

# LA NUOVA RIFORMA DELL'ATTIVITÀ AMMINISTRATIVA

## IL PREAVVISO DI DINIEGO DOPO LA LEGGE 11 SETTEMBRE 2020 N. 120.

Giulia Milo<sup>1</sup>

*Abstract.* L'art. 12 del decreto legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 settembre 2020, n. 120, ha modificato in modo significativo l'art. 10 bis della legge n. 241 del 1990 che disciplina l'obbligo per la pubblica amministrazione di comunicare al privato, preventivamente, la ragioni per cui una sua istanza non sarà accolta, in modo da consentire allo stesso di interloquire puntualmente con l'amministrazione prima della decisione finale. Nel presente lavoro viene esaminata la nuova disciplina e si cerca anche di evidenziare gli effetti della stessa su alcuni istituti generali e fondamentali del diritto amministrativo quali la potestà amministrativa, l'interesse legittimo e il bene della vita ad esso sotteso nonché l'ampiezza e la natura del giudizio amministrativo in caso di esercizio illegittimo della potestà amministrativa.

*Art. 12 of the decree law 16 July 2020, n. 76, converted, with amendments, by law 11 September 2020, n. 120, has significantly modified art. 10 bis of the law n. 241 of 1990 which governs the obligation for the public administration to communicate to the private individual, in advance, the reasons why one of his requests will not be accepted, in order to allow him to speak promptly with the administration before the final decision. In this work the new discipline is examined and you try also to highlight its effects on some general and fundamental institutions of administrative law such as administrative authority, the legitimate interest and the good of life underlying it as well as the breadth and nature of the administrative judgment in case of illegitimate exercise of administrative authority.*

**SOMMARIO: 1.** La disciplina "vivente" del c.d. preavviso di diniego prima della riforma del 2020. **2.** Le modifiche apportate dalla legge 11 settembre 2020 n. 120. **3.** Considerazioni sistematiche: potestà amministrativa, interesse legittimo e bene della vita.

---

<sup>1</sup> Ricercatore in diritto amministrativo presso l'Università degli studi di Trieste. Il presente lavoro, rivisto per la pubblicazione, riprende il contenuto della relazione tenuta nel corso del convegno intitolato "La nuova riforma dell'attività amministrativa. Le modifiche alla legge n. 241/1990 apportate con legge dell'11 settembre 2020 n. 120 e le recenti novità in materia di contratti pubblici", organizzato il 9 novembre 2020 da Sandro de Gotzen e Giulia Milo, con il patrocinio dell'Ateneo di Trieste, del Comune di Trieste e della rivista di classe "A" AmbienteDiritto.it

## **1. La disciplina “vivente” del c.d. preavviso di diniego prima della riforma del 2020.**

L’art. 10 bis è stato inserito nella legge sul procedimento amministrativo dall’articolo 6 della legge 11 febbraio 2005, n. 15. In seguito l’articolo 9, comma 3, della legge 1 novembre 2011, n. 180, lo ha leggermente modificato<sup>2</sup>.

L’istituto è stato ribattezzato da dottrina e giurisprudenza “preavviso di diniego” o “preavviso di rigetto”<sup>3</sup> e sancisce l’obbligo per la pubblica amministrazione, prima di rigettare l’istanza di un privato, di preavvertirlo indicando i motivi ostativi all’accoglimento e concedendo all’interessato un termine di dieci giorni per presentare le proprie osservazioni eventualmente corredate da documenti. Nella motivazione poi del provvedimento è necessario dare ragione dell’eventuale mancato accoglimento delle osservazioni del privato.

Dai lavori parlamentari che hanno portato all’approvazione della legge 15 del 2005 emerge che il fine era quello di limitare il contenzioso tra cittadino e pubblica amministrazione mediante la previsione di un ulteriore canale di comunicazione tra le parti precedente alla decisione finale<sup>4</sup>.

Si tratta pertanto di un istituto finalizzato a consentire la partecipazione al procedimento mediante un reale momento di confronto tra pubblica amministrazione e destinatario del provvedimento, l’amministrazione deve evidenziare le ragioni che la stanno inducendo ad assumere un provvedimento negativo per il privato e deve consentire al privato, prima della decisione finale, di interloquire ed evidenziare eventuali presupposti, magari trascurati nell’istruttoria,

<sup>2</sup> L’articolo 9, comma 3, della legge 1 novembre 2011, n. 180, ha aggiunto l’ultimo periodo secondo cui “Non possono essere adottati tra i motivi che ostano all’accoglimento della domanda inadempienze o ritardi attribuibili all’amministrazione”.

<sup>3</sup> L’istituto di cui all’art. 10 bis della l. n. 241/1990 viene qualificato preavviso di diniego, tra le tante, da Cons. Stato, Sez. II, 10.12.2020, n. 7893, Cons. Stato, Sez. II, 09.12.2020, n. 7841, T.A.R. Campania sez. III, 28.08.2020, n.3688. Il medesimo istituto viene qualificato preavviso di rigetto, tra le tante da T.A.R. Piemonte, sez. I, 2.05.2020, n.253, Cons. Stato, sez. III, 5.12.2019, n.8341. Anche la dottrina comunemente si richiama all’istituto di cui all’art. 10 bis della legge n. 241 del 1990 come preavviso di diniego, o preavviso di rigetto. Nel primo senso si vedano tra i tanti, oltre ad autori citati in altre note, G. BERTEZZOLO, Preavviso di diniego e autorizzazioni condizionate, in Foro amm. (Tar), 2007, 1546 ss.; nel secondo senso, tra i tanti, oltre ad autori citati in altre note, si vedano D. VAIANO, Preavviso di rigetto e principio del contraddittorio nel procedimento amministrativo, in Studi in onore di Leopoldo Mazzaroli, IV, Padova, 2007, 459 ss., F. APERIO BELLA, L’innesto di regole del processo amministrativo di altri ordinamenti. Un possibile approccio alla comparazione, in Riv. it. dir. pubbl. com, 2019, 226 ss., G. TROPEA, Motivazione del provvedimento e giudizio sul rapporto: derive e approdi, in Dir. Proc. Amm., 2017, 1235 ss.. Chi scrive preferisce utilizzare l’appellativo “preavviso di diniego” perché si tratta per l’amministrazione di valutare un’istanza in un procedimento amministrativo in cui vi è cura diretta dei diversi interessi pubblici, mentre normalmente il termine “rigetto” si utilizza quando si tratta di accogliere o rigettare un ricorso in un procedimento amministrativo di secondo grado.

