetto di decisione esternato nella comunicazione ex art. 10-bis. In questo senso la soluzione di imporre l'obbligo di valutazione e motivazione anche in presenza di un mero deposito di documenti (non illustrati con osservazioni scritte) può trovare valido ancoraggio sul piano logico, tenuto anche conto del parametro offerto, in tale direzione, dal precedente art. 10.

15. I rilievi più sopra svolti circa i contenuti del preavviso inducono a chiedersi se in sede di motivazione del provvedimento finale l'autorità emanante possa limitarsi a richiamare quanto già esternato con la comunicazione ex art. 10-bis.

Attesa l'ampia formulazione del comma terzo dell'art. 3 legge 241 ("Se le ragioni della decisione risultano da altro atto dell'amministrazione richiamato dalla decisione stessa, insieme alla comunicazione di quest'ultima deve essere indicato e reso disponibile, a norma della presente legge, anche l'atto cui essa si richiama") al quesito sembra doversi dare risposta affermativa, a condizione che il preavviso di rigo: a) sia stato ritualmente portato a conoscenza del destinatario; b) sia integro nella parte motivazionale, nel senso che i motivi a supporto dell'atto finale, ove riportati compiutamente, non potrebbero che ribadire i presupposti di fatto e le ragioni di diritto già posti a conoscenza del privato; c) non sia stato seguito dal deposito, da parte dell'istante, di osservazioni e documenti: ove tale deposito vi fosse, per espresso disposto dell'art. 10-bis la motivazione del provvedimento dovrebbe necessariamente arricchirsi rispetto a quella fornita in sede di preavviso, dando atto della valutazione compiuta in merito alle nuove informazioni (in termini di fatti ed interessi) acquisite al procedimento.

Si deve però ancora indagare, a questo punto, la sorte di un eventuale provvedimento sfavorevole basato su motivazioni diverse da quelle preventivamente comunicate all'interessato con il preavviso.

Sembra qui dover operare la teoria dell'autovincolo: l'organo emanante non potrà svolgere considerazioni imperniate su elementi informativi e valutazioni omessi nel preavviso, che non siano diretto sviluppo delle osservazioni o delle produzioni documentali del privato; non potrà, segnatamente,

tenere conto di tutte le circostanze di fatto o le ragioni di diritto che, pur se conosciute antecedentemente alla comunicazione, siano state sottratte al vaglio dell'istante. In una parola, tutti questi elementi e dati non potranno più essere "recuperati" al momento dell'assunzione della determinazione conclusiva del procedimento, a meno di non inviare al privato una nuova comunicazione onde provocare un apposito contraddittorio (come d'altro canto sembra inevitabile anche al cospetto di fatti sopravvenuti).

Può però darsi il caso in cui dopo avere – con il preavviso ex art. 10-bis – preannunciato le ragioni ostative all'accoglimento dell'istanza l'amministrazione addivenga con l'istante stesso ad un accordo sostitutivo ex art. 11 legge 241, nel quale il bene della vita venga sostanzialmente riconosciuto in capo al privato, a sovvertimento dell'intenzione in un primo tempo manifestata. In questo caso non potrà negarsi in capo al terzo interessato la legittimazione ad impugnare l'atto consensuale rimarcandone la contraddittorietà rispetto al preavviso stesso, esattamente come accadrà in caso di provvedimento (lesivo per il terzo) avente contenuto opposto rispetto al preavviso.

16. Il preavviso di provvedimento sfavorevole può essere omesso nelle "procedure concorsuali".

Una lettura restrittiva dell'espressione potrebbe indurre a ravvisare nella locuzione il riferimento ai soli concorsi per l'assunzione nel pubblico impiego, alle procedure selettive per il conseguimento dell'idoneità per l'iscrizione negli albi e collegi professionali o comunque alle procedure di ammissione alla stipula di contratti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni. Una seconda esegesi potrebbe invece valorizzare la non univoca terminologia impiegata per ricomprendervi tutte le procedure che implicino una valutazione comparativa, o comunque una selezione tra aspiranti, persone fisiche o giuridiche (es. concorsi interni, procedure di avanzamento a scelta nelle forze armate, gare d'appalto, procedure di affidamento di incarichi di progettazione, etc.).

Comunque, per i procedimenti in questione il legislatore ha ritenuto che le esigenze di celerità procedimentale dovessero prevalere sulle garanzie del contraddittorio.

Tale conclusione appare plausibile non soltanto per le procedure di concorso pubblico, connotate in generale dall'elevato numero dei partecipanti, ma anche per le gare d'appalto (laddove la scelta acceleratoria si ripercuote anche in ambito processuale: cfr. l'art. 23-bis nella legge n. 1034 del 6 dicembre 1971, introdotto dall'art. 4 legge 21 luglio del 2000 n. 205).

La deroga attinente ai procedimenti in materia previdenziale ed assistenziale gestiti dagli enti previdenziali poggia anch'essa sulla esigenza di salvaguardare la funzionalità delle pubbliche amministrazioni mettendola al riparo da una ipertrofia garantistica suscettibile (in particolare per gli enti previdenziali, destinatari di numerose domande) di intralciare la celere definizione delle pratiche. Si sono voluti così impedire esiti opposti a quelli sottesi allo spirito della normativa del 1990, incentrata – cfr. il Capo IV della legge 241 – sulla semplificazione dell'azione amministrativa.

Probabilmente, allo stato, il legislatore non poteva fare diversamente. Persuade poco, tuttavia, l'idea che gli istituti partecipativi debbano essere considerati (almeno in determinati frangenti) come ostacoli da neutralizzare, anziché come mezzi di implementazione ed elevazione (qualitativa e quantitativa) dell'istruttoria procedimentale.