<sup>4</sup> Dalla Relazione della I Commissione Permanente della Camera dei Deputati presentata il 6 novembre 2003.

che possono indurre l'amministrazione a modificare il proprio intendimento o, per lo meno, a trovare un diverso bilanciamento fra gli interessi in gioco più favorevole al privato<sup>5</sup>.

La disciplina ha una portata generale, fanno eccezione solo le procedure concorsuali, quindi tutte le procedure selettive<sup>6</sup>: non occorre evidentemente preavvertire i partecipanti che stanno perdendo il confronto comparativo. Restano esclusi anche i procedimenti in materia previdenziale e assistenziale che non si volevano ulteriormente aggravare.

La medesima legge, 11 febbraio 2005, n. 15, all'art. 14, comma 1, ha inserito l'art. 21 octies nella legge sul procedimento amministrativo che disciplina l'annullabilità del provvedimento e che, al primo comma, richiama i tradizionali vizi di legittimità, presenti già nella legge 31 marzo 1889, n. 5992, con la quale venne istituita la quarta sezione del Consiglio di Stato, e al secondo comma introduce i c.d. "*vizi formali*" stabilendo 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 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*".

Quindi, da un lato, la legge n. 241/1990 prevede una serie di obblighi in capo all'amministrazione procedente, ed *in primis* quello di consentire la partecipazione al procedimento nonché l'obbligo di motivare i provvedimenti, dall'altro lato, si stabilisce che, però, il provvedimento amministrativo non può essere annullato quando, per la sua natura vincolata è palese che il suo contenuto non avrebbe potuto

<sup>5</sup> Consiglio di Stato sez. VI, 10.02.2020, n.1001, ove: "*In tale modo, da un lato, si garantisce un apporto collaborativo del privato mediante l'introduzione di elementi istruttori o deduttivi suscettibile di apprezzamento da parte dell'organo procedente, dall'altro, si consente l'anticipata acquisizione in sede procedimentale di contestazioni (di natura difensiva) suscettibili di evidenziare eventuali profili di illegittimità delle ragioni ostantive preannunciate dall'Amministrazione*". In dottrina sul preavviso di diniego si vedano per tutti: D. VAIANO, *Il preavviso di rigetto*, in a cura di M.A. SANDULLI, *Codice dell'azione amministrativa*, II ed., Milano, 2017, 641 ss.; P. LAZZARA, *La comunicazione dei motivi ostantivi all'accoglimento dell'istanza*, in a cura di A. Romano, in *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, 386, ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *L'istruttoria procedimentale dopo l'articolo 10-bis della legge sul procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2011, p. 353 e ss.; E. FREDIANI, *Partecipazione procedimentale, contraddittorio e comunicazione: dal deposito di memorie scritte e documenti al "preavviso di rigetto"*, in *Diritto Amministrativo*, 2005, 1003 ss.; S. TARULLO, *L'art.-10 bis della legge n. 241/90: il preavviso di rigetto tra garanzia partecipativa e collaborazione istruttoria*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2005.

<sup>6</sup> La giurisprudenza ha chiarito che nelle "procedure concorsuali" debbono ricomprendersi tutte quelle connotate dalla previa pubblicazione di un avviso di partecipazione, con la fissazione delle regole per ciascun partecipante e la successiva selezione delle domande, cfr. T.A.R. Umbria, sez. I, 03.01.2020, n.18, T.A.R. Lazio, sez. I, 8.01.2019, n. 274, T.A.R. Campania, sez III, 1.12. 2016, n. 5553, T.A.R. Campania, sez. III, 14.05. 2015, n. 2670.

essere diverso, oppure, per quanto concerne la mancata comunicazione al destinatario dell'avvio del procedimento, quando *"l'amministrazione dimostri in giudizio"* che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso.

Inutile dire, ma ovviamente ci si soffermerà sul punto più avanti, che queste disposizioni incidono e conformano istituti fondamentali del diritto amministrativo: il contenuto e la tutela dell'interesse legittimo, la validità dei provvedimenti, la natura del giudizio amministrativo che nasce come giudizio sulla validità degli atti e cresce come giudizio sul rapporto giuridico tra amministrazione e amministrati.

Il diritto vivente, cioè l'interpretazione giurisprudenziale, ha immediatamente omologato i due istituti, quello della comunicazione di avvio del procedimento e quello del preavviso di diniego, sostenendo che, avendo identifica finalità, quella di consentire la partecipazione al procedimento, devono avere anche sostanzialmente identica disciplina anche rispetto agli effetti sulla validità del provvedimento<sup>7</sup>.

Inoltre la giurisprudenza ha accolto, con un certo entusiasmo, l'invito del legislatore a non annullare provvedimenti frutto di un procedimento non proprio conforme alle regole legislative ma *"sostanzialmente"* corretto.

Così la giurisprudenza ha fissato le categorie interpretative di seguito riportate.

1) Non è necessaria una corrispondenza puntuale e di dettaglio tra quanto indicato nel preavviso di diniego e quanto indicato nel provvedimento negativo finale, sempre che il contenuto sostanziale del provvedimento conclusivo di diniego si iscriva nello schema delineato dalla comunicazione resa ai sensi dell'art. 10- bis l. n. 241/1990, esclusa, per lo più, la possibilità di fondare il diniego definitivo su ragioni del tutto nuove<sup>8</sup>.

2) L'amministrazione non è tenuta a confutare analiticamente quanto prodotto dal privato a seguito della ricezione del preavviso di diniego essendo sufficiente una motivazione complessivamente e logicamente resa a sostegno dell'atto stesso<sup>9</sup>.

3) In caso di totale omissione dell'invio della comunicazione di preavviso di diniego, l'annullamento del provvedimento non è affatto scontato, perché l'interessato dovrà dimostrare, lui, in giudizio, con un'inversione dell'onere della prova rispetto al testo letterale della disposizione legislativa, che se avesse ricevuto la comunicazione avrebbe evidenziato all'amministrazione delle ragioni fattuali e giuridiche tali da indurla, con ogni probabilità, a modificare il proprio

<sup>7</sup> Tra le tante si veda Cons. Stato sez. VI, 27.07.2015, n.3667, di recente T.A.R. Lazio, Sez. III, 9 aprile 2020, n. 3856.

<sup>8</sup> Tra le tante si veda T.A.R. Campania, sez. IV, 09.03.2020, n.1041, T.A.R. Veneto, sez. III, 21.01.2019 n. 72.

<sup>9</sup> Tra le tante: Cons. Stato sez. II, 20.02.2020, n.1306, Cons. Stato, sez. IV, 27.03.2019, n. 2026, T.A.R. Puglia, sez. III, 27.12.2018, n.1934.

intendimento<sup>10</sup>.

4) Infine, per quanto concerne i termini di durata del procedimento, la giurisprudenza ha affermato che l'invio della comunicazione di preavviso di diniego interrompe i termini di conclusione del procedimento che, pertanto, cominciano a decorrere nuovamente, dal principio, nel momento in cui il privato fa pervenire il proprio atto di partecipazione, ovvero, scade il termine di 10 giorni entro il quale avrebbe potuto farlo<sup>11</sup>. La vicenda dei termini assume un rilievo particolare, naturalmente, quando si tratta di un procedimento soggetto all'istituto del silenzio assenso.

## 2. Le modifiche apportate dalla legge 11 settembre 2020 n. 120.

L'articolo 12, comma 1, lettera e), del d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 settembre 2020, n. 120, interviene sui seguenti aspetti: l'effetto della comunicazione del preavviso di diniego rispetto al termine complessivo di durata del procedimento, l'obbligo per l'amministrazione di valutare e motivare sulle osservazioni prodotte dai privati, la portata conformativa della sentenza di annullamento giurisdizionale e i limiti nella riedizione del potere, le conseguenze rispetto alla validità del provvedimento finale dell'omissione della comunicazione del preavviso di diniego.

Si cercherà ora di analizzare puntualmente gli effetti dell'innovazione normativa.

### A) Per quanto concerne i termini di conclusione del procedimento.

Il testo precedente alla riforma statuiva: *“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”* per

<sup>10</sup> Tra le tante Cons. Stato, sez. VI, 10.02.2020, n.1001, Cons. Stato, sez. IV, 11.01. 2019, n. 256, Cons. Stato, Sez. III, 28.09.2015 n. 4532, Cons. Stato, Sez. VI, 04.03.2015, n. 1060, ha testualmente affermato: *“E tuttavia, onde evitare di gravare la p.a. di una probatio diabolica (quale sarebbe quella consistente nel dimostrare che ogni eventuale contributo partecipativo del privato non avrebbe mutato l'esito del procedimento), risulta preferibile interpretare la norma in esame nel senso che il privato non possa limitarsi a dolersi della mancata comunicazione di avvio, ma debba anche quantomeno indicare o allegare quali sono gli elementi conoscitivi che avrebbe introdotto nel procedimento ove avesse ricevuto la comunicazione. Solo dopo che il ricorrente ha adempiuto questo onere di allegazione (che la norma implicitamente pone a suo carico), la p.a. sarà gravata dal ben più consistente onere di dimostrare che, anche ove quegli elementi fossero stati valutati, il contenuto dispositivo del provvedimento non sarebbe mutato.”*

<sup>11</sup> Si tratta di giurisprudenza assolutamente consolidata, si vedano, tra le tante: Cons. Stato sez. VI, 25.11.2019 n. 8017, Cons. Stato sez. IV, 14.05.2018, n.2859, T.A.R. Puglia, Sez. III, 27.01.2020 n.96, T.A.R. Campania, Sez. V, 09.01.2020 n.107, T.A.R. Friuli-Venezia Giulia 18.03.2019 n. 125, T.A.R. Molise, sez. I, 19.01.2016, n. 21, T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II, 9.12.2015, n. 2578, T.A.R. Molise, 26.06.2015, n. 292, T.A.R. Friuli-Venezia Giulia, sez. I, 15.05.2015, n.214.

presentarle.

Il nuovo testo invece statuisce: *“La comunicazione di cui al primo periodo sospende i termini di conclusione dei procedimenti, nonché le ulteriori modalità di pubblicazione, 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'innovazione legislativa sostituisce il verbo interrompere con il verbo sospendere. Come noto il verbo interrompere evoca immediatamente la disciplina dell'istituto della prescrizione. Il termine di prescrizione, ogni qualvolta viene interrotto, ricomincia a decorrere ex novo fin dall'inizio. Sospendere invece significa, inequivocabilmente, che un certo periodo, di norma indicato in giorni, non viene contato e, quando cessa la sospensione, si riprende a contare da dove si era arrivati.

Quindi ora l'invio della comunicazione di preavviso di diniego comporta solo una momentanea sospensione dei termini di conclusione del procedimento e non un nuovo inizio dell'intero periodo. Inoltre, molto opportunamente, ora la disposizione legislativa distingue due ipotesi, se l'interessato non produce alcun atto di partecipazione, allo scadere dei dieci giorni assegnati al privato per partecipare il termine di conclusione del procedimento riprende per la parte restante, se invece il privato partecipa al procedimento, dal momento in cui perviene l'atto di partecipazione, vi sarà un periodo aggiuntivo di dieci giorni, che andrà a sommarsi al termine di durata complessiva del procedimento, in modo che l'amministrazione abbia il tempo per valutare davvero l'apporto del privato.

In effetti qualche dubbio potrebbe derivare dal fatto che il legislatore afferma che dopo la sospensione i termini *“ricominciano”* a decorrere e non riprendono a decorrere, questo potrebbe far pensare ad un inizio ex novo ma militano contro questa interpretazione le seguenti circostanze: l'uso del termine sospendere invece che interrompere, la previsione di un'ulteriore sospensione di dieci giorni in caso di produzione di memorie partecipative, termine ulteriore che non sarebbe necessario se comunque i termini dovessero ripartire dall'inizio, infine, il legislatore, se avesse voluto semplicemente confermare un assetto normativo già così modellato dalla giurisprudenza, non avrebbe avuto bisogno di intervenire.

Quindi, dopo la riforma, la comunicazione del preavviso di diniego sospende il termine di conclusione del procedimento per 10 giorni. Se il privato partecipa, i termini complessivi vengono prolungati di ulteriori 10 giorni, altrimenti, se il privato non partecipa, i termini riprendono a decorrere allo scadere del momento in cui il privato poteva partecipare.

Tale innovazione probabilmente comporterà un ripensamento sulla natura, fino ad ora tendenzialmente ordinatoria, del termine di dieci giorni concesso al privato per

partecipare al procedimento ex art. 10 bis della legge n. 241/1990<sup>12</sup>.

Naturalmente l'innovazione è estremamente significativa nei casi in cui si tratti di un procedimento soggetto alla disciplina del silenzio assenso, perché, in questo caso, l'amministrazione, dopo il preavviso di diniego, dovrà anche affrettarsi ad adottare il provvedimento di diniego definitivo, avendo il preavviso solo effetto sospensivo e non interruttivo del termine.

Da tenere anche presente che il nuovo testo dell'art. 2, comma 8, della legge n. 241/1990 prevede addirittura l'inefficacia, in determinati casi, dei provvedimenti tardivi e, tra questi casi, vi è l'art. 20 della legge n. 241/1990 che disciplina il silenzio assenso.

**B) L'obbligo per l'amministrazione di valutare e motivare sulle osservazioni prodotte dai privati.**

Il testo precedente alla riforma, a proposito delle osservazioni prodotte dai privati una volta ricevuta la comunicazione ex art. 10 bis, statuiva: *"Dell'eventuale mancato accoglimento di tali osservazioni è data ragione nella motivazione del provvedimento finale."*

Il nuovo testo invece statuisce: *"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"*.

Questa innovazione pare destinata ad indurre l'Amministrazione, e poi ovviamente la giurisprudenza, a prendere maggiormente sul serio le osservazioni prodotte dai privati e rendere così effettiva la partecipazione al procedimento. Ora il responsabile del procedimento o l'autorità competente sono tenuti a dare ragione dell'eventuale mancato accoglimento delle osservazioni. L'obbligo viene specificato in modo più puntuale e fa pensare al fatto che la mancata motivazione sul punto può rilevare, non solo ai fini dell'eventuale illegittimità del provvedimento, ma anche rispetto a diversi profili di responsabilità, disciplinare o per mancato raggiungimento di risultati, per i pubblici dipendenti.

Inoltre la disposizione precisa che il provvedimento finale indica *"i soli motivi ostativi ulteriori che sono conseguenza delle osservazioni"* con ciò statuendo, in contrasto con quanto affermato fino ad ora dalla giurisprudenza, che i motivi ostativi indicati nel preavviso di diniego devono coincidere con quelli posti a fondamento del successivo provvedimento negativo che potrà essere integrato soltanto da considerazioni che sono la conseguenza delle osservazioni.

Un contraddittorio reale dunque in cui l'amministrazione, nel preavviso, indica tutte le ragioni per cui è orientata ad adottare un provvedimento negativo per il

<sup>12</sup> *Ex multis* T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 20.11.2018, n.11253.

privato e poi, nel provvedimento finale, l'amministrazione dovrà replicare alle osservazioni del privato eventualmente aggiungendo soltanto quanto necessario a confutare le argomentazioni del destinatario del provvedimento.

Una sorta di analogia rispetto a quanto avviene nel processo quando l'appellante, già ricorrente soccombente in primo grado, non può ampliare i motivi di ricorso già formulati ma solo inserire quanto necessario a censurare la motivazione della sentenza appellata.

Il preavviso di diniego pertanto delimita, in modo vincolante, le ragioni ostative che possono condurre ad un provvedimento finale negativo per il privato.

Sul punto la riforma presenta un'ulteriore innovazione. Si dice che sono tenuti a motivare *"il responsabile del procedimento o l'autorità competente"*, la previsione è strana e scientificamente non corretta perché equipara soggetti del tutto diversi, l'autorità competente pare essere un'amministrazione, un ente, un soggetto con personalità giuridica, il responsabile del procedimento è invece sicuramente un organo di un'amministrazione, quindi un'articolazione interna dell'amministrazione, un ufficio particolarmente qualificato che ha la facoltà di imputare all'ente i propri atti e provvedimenti.

Nel testo precedente, più semplicemente, la disposizione non si soffermava sul soggetto che aveva la competenza a motivare. Una qualche spiegazione di questa innovazione si potrebbe cercare nell'idea secondo la quale, perché vi sia reale contraddittorio e partecipazione, bisognerebbe distinguere l'organo che cura l'istruttoria e assume una sorta di pre-decisione, che si compendia nel preavviso di diniego, in cui vengono illustrati al destinatario i motivi che ostano all'accoglimento, poi le "difese" del privato, per essere davvero prese sul serio, devono essere valutate da un organo diverso dotato di poteri decisionali.

E' esattamente il procedimento previsto per l'irrogazione di sanzioni amministrative in cui vi deve essere una netta distinzione tra l'organo accertatore che accerta la violazione e redige il rapporto e l'organo dotato della competenza ad irrogare la sanzione dopo aver valutato le difese dell'interessato ed averlo eventualmente sentito personalmente.

La legge nel richiamare e distinguere responsabile del procedimento e autorità competente forse porta un primo, indiretto, richiamo all'idea che potrebbe essere opportuno, a fini di imparzialità, distinguere l'organo che assume la pre decisione a fondamento del preavviso di diniego dall'organo che valuta l'apporto procedimentale del privato e assume la decisione finale.

**C) I limiti dei motivi ostativi già individuati nel caso di riedizione del potere dopo l'annullamento giurisdizionale.**



La riforma legislativa dopo aver dato conto degli obblighi motivazionali, inserisce nel testo dell'art. 10 bis il seguente periodo: *“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.”*.

L'innovazione pare davvero di grande portata.

Innanzitutto il legislatore si riferisce in via generale all'annullamento di un provvedimento esito di un procedimento in cui è stato inviato il preavviso di diniego, non ai limitati casi in cui il provvedimento è stato annullato per violazione delle regole inerenti la comunicazione del preavviso di diniego. In altri termini il legislatore pare riferirsi non solo a provvedimenti annullati per vizi inerenti la violazione dell'art. 10 bis della l. n. 241/1990 ma a qualsiasi annullamento di qualsiasi provvedimento in cui vi sia stato stato l'invio del preavviso di diniego, annullamento che può conseguire a qualsiasi ragione giuridica e pertanto a qualsiasi vizio di legittimità.

Questo piccolo inciso allora diventa una regola di valenza generale sulla completezza e definitività dell'istruttoria nel procedimento amministrativo, almeno nei casi di procedimenti avviati su istanza di un privato.

La situazione pare essere la seguente: di fronte ad un'istanza del privato l'amministrazione deve condurre un'istruttoria completa, ispirata ai principi di collaborazione e buona fede, poi, se ritiene di dover emettere un provvedimento negativo, deve avvertire il privato indicando tutti i motivi ostativi risultanti dall'istruttoria, su tale preavviso si apre il contraddittorio procedimentale.

Se, all'esito dell'intera procedura, viene emesso il provvedimento negativo e poi il provvedimento viene annullato, pare per qualsiasi ragione, in fase di riedizione del potere *“l'amministrazione non può addurre per la prima volta motivi ostativi già emergenti dall'istruttoria del provvedimento annullato”*.

In questo modo l'atto infra-procedimentale denominato preavviso di diniego diventa un vincolo conformativo anche in caso di riedizione del potere, fatte salve le sopravvenienze.

Prima della presente riforma, in caso di annullamento giurisdizionale, si doveva valutare la portata conformativa della sentenza giurisdizionale di annullamento. A seconda del tipo di vizio riconosciuto presente dal giudice l'amministrazione risultava più o meno vincolata nella successiva riedizione del potere. Un annullamento per carenza di motivazione poteva lasciare l'amministrazione abbastanza libera nella successiva attività, mentre un annullamento fondato su una più precisa individuazione di determinati presupposti condizionava molto di più il

successivo rinnovato esercizio del potere.

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato<sup>13</sup> si è espressa sul punto affermando che *“l'esigenza di dare esecuzione secondo buona fede alla decisione giurisdizionale amministrativa è alla base di qualsiasi ricostruzione interpretativa della materia”* e che *“occorre che la p.a. attivi una leale cooperazione per dare concreta attuazione alla pronuncia giurisdizionale anche e soprattutto alla luce del fatto che nell'attuale contesto ordinamentale la risposta del giudice amministrativo è caratterizzata da un assetto soggettivo”*, per concludere che *“ove la riedizione del potere (...) si concreti nel valutare differientemente, in base ad una nuova prospettiva, situazioni che, esplicitamente o implicitamente, siano state oggetto di esame da parte del giudice.*

*In tal caso l'adunanza plenaria ritiene che non può escludersi in via generale la rivalutazione dei fatti sottoposti all'esame del giudice.”*

In sostanza già la giurisprudenza era arrivata a stabilire dei principi in relazione all'esecuzione di una sentenza di annullamento che consentivano all'amministrazione di rivalutare presupposti già considerati nel provvedimento annullato e di rivalutarli anche in senso negativo per il privato purché un tanto non comportasse una violazione di principi di leale collaborazione e di buona fede al punto da arrivare ad una sostanziale frustrazione della pretesa del privato e una radicale lesione del principio di effettività della tutela accordabile dal Giudice Amministrativo all'interesse legittimo<sup>14</sup>.

La riforma che si sta commentando inserisce espressamente collaborazione e buona fede tra i principi che devono informare il rapporto tra cittadino e amministrazione<sup>15</sup> e stabilisce che, una volta confezionato il preavviso di diniego, se il provvedimento viene annullato dal giudice un nuovo diniego non potrà fondarsi su *“motivi ostativi già emergenti dall'istruttoria del provvedimento annullato”*.

Quindi non solo la motivazione della sentenza di annullamento ma anche la precedente istruttoria, per come compendiata nel preavviso di diniego, costituiranno limite al successivo esercizio del potere.

Pare dunque il legislatore abbia seguito gli spunti di quella parte della dottrina, che, al fine di assicurare effettività alla tutela accordabile dalla giurisdizione amministrativa, ha ipotizzato un *“onere di preclusione procedimentale”*<sup>16</sup>, in grado di garantire, in sede di riedizione del potere, un adeguato grado di certezza in ordine

<sup>13</sup> Cons. Stato Ad. Plen. 15.01.2013 n. 2

<sup>14</sup> A tal proposito si vedano anche Cons. Stato, sez. VI, 25 febbraio 2019, n.1321 e Cass. Civ. sez. un., 07.09.2020 n.18592, ove, al fine di consentire un effettivo sindacato sulla spettanza del bene della vita in caso di un comportamento esecutivo della pubblica amministrazione posto in essere in violazione dei principi di cooperazione e buona fede si fa riferimento ad una *“riduzione progressiva della discrezionalità amministrativa”*.

<sup>15</sup> Il nuovo art.1, comma 2bis della legge n. 241/1990 statuisce: *“I rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede.”*

alla spettanza del bene della vita.

**D) La modifica inerente i c.d. vizi formali<sup>17</sup>.**

Come già evidenziato l'art. 21 *octies* della legge n. 241/1990 al secondo comma disciplina i c.d. vizi formali o vizi non invalidanti. Il secondo periodo statuisce: “*Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.*”, dopo tale periodo la riforma ha inserito il seguente: “*La disposizione di cui al secondo periodo non si applica al provvedimento adottato in violazione dell'articolo 10-bis.*”.

Anche questa innovazione è di notevole portata perché rafforza ulteriormente l'obbligo di inviare veramente il preavviso di diniego, infatti, se questo non viene inviato, viene meno per l'amministrazione la possibilità di dimostrare in giudizio la correttezza sostanziale della decisione assunta.

In effetti questa innovazione, che apparentemente è la più dirimpente, probabilmente, nella sostanza, potrebbe essere quella che avrà meno effetti concreti.

Il giudice amministrativo, infatti, si è reso perfettamente conto della difficile compatibilità della previsione di cui al secondo periodo dell'art. 21 *octies* con alcuni principi del nostro sistema di giustizia amministrativa.

L'idea che nel processo si dovesse realizzare per la prima volta un contraddittorio

16 S. VACCARI, *Il giudicato nel nuovo diritto processuale amministrativo*, Torino, 2017, 282 ss., S. VACCARI, *Il Consiglio di Stato e la 'riduzione progressiva della discrezionalità'. Verso un giudicato a "spettanza stabilizzata"?*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2019, 1172 ss.. Sul punto si vedano anche: M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, 1989 e G. GRECO, *Dal dilemma diritto soggettivo - interesse legittimo, alla differenziazione interesse strumentale - interesse finale*, in *Dir. amm.*, 2014, 487.

17 V. CERULLI IRELLI, *Note critiche in materia di vizi formali degli atti amministrativi*, in *Dir. pubbl.*, 2004, p. 190 definisce in via generale “*vizio formale (o meramente formale) degli atti amministrativi, quello che comprende le violazioni normative che non incidono sul contenuto sostanziale del provvedimento, cioè sull'assetto di interessi da questo prodotto.*”. Le riflessioni della dottrina sulla validità del provvedimento e sui c.d. vizi formali sono numerosissime ed in questa sede non è certo possibile dare conto dell'ampio dibattito, ci si limiterà a pochissimi riferimenti per nulla esaustivi. Sulla validità del provvedimento e i vizi c.d. formali si vedano, dunque, per tutti: P. PROVENZANO, *I vizi nella forma e nel procedimento amministrativo*, Milano, 2015; M. TRIMARCHI, *La validità del provvedimento amministrativo. Profili di teoria generale*, Napoli, 2013; V. CERULLI IRELLI - L. DE LUCIA (a cura di), *L'invalidità amministrativa*, Torino, 2009; . D. SORACE, Il principio di legalità e i vizi formali dell'atto amministrativo, in *Dir. pubbl.*, 2007, 385 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio*, Torino 2006; E. FOLLIERI, *L'annullabilità dell'atto amministrativo*, in *Urbanistica e appalti*, 2005, 625; F. FRACCHIA, M. OCCHIENA, *Teoria dell'invalidità dell'atto amministrativo e art. 21 octies l. n. 241/1990: quando il legislatore non può e non deve*, in *WWW giustamm.it* 2005, n. 1; V. PARISIO (a cura di), *Vizi formali, procedimento e processo amministrativo*, Milano, 2004; M. IMMORDINO - A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, 2004, A. POLICE, *L'illegittimità dei provvedimenti amministrativi alla luce della distinzione tra vizi c.d. formali e vizi sostanziali*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 2003; P. M. VIPIANA, *Gli atti amministrativi: vizi di legittimità e vizi di merito, cause di nullità ed irregolarità*, Padova, 2003; A. ROMANO TASSONE, *Contributo sul tema della irregolarità degli atti amministrativi*, Torino 1993.

che è mancato nel procedimento e che potesse spettare al giudice la valutazione diretta ed esplicita della ineluttabilità del contenuto di un provvedimento amministrativo ha indotto la giurisprudenza ad un atteggiamento piuttosto prudente.

Quasi sempre il Giudice, quando si tratta di applicare l'art. 21 *octies* secondo comma, fa riferimento al contenuto vincolato del provvedimento piuttosto che ad una dimostrazione giudiziale di una decisione discrezionale ma inevitabile<sup>18</sup>.

In questo modo si perviene al risultato di non annullare provvedimenti per vizi meramente formali e, al tempo stesso, non ci si avventura esplicitamente e direttamente a sindacare l'esercizio del potere discrezionale e la sua possibile diversa conformazione in concreto.

Il primo periodo dell'art. 21 *octies* continua ad applicarsi anche al preavviso di diniego e quindi si potranno sempre fare salvi provvedimenti "vincolati" non preceduti da tale comunicazione.

Resta tuttavia un segnale forte da parte del legislatore all'amministrazione nel senso di indurla ad applicare davvero l'istituto del preavviso di diniego e ad esplicitare in esso tutte le ragioni ostative ad un accoglimento dell'istanza del privato, pena una più concreta possibilità di un annullamento del provvedimento non preceduto da tale preavviso ed addirittura un divieto, in sede di riedizione del potere, di considerare motivi ostativi emergenti dall'istruttoria e non indicati nel preavviso stesso.

La riforma dell'art. 21 *octies* della legge n. 241 del 1990 su questo punto può porre qualche problema di coerenza perché si fatica a comprendere per quale ragione un interesse legittimo pretensivo, interessato quindi dall'istituto del preavviso di diniego, dovrebbe avere una tutela maggiore, procedimentale e processuale, rispetto ad un interesse legittimo oppositivo su cui incide un avviso di avvio del procedimento.

### **3. Considerazioni sistematiche: potestà amministrativa, interesse legittimo e bene della vita.**

Illustrato il contenuto della riforma si deve ora ragionare su gli effetti della stessa su istituti e categorie più generali. Poiché la riforma interviene sulla disciplina del

---

<sup>18</sup> M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2019, 128, evidenzia che nel corso del procedimento la discrezionalità può ridursi via via fino ad annullarsi del tutto, arrivando così ad una nozione di vincolatezza in concreto, da contrapporsi alla vincolatezza in astratto. Si ampliano in questo modo le possibilità per la giurisprudenza di affermare la natura vincolata di una decisione amministrativa.

procedimento amministrativo, ed in particolare sulla facoltà riconosciuta al privato di partecipare al procedimento, è evidente che stiamo parlando del contenuto sostanziale dell'interesse legittimo, della disciplina dell'esercizio della potestà amministrativa ed anche, sia per quanto concerne la modifica dell'art. 21 *octies*, sia per quanto concerne il limite alla riedizione del potere dopo l'annullamento giurisdizionale, stiamo parlando dell'ampiezza e dei limiti della tutela riconosciuta all'interesse legittimo dal giudice amministrativo.

Mario Nigro ha definito l'interesse legittimo come una *“posizione di vantaggio in ordine ad un bene oggetto di potere amministrativo, consistente nell'attribuzione di poteri atti ad influire sul corretto esercizio del potere, di modo da rendere possibile la realizzazione della pretesa all'utilità”*<sup>19</sup>.

La Corte di cassazione a Sezioni Unite nella famosissima sentenza 22 luglio 1999 n. 500 ha ripreso tale definizione dell'interesse legittimo, esso *“va quindi inteso (ed ormai in tal senso viene comunemente inteso) come la posizione di vantaggio riservata ad un soggetto in relazione ad un bene della vita oggetto di un provvedimento amministrativo e consistente nell'attribuzione a tale soggetto di poteri idonei ad influire sul corretto esercizio del potere, in modo da rendere possibile la realizzazione dell'interesse al bene.*

*In altri termini, l'interesse legittimo emerge nel momento in cui l'interesse del privato ad ottenere o a conservare un bene della vita viene a confronto con il potere amministrativo, e cioè con il potere della P.A. di soddisfare l'interesse (con provvedimenti ampliativi della sfera giuridica dell'istante), o di sacrificarlo (con provvedimenti ablatori).”*

La sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 23.03.2011, n. 3, a sua volta ha affermato che *“l'interesse legittimo va, quindi, inteso come la posizione di vantaggio riservata ad un soggetto in relazione ad un bene della vita interessato dall'esercizio del potere pubblicistico, che si compendia nell'attribuzione a tale soggetto di poteri idonei ad influire sul corretto esercizio del potere, in modo da rendere possibile la realizzazione o la difesa dell'interesse al bene.”*

L'interesse legittimo, dunque, anche alla luce delle ricostruzioni giurisprudenziali, è una situazione giuridica soggettiva sostanziale di un soggetto che ha un rapporto giuridico con la pubblica amministrazione titolare di una potestà. Sotteso all'interesse legittimo vi è un bene della vita, un interesse concreto, materiale. Il contenuto dell'interesse legittimo consiste in una serie di facoltà attribuite al privato che gli consentono di influire sull'esercizio del potere. La pubblica amministrazione, titolare della potestà, con il provvedimento amministrativo decide dell'assetto finale degli interessi coinvolti e quindi della possibilità e della misura in cui il titolare

---

19 M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1976, p. 103 ss.

dell'interesse legittimo può ottenere il bene della vita cui aspira<sup>20</sup>.

Le facoltà dell'interesse legittimo sono disciplinate dalla legge n. 241 del 1990 e la più significativa è, naturalmente, quella relativa alla partecipazione al procedimento<sup>21</sup>.

La riforma del preavviso di diniego incide, quindi, in modo significativo su contenuto e tutela dell'interesse legittimo.

La riforma apportata dalla legge n. 120/2020 pare assolutamente apprezzabile. Da essa emerge la necessità di un maggior rigore per l'amministrazione nel condurre l'istruttoria che deve essere rapida, poiché il preavviso di diniego non può più essere utilizzato per raddoppiare i termini di durata del procedimento, e completa, perché i motivi ostativi, compendati nel preavviso, non possono essere integrati né nel provvedimento né, addirittura, nel nuovo provvedimento successivo all'annullamento del primo, fatte salve le sopravvenienze.

Quindi l'interesse legittimo viene preso maggiormente sul serio e contestualmente si responsabilizza l'amministrazione che conduce il procedimento ad effettuare un'istruttoria celere e completa.

Anche l'esclusione del preavviso di diniego dai casi in cui l'amministrazione può dimostrare in giudizio che il privato, anche se lo avesse ricevuto, non avrebbe avuto nessuna possibilità di influire sull'esercizio del potere è un fatto positivo, anche se in parziale contraddizione rispetto all'istituto analogo dell'avviso di avvio del procedimento.

Il tema attiene proprio al contenuto dell'interesse legittimo e alla disciplina dell'esercizio della potestà.

Se la legge prevede che la potestà debba essere esercitata attraverso una certa scansione, in modo che nel procedimento possano essere introdotti una serie di interessi che, alla fine, bilanciati tutti, porteranno all'individuazione dell'interesse

<sup>20</sup> Cass., sez. I, 10 gennaio 2003, n. 157, ha affermato, a proposito dell'interesse legittimo: *“Tali interessi, di partecipare al procedimento, di vederlo concluso tempestivamente e senza aggravamenti, di poter accedere ai documenti in possesso dell'amministrazione, di vedere prese in esame le osservazioni presentate, di veder motivata la decisione che vanifica l'aspettativa, costituirebbero, secondo una lettura estrema, veri e propri diritti soggettivi, tutelati in quanto tali, e non situazioni strumentali alla soddisfazione di un interesse materiale che verrebbe quindi protetto sub specie di interesse legittimo. Di sicuro, l'interesse al rispetto di queste regole, che costituisce la vera essenza dell'interesse legittimo, assume un carattere del tutto autonomo rispetto all'interesse al bene della vita: l'interesse legittimo si riferisce a fatti procedurali. Questi a loro volta investono il bene della vita, che resta però ai margini, come punto di riferimento storico. Il fenomeno, tradizionalmente noto come lesione dell'interesse legittimo, costituisce in realtà inadempimento alle regole di svolgimento dell'azione amministrativa, ed integra una responsabilità che è molto più vicina alla responsabilità contrattuale nella misura in cui si rivela insoddisfacente, e inadatto a risolvere con coerenza i problemi applicativi dopo Cass. 500-99-SU, il modello, finora utilizzato, che fa capo all'art. 2043 c.c.: con le relative conseguenze in tema di accertamento della colpa”*.

<sup>21</sup> Tale ricostruzione è compiutamente operata da G.B. VERBARI, *Diritto processuale amministrativo*, Milano 2000, pag. 119 ss.

pubblico concreto nel provvedimento finale, è consequenziale che le violazioni di tali regole, comportando un'alterazione nell'acquisizione degli interessi, debba condurre all'illegittimità del provvedimento.

E' vero che, sotteso all'interesse legittimo vi è un bene della vita che il privato aspira ad ottenere o a mantenere a seconda della natura pretensiva o oppositiva dell'interesse legittimo.

E' anche vero che, giustamente, il processo amministrativo da processo sulla legittimità dell'atto si è trasformato, e deve trasformarsi, in giudizio sul rapporto, il rapporto giuridico che intercorre tra potestà e interesse legittimo.

Ma c'è una differenza tra la situazione giuridica soggettiva interesse legittimo e il bene della vita ad essa sotteso<sup>22</sup>.

E' ragionevole vi sia un approccio "sostanzialistico" nello scrutinare la validità dei provvedimenti, è disfunzionale, ed in contrasto con principi costituzionali, annullare provvedimenti amministrativi per delle mere irregolarità formali, però dovrebbe restare chiaro un confine: il giudice valuta l'eventuale lesione dell'interesse legittimo, l'amministrazione decide sulla spettanza o meno del bene della vita.

Pare che questa riforma del preavviso di diniego vada in questa direzione, una più precisa conformazione dell'esercizio della potestà amministrativa e delle facoltà assegnate all'interesse legittimo, ed un limite al potere del giudice di conoscere, non del rapporto giuridico, cosa che deve assolutamente fare, ma direttamente di individuare e conformare l'interesse pubblico concreto.

---

22 Ovviamente sul punto i riferimenti dottrinari sono vastissimi. Si richiama soltanto e per tutti F.G. SCOCA, *Attualità dell'interesse legittimo*, in *Dir. Proc. Amm.* 2011, 379 ss., ove: "L'interesse sostanziale, il bene della vita, è ciò su cui il potere si può scaricare, togliendolo o attribuendolo al privato, attraverso la realizzazione di un nuovo assetto di interessi, nel quale sono coinvolti, oltre all'interesse del destinatario del provvedimento, anche interessi privati ulteriori e contrapposti. Il bene della vita è pertanto l'oggetto da difendere o da conquistare; l'azione (o l'inazione) dell'amministrazione è il mezzo necessario per difenderlo o conquistarlo. È ovvio allora che il privato sviluppi un interesse (in questo senso strumentale) a "collaborare" con l'amministrazione, allorché questa intenda (o sia chiamata ad) esercitare il suo potere; esercizio che abbia come obiettivo un (nuovo) disegno di interessi, che coinvolga (anche) l'interesse sostanziale (o finale) da difendere o realizzare da parte del privato. Tale interesse strumentale viene denominato interesse legittimo....." ..... "L'unica avvertenza è di non confondere l'interesse strumentale, che vive nel procedimento, ossia nella fase di esercizio del potere autoritativo, con l'interesse finale o sostanziale, che sta fuori dal procedimento, e costituisce l'oggetto su cui il potere unilaterale potrà incidere (favorevolmente o sfavorevolmente).".